

# EAU DOUCE

**LA NÉCESSAIRE *REFONDATION*  
DU DROIT INTERNATIONAL**

**SYLVIE PAQUEROT**

**Préface de Frédéric Lasserre**



Presses de l'Université du Québec



**EAU**  
**DOUCE**

**PRESSES DE L'UNIVERSITÉ DU QUÉBEC**

Le Delta I, 2875, boulevard Laurier, bureau 450

Sainte-Foy (Québec) G1V 2M2

Téléphone : (418) 657-4399 • Télécopieur : (418) 657-2096

Courriel : puq@puq.quebec.ca • Internet : www.puq.ca

Distribution :

**CANADA et autres pays**

DISTRIBUTION DE LIVRES UNIVERS S.E.N.C.

845, rue Marie-Victorin, Saint-Nicolas (Québec) G7A 3S8

Téléphone : (418) 831-7474 / 1-800-859-7474 • Télécopieur : (418) 831-4021

**FRANCE**

DISTRIBUTION DU NOUVEAU MONDE

30, rue Gay-Lussac, 75005 Paris, France

Téléphone : 33 1 43 54 49 02

Télécopieur : 33 1 43 54 39 15

**SUISSE**

SERVIDIS SA

5, rue des Chaudronniers, CH-1211 Genève 3, Suisse

Téléphone : 022 960 95 25

Télécopieur : 022 776 35 27



La *Loi sur le droit d'auteur* interdit la reproduction des œuvres sans autorisation des titulaires de droits. Or, la photocopie non autorisée – le « photocopillage » – s'est généralisée, provoquant une baisse des ventes de livres et compromettant la rédaction et la production de nouveaux ouvrages par des professionnels.

L'objet du logo apparaissant ci-contre est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit le développement massif du « photocopillage ».

# EAU DOUCE

**LA NÉCESSAIRE REFONDATION  
DU DROIT INTERNATIONAL**

**SYLVIE PAQUEROT**

Préface de Frédéric Lasserre

2005



**Presses de l'Université du Québec**  
Le Delta I, 2875, boul. Laurier, bur. 450  
Sainte-Foy (Québec) Canada G1V 2M2

*Catalogage avant publication de Bibliothèque et Archives Canada*

Paquerot, Sylvie

Eau douce : la nécessaire refondation du droit international

Comprend des réf. bibliogr.

ISBN 2-7605-1323-8

1. Droits sur les eaux (Droit international). 2. Ressources en eau - Exploitation - Droit.  
3. Eau - Politique gouvernementale. 4. Eau potable - Coopération internationale.  
5. Patrimoine mondial. I. Titre.

K3496.P36 2005

341.4'4

C2004-941741-X

Nous reconnaissons l'aide financière du gouvernement du Canada  
par l'entremise du Programme d'aide au développement  
de l'industrie de l'édition (PADIÉ) pour nos activités d'édition.

Révision linguistique: GISLAINE BARRETTE

Mise en pages: PRESSES DE L'UNIVERSITÉ DU QUÉBEC

Couverture: RICHARD HODGSON

**1 2 3 4 5 6 7 8 9 PUQ 2005 9 8 7 6 5 4 3 2 1**

*Tous droits de reproduction, de traduction et d'adaptation réservés*

© 2005 Presses de l'Université du Québec

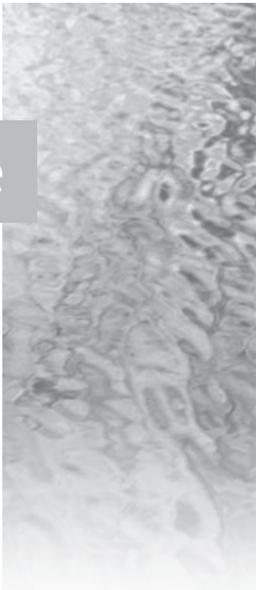
Dépôt légal – 1<sup>er</sup> trimestre 2005

Bibliothèque nationale du Québec / Bibliothèque nationale du Canada

Imprimé au Canada

À MATIS  
*Et avec lui à toute sa génération  
Que notre refus d'agir aujourd'hui  
N'assombrisse pas leur avenir*





## Préface

*Nous ne pensons même plus à ce geste banal, cent fois répété chaque jour, lorsque nous ouvrons un robinet pour laisser couler de l'eau, limpide et potable, pour la laisser disparaître vers les égouts. Nous ne pensons pas non plus à tout ce processus de captage, de transport, de purification de cette eau lorsque nous arrosons notre pelouse, remplissons notre piscine, lavons notre automobile ou notre trottoir au jet. L'abondance de l'eau fait désormais partie de nos vies, nous la tenons pour acquise et nous oublions à quel point nous sommes privilégiés – car notre richesse est loin d'être la règle dans le monde.*

*L'eau est certes abondante à la surface de la Terre, mais 98 % de ce volume est salé. Même si l'eau douce constitue seulement 2 % de l'eau totale, et qu'un maigre 0,02 % de l'eau totale est mobilisable pour les usages des sociétés humaines, cette quantité d'eau douce disponible représente malgré tout environ 6 900 m<sup>3</sup> par personne et par an, un volume très appréciable. Mais cette moyenne statistique renferme de très grandes disparités.*

*En effet, des inégalités spatiales se cachent derrière cette abondance globale. C'est que l'eau de la Terre est très inégalement répartie à sa surface. Ainsi, certains pays et territoires disposent de quantités considérables par habitant et par an, comme l'Alaska (1 563 200 m<sup>3</sup>/hab.), la Guyane (812 100 m<sup>3</sup>/hab.), l'Islande (609 300 m<sup>3</sup>/hab.), la République démocratique du Congo (275 700 m<sup>3</sup>/hab.) ou le Canada (94 300 m<sup>3</sup>/hab.), alors que d'autres doivent apprendre à composer avec des ressources renouvelables des plus limitées,*

comme Singapour (149 m<sup>3</sup>/hab.), Malte (129 m<sup>3</sup>/hab.), l'Arabie Saoudite (118 m<sup>3</sup>/hab.), la Libye (113 m<sup>3</sup>/hab.), la bande de Gaza (53 m<sup>3</sup>/hab.) ou encore le Koweït (10 m<sup>3</sup>/hab.)... L'Asie rassemble 61 % de la population mondiale, mais ne dispose que de 36 % des ressources en eau utilisables ; l'Europe abrite 12 % de la population, mais n'a accès qu'à 8 % de l'eau ; à l'inverse, en Amérique du Sud vit 6 % de l'humanité, mais on y trouve 26 % des ressources hydrauliques mondiales. Un milliard sept cents millions de personnes manquent d'eau douce et ne disposent globalement que de moins de 1 000 m<sup>3</sup> par personne et par an, considéré comme le seuil de rareté réel par les Nations Unies. En 2025, on estime qu'il y aura 2,4 milliards de personnes à se trouver en dessous de ce seuil de rareté. La tentation est parfois grande, lorsque des gisements existent, d'exploiter les aquifères fossiles afin de permettre un développement accéléré, comme en Arabie Saoudite, en Libye, aux États-Unis, mais cette eau gardée pendant des millénaires dans les profondeurs de la Terre n'est, justement, pas ou très peu renouvelable : viendra le temps où ces nappes s'épuiseront. Que se passera-t-il alors pour ces pays ? Déjà, des disputes se profilent pour le contrôle de ces ressources provisoires lorsque celles-ci s'étendent à travers les frontières, en témoignent les disputes entre l'Arabie Saoudite et la Jordanie, ou entre l'Égypte, le Soudan, le Tchad et la Libye.

Des disparités dans la qualité des eaux disponibles peuvent aussi être constatées. Dans les pays développés, l'eau est généralement traitée et potable – encore que, du fait des pollutions industrielles et agricoles, on observe un nombre croissant de régions où l'eau ne respecte plus les normes sanitaires établies par les pouvoirs publics. Mais dans le monde en développement, avoir accès à de l'eau potable est encore souvent un privilège, un luxe que l'on paie fort cher : l'eau n'est que rarement traitée et constitue donc souvent un vecteur de nombreuses maladies. Plus d'un milliard de personnes ne disposent pas d'un service d'approvisionnement en eau, et 2,5 milliards ne bénéficient d'aucun service d'assainissement des eaux usées. Résultat : près de 19 % des décès dus à des maladies infectieuses sont imputables à la consommation d'une eau contaminée. Chaque jour, 6 000 personnes, des enfants surtout, meurent de maladies diarrhéiques. Sans mesures particulières, 135 millions de personnes mourront de maladies transmises par l'eau entre 2002 et 2020. Même en mettant en œuvre le programme préconisé par les Nations Unies, soit de diminuer de moitié la part de la population sans accès à l'eau potable, on devra déplorer environ 45 millions de décès à cause de ces maladies. De plus, les normes environnementales des pays concernés sont souvent peu contraignantes, et les pouvoirs publics disposent de peu d'autorité, du fait de la corruption et d'un grave manque de moyens, pour faire appliquer les règlements existants : la pollution, beaucoup plus que dans les pays développés, contribue à empoisonner l'eau et à rendre encore plus difficile la gestion d'une ressource très disputée. Boire de l'eau pour simplement étancher sa soif sans risquer d'en mourir est encore aléatoire dans de nombreux pays...

*La solution à ces faillites du partage et de la préservation de la richesse mondiale passe, entre autres, par des investissements accrus dans les domaines de l'adduction et du traitement des eaux, mais qui paiera la facture? Les gouvernements locaux, déjà surendettés? Le secteur privé, au nom de la prétendue supériorité de ses méthodes et de l'existence d'un marché de l'eau pour la satisfaction du « besoin » en eau potable? Ou la communauté internationale, au nom d'une solidarité que justifierait le respect d'un droit inaliénable à l'eau, soit à une eau de qualité en quantité suffisante?*

*Un stress majeur s'applique à une ressource en eau lorsque une population prélève plus de 40 % des ressources renouvelables. En 1995, 30,5 % de la population mondiale subissait un stress hydrique; on prévoit que la proportion grimpera à 35 % en 2025. La tension montera-t-elle au point d'aboutir à des conflits? L'eau sera-t-elle, comme on l'entend de plus en plus, au cœur des conflits du XXI<sup>e</sup> siècle – provoquant des guerres pour ce que les médias nomment souvent « l'or bleu »? Ou bien ce nouveau siècle verra-t-il le triomphe progressif d'un esprit de coopération autour d'une ressource fondamentale et pour laquelle il n'existe aucun substitut?*

*Nous ne sommes sans doute pas à la veille de conflits mondiaux pour l'eau, et la perspective de guerres déclenchées pour le contrôle de cette ressource n'est encore qu'hypothétique. En revanche, balayer du revers de la main la possibilité de tout conflit attisé par une crise de l'eau, une grave crise économique induite par sa rareté ou provoquée par l'impasse de négociations en vue de son nécessaire partage, n'est pas vraisemblable non plus. Les tensions au sujet de l'eau, dans certaines régions, ne cessent de s'amplifier, car le partage de la ressource est perçu comme inéquitable alors que les besoins s'accroissent.*

*Une chose est certaine : il importe de commencer à poser des gestes pour gérer une rareté croissante et prévenir la cristallisation de tensions que provoque cette perception d'injustice dans le partage actuel de la ressource. Il ne reste que peu d'années avant que la rareté de l'eau ne devienne un frein majeur au développement et un catalyseur de tensions autrement plus vives que celles que nous connaissons depuis le XX<sup>e</sup> siècle.*

*Pour écarter le risque de conflit, à tout le moins le réduire, dans quelle mesure le droit international offre-t-il un cadre propice à la coopération internationale? La Convention internationale sur le droit de la mer, votée par les Nations Unies en 1982 et ratifiée en 1994, donne un tel cadre juridique dans les différends entre pays pour le tracé des frontières des espaces maritimes ainsi que pour l'exploitation de leurs ressources. Quels sont alors les textes de droit, les doctrines juridiques qui permettraient de soutenir la coopération internationale pour résoudre les disputes sur le partage de l'eau? Ces doctrines convergent-elles ou, au contraire, sont-elles le reflet de positions opposées?*

*La diversité des situations potentiellement conflictuelles au sujet du partage de l'eau rend difficile l'élaboration d'un mécanisme général de*

*résolution de ce type de dispute. Certes, de nombreux traités et conventions existent pour réguler et régir les usages des cours d'eau entre pays riverains. La FAO recensait plus de 3 600 traités signés entre 804 et 1984 pour réglementer l'utilisation des cours d'eau : les disputes relatives à la gestion et au partage de la ressource peuvent tout à fait se résoudre dans la concertation, mais les études montrent aussi que ces accords ne sont pas toujours appliqués, loin de là !*

*De plus, les enjeux que constitue la ressource en eau ne sont pas les mêmes qu'il y a cinquante ans, a fortiori voici deux siècles : la population s'est mis à croître de façon très rapide : la demande pour des produits alimentaires et des biens de consommation a augmenté d'autant plus rapidement que la diffusion du mode de consommation occidental induit une plus grande intensité de la consommation en eau. Mais la ressource disponible n'a presque pas augmenté ; et la mobilisation des fleuves et des aquifères n'offre plus guère de marge de manœuvre, sauf à envisager des transferts massifs dont les coûts énormes et les impacts environnementaux posent des questions politiques sérieuses. De fait, en cas de conflit, le droit international n'est pas d'un grand secours, car, en ce qui concerne les mécanismes et les principes de négociation sur les eaux de surface (lacs et rivières), il est encore flou et peu homogène. Quant au droit portant sur les aquifères, il est encore embryonnaire. Et il suppose que les parties en présence acceptent de résoudre leur dispute sur les bases qu'il propose. Or, dans les régions où de graves tensions sur le partage de la ressource se font jour, deux pays jouant un rôle clé ont voté contre la Convention de New York et refusent d'envisager de l'appliquer : la Turquie et la Chine.*

*C'est que ces nombreux corps de doctrine s'opposent sur la définition les droits qui régissent l'usage des cours d'eau. Ces doctrines sont, en réalité, très politiques : elles favorisent souvent le pays concepteur de chaque théorie, comme l'Égypte qui préfère la doctrine de l'intégrité territoriale, selon laquelle le pays d'aval a un droit imprescriptible à un débit fixe. Toutes ces doctrines tentent d'établir l'appropriation d'une ressource par définition mouvante, même si elle traverse le territoire d'un État. Malgré les efforts de certains États pour résoudre les différends et promouvoir une réelle coopération, la représentation fondamentale des gouvernements demeure que l'eau est une ressource du territoire qui, en tant que telle, doit être soumise à la souveraineté territoriale ; à l'instar des gisements de minerais, elle fait partie du patrimoine du territoire, même si les cours d'eau le traversent sans s'y arrêter – d'où la difficulté de trouver un terrain d'entente sur la façon de les partager.*

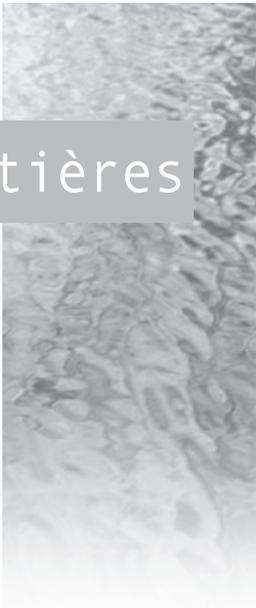
*De plus, l'obligation de « ne pas causer de dommage appréciable » semble contradictoire avec le principe d'équité : à partir de quel seuil l'équité doit-elle se voir limitée par les dommages causés au voisin par un nouveau partage ? Et comment savoir si ces dommages sont « appréciables » ? Cependant, malgré ces lacunes, et même si sa ratification paraît aléatoire, le texte de la Convention*

*oriente la doctrine juridique. Il imprime une certaine dynamique dans les litiges entre pays riverains, dont un développement positif est l'Initiative du bassin du Nil, où négocient les 10 pays du bassin du Nil, en particulier l'Égypte et l'Éthiopie, enfin assises à la même table.*

*Les progrès sont lents, les sujets difficiles, évités pour l'heure. Le droit seul ne peut résoudre les tensions sur le partage de l'eau : il ne fournit qu'un cadre qui ne peut se substituer à la volonté politique – mais c'est un cadre nécessaire, tant les tensions vont se multiplier à l'avenir. Or ce cadre, pour être utile, doit prendre en compte les réalités complexes qui caractérisent les défis auxquels nous faisons face. C'est ce que Sylvie Paquerot s'attache ici à démontrer.*

*Frédéric Lasserre  
Québec, le 30 septembre 2004*





# Table des matières

<b>Préface</b> .....	VII
<b>Introduction</b> .....	1
L'eau dans le droit international .....	4
L'absence de qualification générale et de régulation des biens communs et de l'intérêt public en droit international .....	9
Réponse unidimensionnelle du droit international à une problématique complexe .....	11
Du patrimoine commun de l'humanité à la définition d'un intérêt public universel .....	14
<b>CHAPITRE 1</b>	
<b>Le difficile chemin vers une convention internationale</b> .....	19
1.1. Les antécédents: des tentatives sans grande portée pratique	22
1.1.1. La Convention de Barcelone de 1921 et la navigation .....	23
1.1.2. La Convention de Genève de 1923 et l'utilisation hydroélectrique .....	24
1.1.3. L'application des principes généraux et de la coutume dans les décisions judiciaires anciennes .....	26
Décisions portant sur les cours d'eau internationaux et les ressources en eau .....	26

L'éclairage de décisions judiciaires portant sur d'autres sujets .....	30
1.2. Une volonté de systématisation .....	31
1.2.1. Des bases théoriques contradictoires .....	32
1.2.2. Les mandats donnés par l'Assemblée générale .....	33
1.3. Les précurseurs .....	35
1.3.1. L'Institut de droit international (IDI) .....	35
1.3.2. L'International Law Association (ILA) .....	36
1.4. Le travail de la Commission du droit international et le développement progressif : l'impossible évolution vers une conception adaptée à la nature de la ressource .....	39
1.5. Des perspectives incertaines .....	43
1.5.1. La faiblesse des ratifications et les réticences à l'adoption d'un traité général .....	46
1.5.2. Codification de la coutume et des principes généraux ...	47

## CHAPITRE 2

<b>Le contenu normatif de la Convention adoptée par l'Assemblée générale .....</b>	<b>51</b>
2.1. L'économie générale de la Convention de New York .....	52
2.1.1. L'origine et le sens des principes substantiels intégrés à la Convention de New York .....	54
Le bon voisinage .....	55
L'utilisation équitable et raisonnable .....	55
Les fondements de l'interdiction d'utilisation dommageable .....	59
2.1.2. Le principe de coopération et les obligations procédurales .....	61
2.1.3. Des normes largement consensuelles .....	62
2.2. Les principales controverses .....	62
2.2.1. La relation entre la Convention et les accords spécifiques .....	63
2.2.2. Utilisation équitable ou interdiction de dommages significatifs : un difficile équilibre .....	64
2.2.3. Mise en œuvre et règlement des différends .....	66
2.3. La Convention de New York à l'aune de la problématique de l'eau au XXI <sup>e</sup> siècle .....	68
2.3.1. Des principes généraux ou coutumiers absents de la Convention ? Deux grandes absentes : la règle de la sécurité de l'eau et le droit à la vie .....	69
2.3.2. Le statut des normes proposées .....	71

2.3.3. Mise en œuvre en l'absence de mécanisme juridictionnel obligatoire .....	72
2.3.4. L'application des principes de la Convention à un cas extrême : Israël-Palestine. ....	74
2.3.5. L'affaire relative au projet Gabcikovo-Nagymaros .....	80
<i>Conclusion</i>	
L'affirmation agressive de la souveraineté et les difficultés de codification du droit international des cours d'eau .....	88
CHAPITRE 3	
<b>Les apports, limités, du droit international de l'environnement à la préservation des ressources en eau .....</b>	
3.1. La Convention de New York et le droit international de l'environnement .....	95
3.1.1. Une prise en compte partielle des principes environnementaux .....	96
3.1.2. Des absences remarquées ; des modifications souhaitées .....	98
3.1.3. Les conséquences de la controverse utilisations équitables et dommages appréciables .....	100
3.1.4. La fragilité spécifique des eaux souterraines : une faible prise en considération .....	103
3.2. Des conventions générales portant sur des aspects spécifiques de l'eau .....	109
3.2.1. La Convention de Ramsar .....	110
3.2.2. La Convention sur le droit de la mer et la pollution marine d'origine tellurique .....	111
3.2.3. La Convention sur la lutte contre la désertification ...	112
3.3. Les limites de la considération écosystémique de l'eau .....	114
3.3.1. La considération « parcellisée » de l'eau dans le droit international .....	115
3.3.2. L'absence de « préoccupation commune » à l'égard du cycle hydrologique .....	116
3.3.3. Équité intergénérationnelle et effectivité de la protection des ressources en eau .....	117
<i>Conclusion</i>	
Un intérêt supérieur de l'humanité émerge-t-il ? .....	119
CHAPITRE 4	
<b>Les ressources en eau et la protection des droits humains .....</b>	
4.1. Droits humains : un autre champ doctrinal .....	122
4.2. Les obligations des États en vertu des traités de droits humains ...	127

4.3. Interdépendance de tous les droits : le droit d'accès à l'eau et les droits reconnus dans les instruments généraux .....	130
4.3.1. Du droit des peuples à disposer de leurs ressources ...	130
4.3.2. Le droit à la vie .....	132
4.3.3. Le droit à la santé .....	134
4.3.4. Le droit à un niveau de vie suffisant .....	136
Le droit au logement .....	136
Le droit à une nourriture suffisante .....	137
4.4. Populations vulnérables et situations exceptionnelles .....	138
4.4.1. Les groupes vulnérables .....	139
4.4.2. L'application des droits humains en situation de sanctions économiques .....	140
4.4.3. Le droit humanitaire .....	141
4.5. La portée des « besoins humains essentiels » dans la Convention de New York .....	142
4.5.1. Une absence de qualification explicite : besoins essentiels et droits humains .....	142
4.5.2. Une priorité qui n'en est pas une .....	143
<i>Conclusion</i>	
Le défi de l'inscription de l'être humain dans le droit international .....	147
CHAPITRE 5	
<b>Développement inégal des outils politiques et juridiques dans les différentes parties du monde .....</b>	<b>149</b>
5.1. L'acceptation de limites à la souveraineté .....	151
5.1.1. Les tendances générales reflétées par les accords régionaux .....	153
Un voisinage encore restreint .....	153
Des principes largement reconnus .....	154
Des mécanismes de coopération incontournables dans la pratique .....	155
5.1.2. L'inscription des rapports de force .....	156
Une prédilection pour les accords bilatéraux : un voisinage choisi .....	157
Faiblesse des mécanismes de mise en œuvre et absence de mécanismes de résolution des conflits .....	159
La protection des droits de première utilisation et l'équité à géométrie variable .....	161
5.1.3. L'inégale considération des préoccupations environnementales .....	163

Le peu de considération pour les eaux souterraines .....	165
L'absence d'allocations spécifiques et de considération des variations de débits .....	167
Intérêts bien sentis des riverains et protection de l'environnement .....	170
5.2. Des avancées significatives dans certains accords régionaux ....	171
5.2.1. De la souveraineté limitée à la communauté d'intérêts .....	172
Une ressource commune à l'échelle des bassins hydrographiques .....	172
L'acceptation d'une coopération fortement institutionnalisée .....	175
5.2.2. Du point de vue de la préservation des écosystèmes et des ressources .....	177
Des accords récents pour le contrôle de la pollution .....	177
L'Europe et la Convention d'Helsinki de 1992 .....	179
La Convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles .....	180
5.2.3. Du point de vue des besoins de base et des droits humains .....	181
Une quasi-absence en ce qui concerne les conventions sur l'eau .....	181
L'eau dans les instruments régionaux de droits humains .....	182
Le Conseil de l'Europe .....	184
La loi sud-africaine et sa spécificité : reflet des tendances et aspirations au plan international .....	185
Des décisions judiciaires régionales ou nationales pertinentes en matière de droits humains .....	187
Une préoccupation partagée .....	190
<i>Conclusion</i>	
La difficile intégration des multiples dimensions de la problématique de l'eau .....	193

## CHAPITRE 6

<b>Le travail des Nations Unies au regard des multiples enjeux de l'eau douce</b> .....	195
6.1. Les déclarations des grandes conférences .....	198
6.1.1. Les conférences consacrées à l'eau .....	199
6.1.2. L'eau dans les grandes conférences .....	204
De Stockholm à Johannesburg .....	204
La considération de l'eau dans les autres conférences internationales .....	208
6.2. L'eau dans les résolutions de l'Assemblée générale : entre souveraineté permanente sur les ressources naturelles et droit au développement .....	212
6.2.1. Souveraineté permanente sur les ressources naturelles ..	212
6.2.2. Droit au développement .....	213
6.3. Les principes proposés par certaines agences de l'ONU .....	216
6.3.1. Le PNUE et les ressources communes .....	216
6.3.2. Le système des droits de l'homme et l'examen du droit d'accès à l'eau .....	218
6.3.3. L'UNESCO et l'éthique de l'eau .....	223
<i>Conclusion</i>	
La conscience exprimée de la complexité et de la gravité de la problématique de l'eau .....	227
CONCLUSION	
<b>De la dignité humaine au droit de l'humanité à exister demain : la nécessité de normes impératives</b> .....	231
Une aspiration au droit largement exprimée .....	233
Les droits humains au fondement d'un statut pertinent pour l'eau douce .....	239



# Introduction

*Cette idée d'une Humanité, qui devra nécessairement s'associer pour sauvegarder et distribuer à chacun des biens matériels et spirituels qui constituent le patrimoine commun des Hommes, fait lentement, très lentement, mais chaque jour davantage, son chemin<sup>1</sup>.*

La seconde moitié du xx<sup>e</sup> siècle a vu la question de l'eau, plus particulièrement de la disponibilité en eau douce, devenir incontestablement un sujet de préoccupation scientifique, économique, social, politique et juridique, tant au plan national qu'international, partout sur la planète. Plus de 23 agences et programmes des Nations Unies se préoccupent directement ou indirectement de l'eau<sup>2</sup>, considérée comme un enjeu majeur pour l'humanité.

Le paradoxe cependant, c'est que cette préoccupation, contrairement à d'autres enjeux universels, ne s'est pas véritablement reflétée dans le droit international. Si, à la suite de la conférence de Stockholm en 1972, la communauté internationale s'est sentie assez interpellée pour convoquer une conférence mondiale sur l'eau, à Mar del Plata

- 
1. E. Pepin (1983). « L'humanité et le droit des gens », *ADMA*, T. 7, p. 15-16. Il cite A. Zarb (1971). *La souveraineté au xx<sup>e</sup> siècle*, Paris, Colin, coll. « U », p. 275.
  2. Voir pour la liste, le site du WWAP – World Water Assessment Program : [www.unesco.org/water/wwap](http://www.unesco.org/water/wwap).

en 1977, elle a choisi de maintenir cet enjeu en dehors des cadres normatifs formels, y compris à Rio, en 1992, contrairement à la diversité biologique ou au changement climatique par exemple, et ce, malgré une proposition de la France en ce sens<sup>3</sup>.

En 1990, une Consultation mondiale sur l'eau potable et l'assainissement, à New Delhi, affirme que l'objectif doit être « un minimum pour tous, plutôt qu'un maximum pour quelques-uns<sup>4</sup> » : préoccupation largement exprimée dans les textes déclamatoires mais dont l'expression ne se traduit pas dans des textes exécutoires<sup>5</sup>, et dont on ne peut, en tout état de cause, que constater l'aggravation au plan matériel<sup>6</sup>.

Rappelons que tout en étant la ressource la plus abondante de la planète bleue – elle recouvre environ 71 % du globe – l'eau a, dans une proportion de 98 %, une teneur en sel trop élevée pour servir aux usages humains. De fait, l'eau douce accessible, celle que l'on trouve dans les lacs, les rivières, ne compte que pour 0,25 % du total<sup>7</sup>. Le reste est salé, sous forme de glace ou emmagasiné dans des nappes trop profondes pour pouvoir y accéder aisément.

L'eau est mobile, elle circule, et comme l'ensemble des ressources naturelles, elle est inégalement répartie sur la planète. Elle constitue par ailleurs une ressource limitée – non pas rare<sup>8</sup> – et recyclable – non

- 
3. J. Sironneau (1993). « L'eau, enjeu planétaire : Dossier », *Géopolitique*, p. 69.
  4. K. Mayrand (1999). *Les enjeux stratégiques de l'eau et les initiatives internationales récentes*, Québec, Ministère des Relations internationales du Québec, juin, p. 15 ; site Internet : <http://www.mri.gouv.qc.ca>.
  5. *Déclamatoires ou proclamatoires*, se dit d'énonciations qui ne sont pas suivies d'effet concret ; le droit international se composant de normes médiatees, il reste proclamatoire s'il ne passe pas dans le comportement des États : c'est la part du droit international qui exprime les contradictions non dépassées. M. Chemillier-Gendreau (1978). *Réalités du droit international contemporain : la relation du droit international avec la structure économique et sociale*, Reims, Centre d'étude des relations internationales, Acte de la IV<sup>e</sup> Rencontre de Reims, 15-16 octobre 1977, p. 46 et suivantes.
  6. P.H. Gleick (1998). *The World's Water 1998-1999: The Biennial Report on Freshwater Resources*, Washington, Island Press, p. 183.
  7. J. Sironneau (1998). « Le droit international de l'eau existe-t-il ? Évolution et perspective pour la résolution des conflits d'usages », Congrès international de Kaslik, Liban, p. 1.
  8. La rareté étant la caractéristique qui fait entrer un bien ou une chose dans la catégorie économique, selon la théorie classique : O. Godard (1992). « L'économie, l'écologie et la nature des choses », *Archives de philosophie du droit*, 37, p. 187. L'affirmation de rareté de l'eau douce est de plus en plus contestée par certains scientifiques qui considèrent qu'une confusion est entretenue à ce niveau entre rareté et mauvaise gestion. Discussion avec M.-L. Bouguerra, II<sup>e</sup> Forum mondial de l'eau, La Haye, mars 2000 ; l'eau ne serait pas à proprement parler « rare ». Sa pollution généralisée a cependant un effet de raréfaction : H.L.F. Saeijs et M.J. van Berkel (1997). « The Global Water Crisis : The Major Issue of the Twenty-first Century, a Growing and Explosive Problem », dans E.H.P. Brans, E.J. de Haan, A. Nollkaemper et J. Rinzema, *The Scarcity of Water: Emerging Legal and Policy Responses*, Boston, Kluwer, p. 9.

pas renouvelable – dont la quantité serait stable depuis des millions d'années<sup>9</sup>. L'utilisation soutenable de l'eau par les êtres humains ne devrait donc pas dépasser le volume de la circulation dans le cycle de l'évapotranspiration/précipitations. Limitée, l'eau douce disponible n'est cependant pas rare à proprement parler, puisque cette quantité – s'agissant de l'eau douce utilisable – pourrait « porter » au moins le double de la population mondiale actuelle<sup>10</sup>.

Contrairement à l'expression populaire, l'eau n'est pas une ressource renouvelable au sens où l'on pourrait en produire plus : si l'on peut planter des arbres ou augmenter la reproduction des espèces vivantes en général, on ne peut augmenter la quantité d'eau disponible<sup>11</sup>. Elle ne correspond pas non plus à la catégorie des ressources non renouvelables, comme le pétrole ou les minéraux de manière générale, puisqu'elle se recycle constamment et que la plupart des usages permettent le retour au cycle global<sup>12</sup>.

Finalement et par-dessus tout, l'eau est indispensable à la vie et non substituable<sup>13</sup>. La vie sur la planète est entièrement dépendante du cycle hydrologique qui représente en quelque sorte le système circulatoire de la biosphère.

Avec toutes ces caractéristiques naturelles spécifiques et uniques, l'eau douce et le cycle hydrologique remplissent des fonctions essentielles<sup>14</sup> à la fois pour les écosystèmes et les êtres humains : une fonction de survie et de santé, précondition de tout développement ; une fonction d'habitat qui est d'une grande importance du point de vue anthropocentrique en termes de réservoir alimentaire ; une fonction

- 
9. M. De Villiers (1999). *L'eau*, Toronto/Paris/Montréal, Solin/Actes Sud/Léméac, p. 31.
  10. Les estimations varient de 9 à 12 milliards, sur la base de la surconsommation actuelle : H.L.F. Saeijs et M.J. van Berkel, *loc. cit.*, p. 12 ; ou sur les besoins de base, le « *taux vital universel* » calculé par les experts, de 1700 m<sup>3</sup>/personne/an ; M. de Villiers, *op. cit.*, p. 72.
  11. Certains évoquent la possibilité de « produire » de l'eau douce à partir du dessalement notamment, mais il s'agit là, en premier lieu, d'un prélèvement sur le cycle hydrologique global qui comprend l'eau salée ; en deuxième lieu, les quantités d'énergie nécessaires à cette fin sont immenses ; enfin, ce procédé a des impacts environnementaux qui pourraient devenir sérieux s'il était pratiqué à grande échelle. Voir A. Schwabach (1999). « Using International Law to Prevent Environmental Harm from Increased Use of Desalination », *Texas Int'l Law Journal*, 34, p. 187-209.
  12. N. Tien-Duc (1999). *L'humanité mourra-t-elle de soif ?*, Paris, Hydrocom, p. 21.
  13. Cette caractéristique a son importance puisque dans la théorie économique classique, l'application des règles du marché, la loi de l'offre et de la demande exige qu'il existe des choix, que le *consommateur* puisse exercer des *préférences*. Voir R. Petrella (1998). *Le Manifeste de l'eau*, Bruxelles, Labor, p. 69-75.
  14. D'autres auteurs utilisent la catégorie *d'utilisations*, plutôt que *fonctions* : J. Sohnle (2002). *Le droit international des ressources en eau douce : solidarité contre souveraineté*, Paris, La Documentation française, coll. « Monde européen et international », p. 24.

de transport à travers les écosystèmes (des nutriments mais aussi d'auto-épuration des polluants); une fonction de production enfin, à la fois de la biomasse et de la production sociale<sup>15</sup>.

En elles-mêmes, les caractéristiques relevées ici représentent simplement des constats de faits. La dimension problématique de l'eau se situe essentiellement dans la mise en relation des « données de nature » avec l'occupation humaine de la planète et les relations des êtres humains entre eux. Entre 1900 et 1995, les prélèvements ont plus que sextuplé. La consommation d'eau est passée de 1 000 milliards de mètres cubes en 1950 à plus de 5 000 aujourd'hui<sup>16</sup>: « Ainsi y a-t-il bien une problématique de l'eau dans le monde, qui se pose d'ailleurs en des termes multiples: comment répartir cette ressource? Comment en assurer la qualité? Comment l'utiliser rationnellement?<sup>17</sup> »

Pour répondre à de telles questions, si les caractéristiques naturelles de l'eau doivent être prises en compte dans l'élaboration d'un cadre normatif pouvant s'y appliquer utilement, ce sont d'abord les dimensions humaines qui exigent l'élaboration d'un tel cadre, tant il est vrai que la fonction du droit reste celle de régler les conduites humaines.

Le développement des sociétés et la multiplication des usages de l'eau, l'avancement des connaissances scientifiques et la prise de conscience des interrelations complexes du cycle hydrologique, le « rétrécissement de la planète » qu'induit l'augmentation de la population du point de vue des ressources naturelles, sont au nombre des facteurs qui justifient une transformation radicale du droit international des cours d'eau.

## L'EAU DANS LE DROIT INTERNATIONAL

« L'eau est devenue une ressource précieuse et universelle<sup>18</sup> », et certains auteurs estiment que l'état des ressources en eau de la planète pourrait engendrer un état de crise globale dès les premières décennies

- 
15. M. Falkenmark, (1997). « Water Scarcity – Challenges for the Future » dans E.H.P. Brans *et al.*, *op. cit.*, p. 22.
  16. G. Mutin (2000). « De l'eau pour tous ? », Paris, La Documentation française, n° 8014, p. 1 ; S. Postel (1996). *Dividing the Waters: Food Security, Ecosystem Health, and the New Politics of Scarcity*, Worldwatch Paper 132, p. 10.
  17. R. Peres (2000). « L'eau, une ressource rare ? », dans *Thèmes d'actualité économiques, politiques et sociaux 2000-2001*, Paris, Vuibert Guides, p. 345.
  18. R. Marchario (1990). *La gestion du patrimoine hydrologique international. Bilan et perspectives*, Thèse de doctorat, Faculté de droit et sciences économiques, Université de Montpellier I, p. 331.

du XXI<sup>e</sup> siècle<sup>19</sup>. Mais l'eau n'est pas seulement une « ressource naturelle » qu'il s'agit de partager entre États. Elle n'est pas non plus seulement un facteur de production comme le capital ou le travail. Elle ne saurait être considérée strictement comme une ressource naturelle à exploiter. Son caractère vital et non substituable exige un autre statut et d'autres normes.

Examiner le statut de l'eau en droit international pose un défi particulier, la première question étant : de quoi parle-t-on au juste ? L'eau existe-t-elle en droit international ? De la molécule H<sub>2</sub>O au cycle hydrologique, en passant par les écosystèmes aquatiques, la définition de l'objet mérite d'être examinée, d'autant plus que « [...] ce n'est qu'au XX<sup>e</sup> siècle que le concept de " ressource en eau " a fait son apparition<sup>20</sup> ». De fait, comme nous le verrons, les concepts actuellement retenus par le droit international ne correspondent véritablement ni aux caractéristiques spatiales ni aux caractéristiques fonctionnelles de l'eau.

Faisant remonter la formalisation des règles concernant les cours d'eau internationaux au congrès de Vienne de 1815, plusieurs auteurs utilisent l'expression « d'internationalisation » indiquant clairement par là qu'à cette époque, le caractère international d'un cours d'eau n'était pas fondé sur sa nature mais bien sur la volonté des États et une fonction : la navigabilité<sup>21</sup>. La navigation ayant été l'usage principal considéré par le droit international jusqu'au début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>22</sup>, il était normal que le concept utilisé alors corresponde à cette considération restreinte : les fleuves internationaux, les voies d'eau navigables, étaient l'objet de règles. Avec la multiplication des usages de l'eau, cette définition apparaît désuète puisque c'est l'eau en tant que telle et non la voie de circulation, qui doit devenir objet de règles.

- 
19. S.C. McCaffrey (2000). « Water, Water Everywhere, but too Few Drops to Drink: The Coming Fresh Water Crisis and International Environmental Law », *Denver Journal of Int'l L. & Pol'y*, vol. 28, n° 3, p. 326.
  20. J. Margat (2000). « Vers une nouvelle culture de l'eau », dans J. Bindé (dir.), *Les clés du XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, Unesco/Seuil, p. 124. Ce concept serait, selon certains, « anthropocentrique par principe » fondé sur l'idée d'utilisation/limitation : J. Sohnle, *op. cit.*, p. 14.
  21. D.A. Caponera (1995). « Shared Waters and International Law », dans G.H. Blake, W.J. Hildesley, M.A. Pratt, R.J. Ridley et C.H. Schofield (dir.), *The Peaceful Management of Transboundary Resources*, Boston, Granham & Trotman/Martinus Nijhoff, p. 121.
  22. Considérant uniquement la période depuis le traité de Westphalie en 1648, qui est considéré comme l'origine du droit international moderne, et cela en Occident.

Pour autant, c'est encore du point de vue spatial que s'inscriront les tentatives de faire évoluer le droit : en proposant la reconnaissance de l'unité des bassins hydrographiques<sup>23</sup>, d'une part, et en proposant la reconnaissance du caractère transfrontalier des ressources, d'autre part<sup>24</sup>. Du point de vue du droit international, la préoccupation reste la même.

Le concept de ressource naturelle partagée (RNP) est lui-même issu de la conception traditionnelle des ressources naturelles<sup>25</sup> mais cherche à prendre simplement en compte une des caractéristiques de l'eau – son caractère transfrontalier et sa mobilité. Son étymologie est d'ailleurs contradictoire avec ses objectifs : voulant introduire l'idée de gestion commune, le concept de « ressource partagée » peut aussi conduire au partage comme partition.

Pourtant, le caractère vital de l'eau appelle aussi une autre rupture par rapport à la considération traditionnelle de cette ressource, fût-elle territorialement partagée, et c'est alors une rupture par rapport aux sujets mêmes du droit international : dès lors qu'elle est vitale, une ressource ne concerne plus seulement les intérêts des États, sujets traditionnels du droit international mais bien l'être humain, entré dans le droit international par la porte des droits de l'homme, car c'est du droit à la vie de chaque être humain dont il s'agit alors.

Pendant ce temps, l'eau demeure par ailleurs une « ressource naturelle », concept largement utilisé, n'ayant jamais été défini juridiquement, mais issu du domaine de l'économie<sup>26</sup>. Ainsi, l'idée de *ressource en eau*, si elle élargit la perspective du droit international traditionnel des cours d'eau, maintient une ambiguïté puisqu'elle contient deux approches : celle de la sphère économique liée aux utilisations et celle du milieu naturel. Dans la réalité, le concept de ressource naturelle a été utilisé pour désigner tant des ressources présentant une valeur économique

23. C'est la proposition de l'ILA (1967). « Règles d'Helsinki de 1966 », *Report of the 52th Second Conference, Helsinki 1966*, Londres, que de considérer le bassin plutôt que le cours d'eau désormais.

24. C'est le sens du concept de ressources naturelles partagées (RNP) que proposera le PNUE : *Projet de Principes de conduite dans le domaine de l'environnement pour l'orientation des États en matière de conservation et d'utilisation harmonieuse des Ressources naturelles partagées entre deux ou plusieurs États : Rapport du groupe de travail intergouvernemental d'experts sur les Ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs États sur les travaux de sa 5<sup>e</sup> session tenue à Nairobi du 23 janvier au 7 février 1978* ; Doc UNEP/IG.12/2 du 8 février 1978.

25. La conception traditionnelle des ressources naturelles correspond à la définition économique d'un facteur de production, dont la propriété est définie géographiquement par la souveraineté des États.

26. J.T. Calasans (1996). *Le Concept de « ressource naturelle partagée »*. *Application aux ressources en eau : l'exemple de l'Amérique du Sud*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris I, p. 20.

que des ressources et des espaces sans considération économique, mais son origine en a marqué le contenu et l'évolution<sup>27</sup>, et les expressions utilisées dans la doctrine qui tentent d'appréhender cette réalité y demeurent enfermées : *ressources aquatiques non maritimes*<sup>28</sup> ou *ressource en eau internationale*<sup>29</sup>, il s'agit essentiellement de préciser dans l'espace des ressources naturelles.

Comme le droit, le langage, pour être utile, doit s'adapter à la réalité. Dans le domaine de l'eau, cette évolution est symbolique du mouvement qui a transformé peu à peu ce champ du droit international dans les dernières décennies : du droit fluvial international au bassin de drainage en passant par les cours d'eaux, les réseaux et les systèmes, la réalité hydrologique, dépassant le territoire des États, est partiellement prise en compte. L'interdépendance est appréhendée dans cette évolution conceptuelle, mais elle ne va pas jusqu'à la considération du cycle hydrologique comme système global et complexe<sup>30</sup>.

Peu à peu se distingue l'écosystème, le bassin hydrographique, de la ressource qu'il contient : l'eau. On sent bien que sa nature se différencie de l'ensemble des ressources naturelles, mais la véritable mesure de cette distinction hésite à s'inscrire clairement, de même que la portée réelle d'une considération écosystémique<sup>31</sup> de la nature et des ressources.

Si la dimension spatiale est en partie intégrée à travers l'évolution du droit international des cours d'eau, il en va tout autrement du caractère multifonctionnel des ressources en eau. Bien que l'on puisse soutenir que la considération des usages « autres que la navigation<sup>32</sup> » constitue un premier pas en ce sens, il reste que l'absence de qualification

- 
27. « Ressources naturelles partagées et ressources de l'humanité » (1984-1985-1986). *Annuaire de l'AAA*, vols 54/55/56.
  28. L. Caffisch (1997). « La Convention du 21 mai 1997 sur l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation », *AFDI*, 43, p. 751.
  29. C. Delaunay (1993). *Territoire, partage international des ressources et équité*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris II, p. 176 ; ce terme n'implique en lui-même aucune obligation particulière ; elle le considère équivalent de *Ressource en eau située sur le territoire de plus d'un État* utilisé par le Centre d'études et de recherches de droit international et de relations internationales de La Haye.
  30. S.C. McCaffrey (2001). *The Law of International Watercourses : Non-Navigational Uses*, Oxford, Oxford University Press, p. 173 et suivantes ; cet auteur soutient que tous les États ont un intérêt dans le cycle hydrologique qui, au minimum, devrait être considéré d'intérêt commun.
  31. Un écosystème comprend à la fois la biocénose, la partie vivante et organique et le biotope qui est un milieu d'habitat, un milieu support relativement stable dont l'eau fait partie ; l'hydrosphère au niveau global. Ces sous-systèmes sont reliés par des interactions complexes qui forment un nouveau système : l'écosystème.
  32. *Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation* (1997). A/RES/51/229, 51<sup>e</sup> session, 21 mai, Doc. A/51/869. [Convention de New York.]

et surtout de hiérarchisation des usages<sup>33</sup>, s'agissant d'une ressource naturelle d'abord définie dans le domaine économique, donne de fait à cette logique un caractère dominant<sup>34</sup>, par absence de qualification prenant en compte les usages relevant d'autres logiques : ressource vitale, ressource environnementale, ressource sociale encore, et même ressource culturelle, tenant compte de la place prise par l'eau dans la symbolique de différentes civilisations jusqu'à nos jours. C'est ce qui fait dire à Riccardo Petrella qu'il s'agit d'un *bien fondamental total*<sup>35</sup>.

Mais quel devrait donc être le statut d'un tel *bien fondamental total*, caractérisé par la non-substituabilité ? Le droit international a bien intégré le lien existant entre ressources et droits, lui qui ouvre les deux Pactes avec un article portant sur le droit des peuples à disposer de leurs ressources<sup>36</sup>. N'ayant cependant jamais défini clairement le statut des ressources naturelles, cette qualification ramène de fait à une intégration au domaine économique dont est issu le concept et où, par défaut, se confondent ressources naturelles et biens économiques. Or, l'eau est un bien économique<sup>37</sup>, au sens où elle est dans bien des cas un facteur de production mais aussi, au sens étymologique, un bien devant être « économisé » parce que limité<sup>38</sup>. De plus, les ressources en eau ayant d'autres fonctions qu'économiques, elles sont un *bien commun*<sup>39</sup>.

Maintenir l'eau sous le strict statut de ressource naturelle, soumise aux deux règles de base de la *souveraineté permanente sur les ressources naturelles* (SPRN) et de la liberté des échanges, nous mène directement

- 
33. Le problème de la priorité se pose en termes d'usages et d'usagers, surtout dans un contexte où de nombreux cours d'eau internationaux sont déjà « exploités au maximum, voire surexploités ». L. Cafilisch, « La Convention du 21 mai 1997... », *loc. cit.*, p. 752.
  34. R. Passet (1996). *L'Économie et le vivant*, Paris, Economica, 291 p.
  35. R. Petrella, *Le manifeste...*, *op. cit.* Voir sa démonstration à cet égard aux p. 69 et suivantes.
  36. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (1976). 993 RTNU 3, [1976], RT Can. n° 46 REIQ (1984-1989), n° 1976 (3), p. 808 ; et *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, REIQ (1984-1989), n° 1976 (5), p. 817. Voir aussi Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies, *Résolution 1803 (XVII), Souveraineté permanente sur les ressources naturelles*, 14 décembre 1962.
  37. *Bien économique* n'équivalant pas nécessairement à *marchandise*. Voir pour la distinction, J.J. Gabas et P. Hugon (2001). « Les biens publics mondiaux et la coopération internationale », dans *Biens publics à l'échelle mondiale*, Bruxelles, Colophon, coll. « Essais », p. 41-53.
  38. Si dans le cycle hydrologique, la même quantité d'eau est disponible depuis des millénaires, les menaces globales semblent avoir un impact sur ce cycle, d'une part, et, d'autre part, le degré de pollution de l'eau dépasse la capacité auto-épuratrice du système. Voir M. Falkenmark (1992). « Comment préserver le cycle de l'eau », dans M. Barrère, *Terre, patrimoine commun : la science au service de l'environnement et du développement*, Paris, La Découverte/Association Descartes, p. 45-54.
  39. La consommation de ce bien par un acteur affecte le niveau de consommation des autres, P.G. Le Prestre (1997). *Écopolitique internationale*, Montréal, Guérin, p. 23 et suivantes.

à la mise sur pied de bourses de l'eau<sup>40</sup>, comme il y a des bourses pétrolières, des bourses minières, etc. Il reste toutefois que cette définition des ressources naturelles exclusivement par leur dimension de bien économique s'est inscrite *de facto*, par leur inclusion dans les règles d'échange marchand, et non juridiquement dans le droit international public... par défaut pourrions-nous dire. Le caractère vital de certaines ressources, au-delà de leur utilité proprement économique, exige de repenser nos catégories de représentation de la nature.

### L'ABSENCE DE QUALIFICATION GÉNÉRALE ET DE RÉGULATION DES BIENS COMMUNS ET DE L'INTÉRÊT PUBLIC EN DROIT INTERNATIONAL

Dérivés des « choses communes », *res communis* en droit romain, les biens communs sont des choses qui ne sont pas dans le commerce. Le concept de *res communis* renvoie en effet aux choses qui, du fait de leur valeur indispensable à la vie, « appartiennent à tout le genre humain » et vise à les soustraire du régime de propriété propre aux biens<sup>41</sup>.

Un bien commun étant un bien économique, donc limité, il y a concurrence entre les différents usages. Se pose alors le problème de la réconciliation entre l'intérêt individuel et l'intérêt public lorsque les ressources sont nécessaires à tous mais limitées. L'eau n'est pas inépuisable et les activités qui nécessitent son usage sont nombreuses. Elles peuvent éventuellement entrer en conflit les unes avec les autres, d'où l'importance d'une hiérarchie de ces usages. Certains d'entre eux sont largement générateurs de richesse, ce qui fait de l'eau une « matière première » stratégique<sup>42</sup>. L'application d'une stricte logique économique risque alors de ne pas servir l'intérêt public.

Présente dans plusieurs droits nationaux, la qualification de biens communs n'exclut pas la dimension économique des biens visés mais lui superpose une régulation limitant le droit de propriété. De même, la qualification éventuelle de biens communs au plan international

40. L.G. Francoeur (2002). « Colloque de "l'élite financière" sur l'or bleu. Des ministres et des organismes publics s'y associent », *Le Devoir*, 16 octobre ; aussi M. Laimé (2003). *Le dossier de l'eau : pénurie, pollution, corruption*, Paris, Seuil/L'épreuve des faits, p. 304, sur le projet d'Enron d'une telle « bourse mondiale de l'eau ».

41. Extraits de B. Jadot (1996). « L'environnement n'appartient à personne et l'usage qui en est fait est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir », dans F. Ost et S. Gurtwirth (dir.), *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, p. 95 ; et de M. Rémond-Guilloud (1989). *Du droit de détruire. Essai sur le droit de l'environnement*, Paris, Presses universitaires de France, p.148-149.

42. S. Paquerot (2002). *Le statut des ressources vitales en droit international*, Bruxelles, Bruylant, p. 12.

n'en éliminerait pas la dimension de biens économiques mais tendrait à limiter la souveraineté, qui fait obstacle à une qualification juridique susceptible de refléter la nature des ressources concernées et le caractère planétaire des équilibres écosystémiques<sup>43</sup>.

En droit international public, la seule qualification existante qui puisse se rapprocher, dans son essence, des biens communs est celle de patrimoine commun de l'humanité: « Le patrimoine substitue une logique complexe qui prend en compte les usages multiples qu'appellent les espaces et les ressources naturelles et met en place des réseaux de droit d'usage et de contrôle débordant les découpages issus de la propriété et de la souveraineté<sup>44</sup>. »

Cette qualification n'a cependant été utilisée jusqu'ici que pour désigner des ressources hors de la juridiction des États, malgré le fait qu'historiquement ce soient d'abord les ressources de base de notre environnement qui aient été ainsi qualifiées<sup>45</sup>. Des Grecs et des Romains jusqu'aux libéraux classiques, la terre – comprise comme écosystème de base supportant la vie – n'appartient à personne et ses fruits reviennent à tous<sup>46</sup>.

Ainsi, le concept de patrimoine commun de l'humanité tente de redessiner dans la modernité, « en tant qu'il contient mais dépasse les notions de biens communs et de ressources<sup>47</sup> », les contours d'une conception fort ancienne de la nature où les êtres humains, compris dans leur globalité d'humanité, partagent les ressources de la nature. Mais pour le droit international moderne, fondé sur la souveraineté des États et la liberté des échanges, chacun des termes de cette notion pose un défi conceptuel majeur<sup>48</sup>.

- 
43. C. de Klemm (1985). « Le patrimoine naturel de l'humanité », dans *L'avenir du droit international de l'environnement*, Colloque de l'Académie de droit international de La Haye (La Haye, novembre 1984), Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, p. 153.
  44. F. Ost (1995). « Le milieu, un objet hybride qui déjoue la distinction public-privé », dans *Public/privé*, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, Paris, Presses universitaires de France, p. 102.
  45. M. Rémond-Gouilloud, *Du droit de détruire*, *op. cit.*, p. 122 et 145.
  46. On retrouve cette conception chez Solon, six siècles avant J.-C., dans le droit romain, chez les philosophes chrétiens et, plus près de nous chez les fondateurs du libéralisme classique. Voir entre autres sources à ce sujet : B. Kriegel (1989). *Les droits de l'homme et le droit naturel*, Paris, Presses universitaires de France, 118 p. ; J.-J. Rousseau (1996). *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Paris, Librairie générale française, coll. « Livre de poche », 157 p. ; J. Tully (1992). *Droit naturel et propriété*, Paris, Presses universitaires de France, 264 p. ; et H. Laberge (1999). « Le temps de l'eau », *L'Agora*, numéro spécial : *Le sang de la terre*, vol. 6, n° 2, p. 21 à 23.
  47. C. Apostolidis (1997). « La protection juridique de l'humanité », dans C. Apostolidis, G. Fritz et J.-C. Fritz, *L'humanité face à la mondialisation : droit des peuples et environnement*, Paris, L'Harmattan, p. 162, note 39.
  48. S. Paquerot, *op. cit.*, p. 18.

Comme l'être humain pris individuellement, qui sans être sujet de droit international au sens strict, apparaît comme destinataire des droits de l'homme, l'humanité se retrouve destinataire de certaines règles du droit international. Le concept d'humanité ouvre ainsi l'espace de l'universalité à la base de la pensée kantienne qui exige de « briser le cercle de proximité qui obligeait seulement à l'égard du proche et du prochain<sup>49</sup> », et dessine les contours de l'espace réel auquel le droit international devrait théoriquement s'appliquer, celui de la planète. Le patrimoine commun de l'humanité représente en quelque sorte « un retour de la référence à un domaine de l'ordre du commun<sup>50</sup> », au-delà de la juxtaposition des intérêts particuliers des États souverains<sup>51</sup>.

Accorder à certaines ressources un statut de patrimoine commun de l'humanité supposerait de tenir compte, par-delà les statuts diversifiés des ressources à travers les époques et les systèmes juridiques, du caractère universel, dans le temps et dans l'espace, de ces ressources<sup>52</sup>. La notion nous semble donc bien correspondre à cette idée d'une régulation universelle devant s'imposer dans l'intérêt public : « il pourrait rénover [...] tout le droit international "de la terre, de l'eau, de l'air, de leur environnement" [...]»<sup>53</sup>.

## RÉPONSE UNIDIMENSIONNELLE DU DROIT INTERNATIONAL À UNE PROBLÉMATIQUE COMPLEXE

L'eau est considérée par le droit international au titre des ressources naturelles<sup>54</sup>, auxquelles s'appliquent les principes de souveraineté et de liberté des échanges<sup>55</sup>. Mais l'eau, par sa nature même, est difficilement

49. M. Rémond-Goulloud (1995). « L'avenir du patrimoine », *Esprit*, n° 216, p. 70.

50. A. Fayard-Raffiod (1995). *Le patrimoine commun de l'humanité : une notion à reformuler ou à dépasser*, Thèse de doctorat, Faculté de droit et de science politique, Université de Bourgogne, p. 7.

51. M. Chemillier-Gendreau (1995). *Humanité et souverainetés*, Paris, La Découverte, p. 365.

52. F. Ost (1995). *La nature hors la loi : l'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, La Découverte, p. 308.

53. M. Bedjaoui (1978). *Pour un nouvel ordre économique international*, Paris, Unesco, p. 228. On retrouve aussi cette interprétation chez K. Bosselman (1994). « Governing the Global Commons : The Ecocentric Approach to International Environmental Law », dans M. Prieur et S. Doumbé-Billé (dir.), *Droit de l'environnement et développement durable*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, p. 96.

54. Y compris dans le cadre le plus récent, celui de la Convention de New York, les États ont refusé explicitement de la considérer ne serait-ce que comme une ressource naturelle partagée (RNP) au sens des travaux du PNUE, *op. cit.*, et ont choisi de se retrancher derrière le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles (SPRN). Voir aussi J.T. Calasans, *op. cit.*, p. 47-62.

55. Le cadre du droit international économique, celui de l'OMC et des règles du GATT, définit lui aussi l'eau au titre des ressources naturelles. Voir E.J. de Haan, « Balancing Free Trade in Water and the Protection of Water Resources in GATT », dans E.H.P. Brans *et al.*, *op. cit.*, p. 245-259.

réductible à un tel cadre. Dans la mesure où l'eau ne respecte pas les frontières, la souveraineté a dû dans bien des cas et depuis longtemps<sup>56</sup> être aménagée et pondérée, notamment par les règles de *l'obligation de ne pas causer de dommages* et de *l'utilisation équitable*<sup>57</sup>, pour tenir compte au moins de cette partie de la réalité physique de l'eau. La préoccupation principale de ce champ du droit international fut, et reste largement jusqu'à aujourd'hui, celle de trouver des solutions pacifiques aux conflits qui peuvent surgir entre deux ou plusieurs souverainetés autour d'une « ressource partagée », sinon d'une « ressource commune<sup>58</sup> ».

Bien qu'insuffisante pour apporter une réponse adéquate à la problématique complexe de l'eau, la nécessité de régler les conflits inter-étatiques potentiels autour de cette ressource vitale n'en demeure pas moins essentielle au maintien de la paix. C'est donc de coexistence entre États souverains que se préoccupe avant tout le droit international contemporain, après avoir réglé essentiellement la liberté de navigation/circulation dans les siècles précédents<sup>59</sup>. De manière générale, on ne parle d'ailleurs pas de *droit international de l'eau* mais de *droit international des cours d'eau* ou de *droit des cours d'eau internationaux*. Pourtant, les règles existantes du droit international en matière

- 
56. Voir notamment le traité bilatéral concernant la rivière Weser du 2 octobre 1221 ou l'octroi de liberté de navigation à un monastère de l'an 805 dans *Répertoire systématique par bassin, de traités, déclarations, textes législatifs et jurisprudence concernant les ressources en eau internationale – Tome II* (1984) Rome, FAO, Études législatives n° 34.
  57. La définition de l'équité a donné lieu à de nombreux débats dans le cadre de l'élaboration de la Convention de New York. Il est à noter que le concept accepté est celui d'*utilisation* équitable et non de *partage* équitable. Voir C. Delaunay, *op. cit.*, p. 243 et suivantes.
  58. Il ne s'agit pas ici d'affirmer que tel est le statut reconnu de l'eau douce mais simplement de reconnaître la réalité physique. Pour les différentes interprétations autour de ces concepts, voir J.T. Calasans, C. Delaunay, ainsi que S. Upadhye (2000). « The International Watercourse : An Exploitable Resource for the Developing Nation Under International Law ? », *Cardozo Journal of Int'l & Comp. Law*, n° 8, p. 61-101. Voir aussi le troisième rapport de S.C. McCaffrey (1987). Doc. A/CN.4/406 et Add.1 et 2, Annuaire de la CDI, vol. II, 1<sup>re</sup> partie, p. 15-48.
  59. C'est surtout au xx<sup>e</sup> siècle, bien qu'il existe quelques traités à ce sujet à la fin du xix<sup>e</sup> siècle, que la réglementation des autres usages de l'eau prend une place significative, particulièrement en regard du développement des projets d'énergie hydroélectrique. Voir C. Rousseau (1970). *Droit international public*, Paris, Dalloz, p. 203-223. Cela s'applique particulièrement au droit « occidental » dans la mesure où d'autres régions ont depuis longtemps considéré l'enjeu de la répartition pour l'irrigation, notamment en Asie Mineure. Voir P. El Fadl (1998). « Les conventions internationales sur l'eau », Congrès de Kaslik, Liban.

de cours d'eau ne semblent pas, pour l'heure, y compris dans la Convention de New York de 1997, aptes à fournir une réponse juridique adaptée aux situations conflictuelles les plus connues<sup>60</sup>.

Si l'on a reconnu depuis les années 1970 le caractère vital de l'eau dans des déclarations – les écosystèmes d'une part<sup>61</sup> et pour l'être humain d'autre part<sup>62</sup> –, ce n'est toujours pas à cette caractéristique de ressource vitale que la communauté internationale s'est attardée dans sa recherche de systématisation du droit international positif en matière d'eau douce, et les principes élaborés à partir du droit international classique demeurent les seuls aux fondements de la Convention de New York<sup>63</sup>. Pourtant, la reconnaissance de cette dimension spécifique de l'eau et d'un droit d'accès en tant que droit humain pourrait constituer un élément central dans la recherche de critères et de règles aptes à résoudre les conflits interétatiques autour de cette ressource<sup>64</sup>. D'autant, d'ailleurs, que l'appréhension de la problématique de l'eau du point de vue des droits humains exige la considération, aussi, des droits des générations futures à disposer des ressources nécessaires pour vivre<sup>65</sup>, introduisant de fait un critère quant à l'utilisation durable et aux besoins des écosystèmes<sup>66</sup>.

- 
60. S.C. McCaffrey (1993). « Water, Politics, and International Law », dans P.H. Gleick (dir.), *Water in Crisis: A Guide to the World's Fresh Water Resources*, Oxford, Oxford University Press, p. 92-101.
  61. *Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement humain* [Déclaration de Stockholm] (1972) Doc. NU A/CONF. 48/14/Rév. 1; 11 ILM 1416, 1420.
  62. *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'eau* (1977). Mar del Plata, E/CONF.70/29, 188 p.
  63. On n'y établit même pas une priorité formelle pour les besoins des écosystèmes et les besoins humains de base. Tous les auteurs ne partagent pas cette interprétation et certains considèrent l'article 10 comme contraignant du point de vue des besoins humains de base; S.C. McCaffrey (1989). « The Law of International Watercourses: Some Recent Developments and Unanswered Questions », *Denver J. of Int'l L. & Pol'y*, vol. 17, n° 3, p. 505-526.
  64. S.C. McCaffrey (1992). « A Human Right to Water: Domestic and International Implications », *Georgetown Int'l Env'l Law Review*, 5, p. 1-24; ainsi que P.H. Gleick (dir.) (2000). *The World's Water 2000-2001: The Biennial Report on Freshwater Resources*, Washington, Island Press, p. 2-15.
  65. « Neither the transboundary harm nor the equitable share rule consider the intertemporal dimension of resource use. » J. Brunnée (1994). « Environmental Security and Freshwater Resources: The Role of International Law », *Proceedings of the Annual Conference of the Canadian Council of Int'l Law*, p. 127.
  66. *Declaration of Amsterdam* (1992). The Case Books series, Netherlands, International Books, 45 p.

## DU PATRIMOINE COMMUN DE L'HUMANITÉ À LA DÉFINITION D'UN INTÉRÊT PUBLIC UNIVERSEL

L'eau douce, sa préservation, sa répartition et ses usages, interpelle les différentes dimensions d'une forme d'« intérêt public universel » reconnues progressivement au xx<sup>e</sup> siècle par la communauté internationale : le maintien de la paix, le respect des droits humains<sup>67</sup> et la préservation de l'environnement planétaire<sup>68</sup>. En ce sens, elle représente un domaine par excellence où doivent être développées des règles universelles et impératives, s'appliquant à tous<sup>69</sup> : ce que l'on appelle en droit international le *jus cogens*<sup>70</sup>. Relevant traditionnellement de la souveraineté permanente des États sur leurs ressources naturelles, son passage dans le domaine des « communs » pose un défi particulier au droit international dans sa lente transformation pour prendre en compte véritablement les interdépendances concrètes, mais sa nature, de même que la complexité des problèmes qui lui sont liés imposent un tel passage.

La Déclaration de La Haye de 1989<sup>71</sup> portant sur les changements climatiques, signée par 26 États de tous les continents, laissait espérer que la nécessité de règles contraignantes pour tous en matière de ressources environnementales vitales serait enfin reconnue... Mais la même

- 
67. Comme le souligne B. Badie (1999). *Un monde sans souveraineté : les États entre ruse et responsabilité*, Paris, Fayard, p. 259.
  68. Voir à ce propos, W. Riphagen qui identifie trois niveaux successifs de l'universalisme depuis la création des Nations Unies, soit la préservation de la paix, les droits humains et la protection de l'environnement : « The International Concern for the Environment as Expressed in the Concepts of the "Common Heritage of Mankind" and of "Shared Natural Resources" », dans M. Bothe (dir.) (1980). *Tendances actuelles de la politique et du droit de l'environnement*, Berlin, E. S. Verlag, p. 343 ; également J.A.C. Salcedo (1996). « Droit international et souveraineté des États », *RCADI*, T. 257, p. 217 ; et J.I. Charney (1993). « Universal International Law », *AJIL*, vol. 87, p. 551, qui invoquent les mêmes secteurs.
  69. J.I. Charney, *loc. cit.*, p. 551. D'autres auteurs fondent la nécessité d'un ordre commun sur la sécurité, l'écologie et le développement ; D. Senghaas (1993). « Global Governance : How Could it be Conceived ? », *Security Dialogue*, vol. 24, n° 3, p. 251-252.
  70. *Convention de Vienne sur le droit des traités* (1969). Doc. NU A/CONF. 39/27, Recueil des Traités NU, vol. 1155, p. 331 ; UN Doc. A/Conf. 129/15 (1986). art. 53. Traités en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) : *Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère.*
  71. *Déclaration sur la protection de l'atmosphère* (1989). La Haye, 11 mars ; Doc A/44/340 (22 juin 1989) ; version française reproduite dans *RGDIP* (1989). T. 93 et dans *RJE*, 1990, p. 429.

année, il y eut aussi la chute du mur de Berlin, et on se retrouve aujourd'hui, comme seule proposition d'un ordre commun, avec la loi du marché qui nous propose / impose un ordre juridique apte à garantir une « ruée vers l'or ordonnée<sup>72</sup> ».

C'est au nom de la « rareté » qu'on nous propose désormais de considérer l'eau comme un « bien économique », susceptible d'être approprié et échangé selon les règles du marché, celles-ci étant les mieux adaptées pour assurer l'allocation optimale des ressources rares<sup>73</sup>, comme on nous propose plus généralement l'application des règles de la propriété et de l'échange pour résoudre les problématiques environnementales ou d'épuisement des ressources<sup>74</sup>, telles que l'effet de serre<sup>75</sup> ou la préservation de la diversité biologique<sup>76</sup>.

Deux considérations sont donc à l'origine de ce livre. D'une part, malgré le fait qu'à travers la problématique de l'eau, « ce qui est en jeu, c'est la sécurité alimentaire, la santé des populations, la paix et la stabilité du monde<sup>77</sup> », le droit international n'a pas su, à ce jour, apporter de réponse à la mesure des enjeux à travers un cadre normatif approprié.

- 
72. P.B. Payoyo (1998). *Cries of the Sea: World Inequality, Sustainable Development and the Common Heritage of Humanity*, The Hague/Boston, M. Nijhoff Pub., Pub. On Ocean Development, vol. 33.
73. Voir R. Petrella, *Le manifeste...*, *op. cit.*, p. 83 ; ainsi que les documents du Conseil mondial de l'eau (CME) : <http://www.watervision.org/clients/wv/water.nsf/dc13a18fccc63f4ac1256767003cc50b/cce1f838f03d073dc125688c0063870f?OpenDocument>.
74. La désormais célèbre fable de Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, alimente largement cette orientation, bien que l'auteur lui-même n'ait jamais conclu à une solution de ce type. Rappelons que le sens général de cette fable pourrait être que le libre accès aux biens communs en provoque la ruine. La plupart des auteurs traitant de la question des biens communs se réfèrent à cette fable, peu importe leur orientation par ailleurs. Voir notamment pour des positions contradictoires s'alimentant toutes à cette fable : K. Bosselman (1996). « Replaying the Tragedy of the Commons : Book Review », *Yale L. on Reg.*, vol. 13, n° 1, p. 391-402 ; E.A. Clancy (1998). « The Tragedy of the Global Commons », *Indiana Journal of Global Studies*, printemps, vol. 5, n° 2 ; C.-A. Fleischer, « The International Concern for the Environment: the Concept of Common Heritage », dans M. Bothe (dir.), *op. cit.*, p. 321-342 ; C. Aubertin et F.-D. Vivien (1998). *Les enjeux de la biodiversité*, Paris, Economica, 108 p. ; D.W. Bromley et M.M. Cernea (1989). *The Management of Common Property Natural Resources: Some Conceptual and Operational Fallacies*, Washington, World Bank, World Bank Discussion Papers 57, 66 p. ; P.G. Le Prestre, *op. cit.* ; E. Ostrom (1990). *Governing the Commons*, Cambridge, Cambridge University Press, 280 p.
75. Avec les fameux droits de polluer. L. Boisson de Chazournes (1997). « La gestion de l'intérêt commun à l'épreuve des enjeux économiques – le protocole de Kyoto sur les changements climatiques », *AFDI*, 43 ; ou M. Chemillier-Gendreau (1998). « Marchandisation de la survie planétaire », *Le Monde diplomatique*, janvier, p. 3.
76. Voir M. Chauvet et L. Olivier (1993). *La biodiversité: enjeu planétaire: préserver notre patrimoine génétique*, Paris, Sang de la terre, 413 p. ; ou C. Aubertin et F.-D. Vivien, *op. cit.*
77. R. Peres, *op. cit.*, p. 355.

D'autre part, la reconnaissance du caractère universel de la problématique de l'eau ne dispose pas en elle-même de la réponse à apporter : « Bien public stratégique, l'eau doit être soumise à une organisation internationale ; deux conceptions sont envisageables : le recours au marché au niveau mondial, et la régulation publique internationale<sup>78</sup>. » Si le droit peut être un outil, il reste que le contenu et le sens de cet outil relèvent d'abord de choix politiques.

C'est donc aussi en réaction à l'hypothèse du recours au marché mondial que se situe cette recherche d'un statut juridique pour l'eau, adapté à la nature vitale et non substituable de cette ressource, puisque sans une régulation publique internationale structurée et cohérente, l'hypothèse du marché s'imposera par défaut. Or, l'accès aux conditions et aux facteurs matériels et immatériels de *l'existence* et de la *coexistence* humaine<sup>79</sup> ne peut être garanti par la logique marchande.

La thèse centrale défendue ici, malgré toutes les difficultés qu'elle comporte et dont nous avons conscience, est la suivante : la considération de l'eau douce, au plan de sa régulation par le droit international, doit changer de logique, pour entrer dans le domaine des « *res publica* », de ces « choses publiques » qui doivent être l'objet de règles en vue de veiller à l'intérêt public universel, plutôt que des ressources naturelles, pour répondre aux exigences de l'égalité humaine : « Le public, imparfaitement peut-être, symbolisait et représentait la souveraineté du peuple romain<sup>80</sup>. »

Il nous apparaît en effet que les ressources en eau douce planétaires, et surtout l'accès à l'eau, relèvent désormais non plus de la seule liberté d'accès des *res communes* mais bien de la logique d'un service public universel, de ces « choses » qui sont « publiques » parce qu'elles exigent l'intervention publique, des politiques publiques, pour atteindre des fins d'« utilité publique », comme le furent les aqueducs romains, introduisant la responsabilité publique au-delà du seul principe de liberté d'accès propre aux « communs ».

Un tel cadre normatif universel, s'agissant de l'eau douce, trouve ses fondements à la fois au plan scientifique – globalité du cycle de l'eau et interdépendance écosystémique – ; au plan éthique – inégale répartition et justice distributive – ; au plan juridique – universalité des droits humains – ; au plan matériel – conséquences globales de décisions

78. *Ibid.*, p. 354.

79. R. Petrella (1996). *Le bien commun ; éloge de la solidarité*, Bruxelles, Labor, p. 75.

80. I. Kaul, P. Conceicao, K. Le Goulven et R.U. Mendoza (dir.) (2003). *Providing Global Public Goods: Managing Globalization*, UNDP, Oxford Press, p. 11. C'est au statut, dans le droit romain, que nous référons ici, et non aux multiples usages contemporains de la République, en termes de régime politique.

ou actions localisées – ; au plan politique – globalité de l'ordre commercial en structuration – et au plan économique par le caractère non substituable de cette ressource.

Malgré la difficulté à penser les relations internationales et les règles internationales dans l'optique de véritables politiques mondiales s'appliquant universellement, le « réalisme » prend une couleur particulière à l'aune de l'histoire et, dans le temps long, la tendance dominante apparaît bien être celle de l'intégration de l'individu vers l'humanité<sup>81</sup>, au-delà des clivages idéologiques qui peuvent orienter les analyses. L'application d'un cadre juridique universel à l'eau douce, ressource vitale, semble s'inscrire dans le sens de cette évolution.

Le droit international, comme tout autre droit interne, n'est rien de plus qu'un outil à la disposition des sociétés pour organiser les conditions du « vivre ensemble » : « Le droit est ce par quoi une société se donne la figure d'une puissance publique<sup>82</sup>. » Il doit donc évoluer avec la réalité pour que les normes qu'il contient demeurent utiles et pertinentes. Dans le domaine de l'eau, cette exigence d'évolution est particulièrement marquée si l'on considère que jusqu'au début du XX<sup>e</sup> siècle, les seules préoccupations reflétées par ce champ du droit international concernaient les frontières et la navigation<sup>83</sup>.

La dimension internationale, voire mondiale, de nombreux aspects de la problématique de l'eau plaide pour le développement d'une véritable politique mondiale de l'eau assortie d'un droit international de l'eau dont les principes et les normes fournissent les outils juridiques nécessaires à l'atteinte des objectifs énoncés dans la Charte des Nations Unies, soit la résolution pacifique des différends selon les principes de justice ainsi que le respect universel des droits humains, en même temps qu'ils garantissent la préservation des ressources nécessaires au maintien des conditions de la vie sur la planète. L'évolution des normes internationales en ce domaine ne reflète pas la gravité objective de la situation, du point de vue de la reconnaissance d'un intérêt commun dans la préservation et la répartition de cette ressource vitale.

Nous examinerons donc ici non seulement l'état du droit international en matière de ressources en eau, afin de déterminer dans quelle mesure ces normes sont aptes à répondre à la problématique complexe

- 
81. Nous nous appuyons à cet égard sur la thèse de R. Campagnolo (1992). *Individu, intégration, humanité*, Thèse de doctorat en sciences politiques, Université Laval.
  82. A. Lejbowicz (1999). *Philosophie du droit international: l'impossible capture de l'humanité*, Paris, Presses universitaires de France, p. 12.
  83. A. Fenet (1991). « Droit de la mer, droit des cours d'eau internationaux : similitudes et convergences », *ADMA*, T. 11, p. 90.

de l'eau douce à l'échelle planétaire, mais aussi, plus globalement, nous chercherons les indices d'une évolution des règles dans ce domaine, à travers les déclarations et le travail des experts et des institutions des Nations Unies.

Si le droit international s'est surtout préoccupé de la résolution des conflits autour de l'eau, il n'en questionne pas le statut. Or, au vu des tendances actuelles à la privatisation des services de distribution et d'assainissement et à la marchandisation de cette ressource vitale, il y a véritablement urgence à penser un statut qui puisse empêcher son appropriation.

L'eau douce est exemplaire des affrontements qui traversent les débats autour de la mondialisation des marchés : tous les biens et services, matériels et immatériels, nécessaires à la vie et au « vivre ensemble », donc à la pérennité et au fonctionnement des sociétés, doivent-ils être transformés en marchandise et leur allocation dépendre de l'équilibre entre l'offre et la demande ? Répondre à cette question, au-delà des règles et des normes que le droit pourra ensuite élaborer, relève avant tout d'un choix politique.

# Chapitre

# 1

## **Le difficile chemin vers une convention internationale**

*Le droit international n'est pas du droit public, car il ne règle aucune institution de nature supra-étatique qui serait l'objet du consentement de toutes les nations exprimant le point de vue du genre humain en son entier, ni l'objet d'une constitution universelle fondatrice<sup>84</sup>.*

Comme le droit de la mer, le droit des cours d'eau internationaux a connu à l'époque contemporaine de profondes mutations. S'il consacrait précédemment la suprématie de la navigation parmi les différents usages des cours d'eau, la réalité a peu à peu exigé la considération d'une multiplicité d'usages. Sous la pression des usages concurrents de fait, des conflits interétatiques ont dû être tranchés, donnant lieu à une jurisprudence qui a précisé les contours et les contenus de principes généraux traditionnels comme le bon voisinage.

Bien que notre objectif soit de cerner l'ensemble des normes en droit international qui s'appliquent aux ressources en eau, il faut prendre acte que c'est essentiellement les cours d'eau qui ont fait l'objet de traités,

---

84. A. Lejbowicz, *op. cit.*, p. 25.

à l'exception de quelques conventions visant à protéger des milieux fragiles ou des fonctions particulières, où l'eau n'est pas réglementée en elle-même mais par le biais d'autres problématiques, telles que les milieux humides ou la désertification.

Puisque le droit contractuel, le droit des traités, est consenti volontairement par les États, les nouvelles réalités de l'eau et la complexité des problématiques qui y sont liées ne sauront prendre le pas sur le principe cardinal de la souveraineté des États sur les ressources naturelles. Le droit international de l'eau devra tenir compte d'au moins deux réalités, pas toujours faciles à concilier : l'une physique, naturelle, et l'autre politique, humaine, qui n'en est pas moins tout aussi réelle<sup>85</sup> ... Il ne semble pas, pour l'heure, que la réalité politique soit plus aisée à modifier que la réalité naturelle !

*[T]he hydrological cycle does not respect State frontiers or other juridical territorial delimitation drawn by States, nor do the pollutants carried by the water in the cycle. However, in the world of today, these State frontiers or other juridical territorial delimitation are just as much a reality as the physical phenomenon of the hydrologic cycle. Neither can be ignored by the politician, the lawyer or the scientist<sup>86</sup>.*

Dans cette perspective, la réglementation conventionnelle des cours d'eau internationaux a, historiquement, relevé essentiellement d'accords bilatéraux ou multilatéraux : la considération globale du cycle hydrologique n'existe tout simplement pas juridiquement. La spécificité de chaque bassin, du point de vue physique autant que politique et économique, a justifié en bonne partie cette tendance qui trouve aussi, cependant, une forte motivation dans la réticence des États à se lier à des normes générales. La Commission du droit international (CDI) a examiné et analysé largement ces traités, comme de nombreux auteurs, pour fonder les normes proposées dans le cadre de son travail de codification<sup>87</sup>, dont la *Convention des Nations Unies sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation* représente l'aboutissement.

Mais si la Commission du droit international, dans le travail d'élaboration qui fut le sien pendant pratiquement un quart de siècle, s'est largement inspirée du contenu des conventions bilatérales ou multilatérales existantes, y compris en tant que reflet de la pratique des États, elle a aussi puisé aux autres sources du droit international, que le Statut de la Cour internationale de justice définit ainsi : la coutume comme

85. L. Caflisch, « La Convention du 21 mai 1997... » *loc. cit.*, p. 751.

86. X. Hanqin (1992). « Relativity in International Water Law », *Colorado J. of Int'l Env'l L. & P.*, Doman Colloquium, 3, p. 46.

87. C.O. Okidi (1992). « " Preservation and Protection ". Under the 1991 ILC Draft Articles on the Law of International Watercourses », *Colorado J. of Int'l Env'l L. & P.*, Doman Colloquium, 3, p. 144.

preuve d'une pratique acceptée comme étant le droit (*opinio juris*), les principes généraux reconnus par les nations civilisées, les décisions judiciaires puis la doctrine, c'est-à-dire l'opinion des juristes les plus qualifiés. Plus généralement, il faut souligner que ce que d'aucuns classent au titre de la *lege ferenda* (la loi souhaitée), comme la doctrine ou même les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, au-delà de leur valeur propre, participe aussi, dans une certaine mesure et à certaines conditions, de l'établissement ou de l'identification de la coutume internationale.

On doit d'abord constater qu'il n'existait pas, au début du XX<sup>e</sup> siècle, de traités généraux portant sur les cours d'eau internationaux ou les ressources en eau. On tenta de pallier cette lacune entre les deux guerres – sans grand succès – mais c'est surtout à partir de la fin des années 1950 que la préoccupation s'inscrira vraiment dans le cadre des Nations Unies, lorsque l'Assemblée générale demandera au secrétaire général d'entreprendre une étude de la question<sup>88</sup>. À cette époque, une centaine de traités bilatéraux existaient déjà, ayant comme point de départ la reconnaissance des limites à la souveraineté à l'égard des ressources en eau partagées<sup>89</sup>.

Dans ce premier chapitre, nous examinerons le contenu des rares textes conventionnels généraux et des quelques décisions de tribunaux qui ont précédé la Convention de New York de 1997, du point de vue des normes applicables aux ressources en eau, afin d'en évaluer la pertinence pour résoudre la problématique complexe de l'eau douce à l'échelle planétaire, ainsi que les processus politiques qui ont mené à l'adoption d'une convention générale en 1997.

Ces aspects historiques se révèlent essentiels, car c'est à travers eux qu'il est possible d'établir le caractère coutumier d'une règle. Or, « [...] la coutume, par sa vocation générale et donc unificatrice, permet de poser et de penser le droit international comme un ensemble commun à tous les États, et, plus largement, à tous ses sujets<sup>90</sup> ».

À travers les revendications contradictoires des États autour des ressources en eau internationales ; et la pratique des États visant à régler ces revendications contradictoires se dégagent peu à peu les principes coutumiers que la plupart des États, apparemment, acceptent comme

---

88. *Études préliminaires sur les problèmes juridiques que posent l'exploitation et l'utilisation des fleuves internationaux* (1959). Rés. 1401 (XIV). Doc. Off., Assemblée générale des Nations Unies.

89. J.W. Dellapenna (1994). « Treaties as Instruments for Managing Internationally-Shared Water Resources : Restricted Sovereignty vs Community of Property », *Case W. Res. J. of Int'l Law*, 26, p. 42.

90. S. Sur (1990). *La coutume internationale*, Paris, Librairies techniques, Extrait du Juris-Classeur Droit International, fascicule 13, p. 8, 1<sup>er</sup> cahier.

étant le droit. Ces principes, souvent, ne sont pas spécifiques au droit international des cours d'eau et tirent leur origine de la coutume générale ou des principes généraux du droit : « Dans leur teneur, les règles générales qui régissent la matière ne sont en définitive que l'expression particulière des principes généraux de coexistence des souverainetés territoriales<sup>91</sup>. »

L'histoire du droit international des cours d'eau s'est confondue, dans une certaine mesure, jusqu'à récemment, avec les fonctions de frontière et de navigation, seules préoccupations manifestées par les États à l'égard de cette ressource jusqu'au début du xx<sup>e</sup> siècle<sup>92</sup>. Pour intéressante que soit cette histoire, nous nous limiterons à relever à cet égard les références qui sont d'une certaine utilité pour fonder les normes actuelles, dans la mesure où c'est la pertinence des règles pour répondre à la complexité contemporaine de la problématique de l'eau qui nous intéresse, notamment du point de vue des enjeux de répartition et de pollution.

*Many consider the management of fresh water to be the single greatest environmental challenge facing the international community, in large part because pollution and overuse have contributed to the unsanitary conditions leading to the world's most serious health problems. It is also, clearly, a major human rights issue<sup>93</sup>.*

Après avoir rapidement situé les rares antécédents au xx<sup>e</sup> siècle, nous examinerons le processus ayant conduit à une systématisation du droit international en ce domaine.

## 1.1. LES ANTÉCÉDENTS : DES TENTATIVES SANS GRANDE PORTÉE PRATIQUE

Au début du xx<sup>e</sup> siècle commençaient déjà à apparaître de nouveaux usages de l'eau et des potentiels de conflit entre ces usages multiples. Pourtant, c'est dans le cadre des *Conférences générales des communications et du transit* convoquées par la Société des Nations dans le premier quart du xx<sup>e</sup> siècle<sup>94</sup> que seront entreprises deux tentatives de codification, reflet de la considération historique de l'eau en tant que voie de navigation et donc de communication, encore dominante à cette époque.

- 
91. H. Ruiz Fabri (1990). « Règles coutumières générales et droit international fluvial », *AFDI*, XXXVI, p. 821.
  92. J.L. Wescoat Jr. (1996). « Main Currents in Early Multilateral Water Treaties : A Historical-Geographic Perspective, 1648-1948 », *Colorado J. of Int'l Env'l L. & P.*, vol. 7, p. 39-74.
  93. P. Sands (1995). *Principles of International Environmental Law*, Manchester United Press, p. 365.
  94. *Rapport du Secrétaire général sur les problèmes juridiques posés par l'exploitation et l'utilisation des fleuves internationaux* (1976). Doc. A/5409, Annuaire de la CDI 1974, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, paragr. 64.

### 1.1.1. La Convention de Barcelone de 1921 et la navigation

La *Convention de Barcelone du 20 avril 1921 sur le régime des voies navigables d'intérêt international*<sup>95</sup>, comme son nom l'indique, demeurait dans le cadre traditionnel de l'utilisation des cours d'eau comme voies navigables et ne considérait le caractère international de ces cours d'eau qu'en tant que conséquence de cette fonction spécifique. La nature des ressources en eau, transfrontalières, ne détermine pas encore leur statut. On retrouve alors surtout des traités de délimitation de frontières en ce qui concerne les cours d'eau contigus<sup>96</sup> et des accords portant sur la navigation en ce qui concerne les cours d'eau successifs<sup>97</sup>.

La priorité à la navigation y est consacrée<sup>98</sup>, mais on voit poindre la prise en compte d'autres usages<sup>99</sup>, au titre des motifs qui peuvent être invoqués à l'encontre de demandes de travaux pour améliorer la navigabilité : sont considérés le régime des eaux, les besoins d'irrigation, l'utilisation de la force hydraulique notamment. Rien encore qui puisse laisser prévoir la transformation radicale de la problématique, mais une prise de conscience de l'importance des autres utilisations puisqu'on y prévoit une désaffectation possible pour un intérêt économique manifestement supérieur (paragr. 6).

Bien que générale, la Convention de Barcelone, entrée en vigueur le 31 octobre 1922, ne peut être considérée comme véritablement significative, puisque seulement 20 États y sont parties. Un État, l'Inde, a d'ailleurs par la suite dénoncé cette Convention<sup>100</sup>. Issue de la période coloniale, elle ne pouvait que refléter les préoccupations européennes.

95. Société des Nations, Recueil des traités, vol. 7, p. 36. Adoptée par 29 voix contre 1 et 2 abstentions ; 42 États étaient représentés ; 29 États ont signé la Convention [ci-après Convention de Barcelone].

96. Se dit des cours d'eau qui forment la frontière entre deux États ; S.C. McCaffrey (1986). *Deuxième rapport sur le droit relatif aux utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation*, Doc. A/CN.4/399 et Add.1 et 2, Ann. de la CDI, vol. II, 1<sup>re</sup> partie, p. 139 : liste.

97. Cours d'eau qui traversent deux ou plusieurs États, qui supposent État d'amont et État d'aval.

98. R. Marchario, *op. cit.*, p. 40.

99. Convention de Barcelone, *op. cit.*, art. 10, parag 3.

100. *Rapport du Secrétaire général sur les problèmes juridiques posés par l'exploitation et l'utilisation des fleuves internationaux*, *op. cit.*, note 53.

### 1.1.2. La Convention de Genève de 1923 et l'utilisation hydroélectrique

Deux ans plus tard, la *Convention de Genève du 9 décembre 1923 relative à l'aménagement des forces hydrauliques intéressant plusieurs États*<sup>101</sup>, malgré son titre, maintient la priorité de la navigation sur les autres utilisations potentielles des cours d'eau internationaux<sup>102</sup>. Cette convention, entrée en vigueur le 30 juin 1925, comprend 11 États parties, mais aucun État limitrophe sauf l'Autriche et la Hongrie<sup>103</sup>, ce qui limite singulièrement sa portée en termes d'application concrète.

Le projet initial de cette convention portait de l'idée d'une obligation de conclure des accords, obligation concernant tous les États riverains du fleuve ou cours d'eau dont le régime serait modifié<sup>104</sup>. Une telle obligation fut refusée au nom de l'atteinte à la souveraineté des États qu'elle aurait représentée, alors même que, s'agissant de partager des ressources par nature communes, elle est essentielle à la mise en œuvre du principe de partage équitable. Cette absence d'obligation de conclure, ou à défaut de faire trancher par un tiers, mène directement à la reproduction des rapports de force inhérents aux rapports de souveraineté, et illustre bien l'incapacité du droit international de les dépasser en l'absence de normes « d'ordre public » qui prévalent.

Si l'obligation de conclure des accords n'a pas été retenue, il reste cependant que la Convention de Genève inscrit l'obligation de négocier, malgré la réaffirmation de la souveraineté territoriale, qu'elle soumet aux limites du « cadre du droit international » (art. 1) sans toutefois les préciser. On retrouve en germe les principes procéduraux qui prendront ensuite de plus en plus de place dans la pratique des États mais en matière d'utilisation des eaux transfrontalières, jusqu'à devenir largement reconnus à titre coutumier. À certains égards, ces principes sont parfois plus élaborés que ce qui sera par la suite reconnu dans les textes conventionnels.

Ainsi, l'obligation générale d'information y est conçue à partir de l'idée d'une étude *en commun* : « sur la demande de l'un d'entre eux, il y sera procédé en commun » (art. 2), et si les articles 3 et 4 précisent l'obligation de négocier de bonne foi avant d'entreprendre les travaux, l'article 5

101. Société des Nations, Recueil des traités, vol. 36, p. 76 [ci-après Convention de Genève]. Adoptée par 24 voix, 3 contre et 6 abstentions, 39 États étaient représentés à la conférence et 17 États ont signé la convention : *Rapport du Secrétaire général sur les problèmes juridiques posés par l'exploitation et l'utilisation des fleuves internationaux*, *op. cit.*, note 39.

102. *Rapport du Secrétaire général sur les problèmes juridiques posés par l'exploitation et l'utilisation des fleuves internationaux*, *op. cit.*, paragr. 75.

103. R. Marchario, *op. cit.*, p. 45.

104. *Rapport du Secrétaire général sur les problèmes juridiques posés par l'exploitation et l'utilisation des fleuves internationaux*, *op. cit.*, paragr. 70.

apporte, lui, un élément inusité, celui des meilleures solutions techniques comme base de compromis : « L'article montre le souci d'émanciper l'exploitation industrielle des fleuves de toute tutelle de nature politique<sup>105</sup>. » Cette préoccupation, on s'en doute, ne sera pas consacrée ultérieurement en ce qui concerne les diverses utilisations des cours d'eau internationaux. On peut expliquer en partie ces deux caractéristiques par l'usage qu'il s'agit ici de régler, soit la production hydroélectrique<sup>106</sup>.

La Convention de Genève représente la première tentative de convention générale qui ouvre la porte sur d'autres utilisations que la navigation : comme la mer, les cours d'eau ont dans les faits d'autres usages, et le droit international doit en tenir compte. En ce sens, si elle n'a jamais reçu d'application pratique, au plan théorique, elle introduit tout de même des règles de procédures indispensables à une utilisation rationnelle : celles de s'informer, de se consulter et de négocier de bonne foi, qui demeureront par la suite à la base de la coopération en matière d'utilisation des cours d'eau internationaux.

Sans application concrète directe, cet exercice de codification aura donc une influence, notamment sur le continent latino-américain, à travers la Déclaration de Montevideo de 1933 entre autres<sup>107</sup>, particulièrement en matière d'obligation de consultation. Elle servira aussi de référence quant à l'existence ou non d'une obligation de consentement préalable, au moins à une occasion, dans l'affaire du lac Lanoux<sup>108</sup>, qui a opposé la France et l'Espagne dans un arbitrage international portant sur l'utilisation des eaux de ce lac.

D'autres, par contre, considèrent à l'époque la Convention comme une initiative malheureuse parce que même si l'obligation des États de coopérer y est inscrite, elle est aussitôt annulée en quelque sorte par la possibilité qu'ont les États d'opposer un veto à tout plan d'aménagement pour des motifs vitaux<sup>109</sup>.

Il reste que les premiers tâtonnements en vue de la construction d'un cadre normatif adapté aux transformations de la réalité de l'eau sont désormais inscrits. Les années 1920 verront l'adoption d'une

---

105. *Rapport du Secrétaire général sur les problèmes juridiques posés par l'exploitation et l'utilisation des fleuves internationaux*, op. cit., paragr. 74.

106. C.A. Colliard (1988). « Droit fluvial international : les problèmes actuels des ressources en eau », *Revue roumaine d'études internationales*, vol. 22, p. 166.

107. *Rapport du Secrétaire général sur les problèmes juridiques posés par l'exploitation et l'utilisation des fleuves internationaux*, op. cit., paragr. 71.

108. P.K. Wouters (1996). « An Assessment of Recent Developments in International Watercourse Law Through the Prism of the Substantive Rules Governing Use Allocation », *N RJ*, 36.

109. Notamment : H.A. Smith (1931). *The Economic Uses of International Rivers*, Londres, King.

dizaine d'accords, la plupart bilatéraux, visant d'autres préoccupations que la navigation et, malgré la période de guerre, un nombre encore plus élevé sera conclu dans les années 1940<sup>110</sup>, dont la majorité dans les Amériques, et plus d'une quarantaine dans les années 1950. Une prolifération d'instruments bilatéraux ou multilatéraux donc, et quelques décisions judiciaires ou sentences arbitrales, éclairent le contenu de ce champ du droit international à la fin des années 1950<sup>111</sup>.

### **1.1.3. L'application des principes généraux et de la coutume dans les décisions judiciaires anciennes**

La coutume se construisant dans le temps, il est généralement utile de retracer les fondements et l'évolution suivie à travers les décisions des tribunaux et les sentences arbitrales. En matière de cours d'eau internationaux toutefois, il faut garder à l'esprit, comme nous l'avons déjà souligné, qu'une transformation importante est intervenue avec le passage de la navigation comme usage principal à des utilisations multiples. Pour cette raison, ce ne sont pas uniquement les décisions portant spécifiquement sur l'eau qui peuvent apporter un éclairage pertinent, et les décisions anciennes n'ont pas toujours la portée nécessaire.

La jurisprudence fut utilisée par la CDI pour nourrir la réflexion sur la question du partage des ressources en eau internationales, mais souvent par analogie<sup>112</sup>, les décisions portant directement sur le sujet n'étant somme toute pas très nombreuses. Nous ne reviendrons pas sur les décisions, maintes fois commentées, concernant les délimitations de plateaux continentaux, utilisées par analogie en ce qui concerne le partage de ressources en équité. Les quelques espèces significatives ayant été abondamment étudiées par la doctrine et systématiquement examinées par la Commission de droit international, nous n'en rappellerons ici que les éléments principaux.

#### ***Décisions portant sur les cours d'eau internationaux et les ressources en eau***

En 1929, dans une affaire portant sur la liberté de navigation, plus précisément sur la juridiction de la Commission de l'Oder eu égard aux affluents de ce fleuve en territoire polonais, la Cour permanente de justice internationale affirme le principe de la « communauté d'intérêts » des

110. Treize accords sont recensés pour cette période dont sept dans les Amériques, les seuls entre 1940 et 1945.

111. De la fin des années 1800 à la fin des années 1950, moins d'une dizaine de sentences peuvent servir à interpréter l'état du droit. Voir *Rapport du Secrétaire général sur les problèmes juridiques posés par l'exploitation et l'utilisation des fleuves internationaux*, *op. cit.*, paragr. 1022-1068.

112. A. Fenet, *loc. cit.*, p. 100.

États riverains d'un fleuve international. Elle applique ce principe non seulement au fleuve cité, l'Oder, mais à ses affluents navigables<sup>113</sup>, accordant ainsi avant l'heure une certaine validité au concept de réseau ou de système, s'agissant des cours d'eau internationaux. Les États d'un même cours d'eau sont placés sur un pied d'égalité et forment une communauté d'intérêts et, par conséquent, de droit.

[la] communauté d'intérêts sur un fleuve navigable devient la base d'une communauté de droit, dont les traits essentiels sont la parfaite égalité de tous les États riverains dans l'usage de tout le parcours du fleuve et l'exclusion de tout privilège d'un riverain quelconque par rapport aux autres<sup>114</sup>.

Aussi intéressante que soit l'affirmation de ce principe par la Cour, il faut reconnaître que cette décision porte sur la navigation, et l'on ne saurait nier qu'il existe des différences objectives entre la navigation qui use des eaux sans les « consommer » et d'autres usages qui plus tard apparaîtront conflictuels. Malgré le fait que la navigation, lorsqu'elle est intense, puisse avoir des effets de pollution non négligeables, il reste que la conscience du caractère potentiellement concurrent des usages n'est apparue qu'avec la diversification de ces derniers. Si certains auteurs interprètent l'application faite par la Cour du principe de la communauté d'intérêts en matière de navigation comme pouvant s'appliquer aussi à d'autres utilisations des cours d'eau internationaux<sup>115</sup>, il reste que c'est par extrapolation, jusqu'à l'arrêt Gabčíkovo-Nagymaros, sur lequel nous reviendrons plus loin.

Quelques années plus tard, en 1937, la Cour aura à nouveau à se prononcer sur un conflit lié aux ressources en eau, non pas sur la navigation cette fois, dans l'Affaire des prises d'eau de la Meuse<sup>116</sup>. Cette affaire est de moindre intérêt, au plan juridique, puisque la Cour se limite clairement à interpréter le traité et non les règles générales applicables<sup>117</sup>. Il reste toutefois que, pour certains, l'équité aurait été en premier lieu conceptualisée comme principe général de droit international, au sens de l'article 38 (1)c) du statut de la Cour internationale de justice, par le juge Hudson dans son opinion individuelle concernant cette affaire<sup>118</sup>, équité abordée par la suite à travers la formulation de

113. P. Sands, *op. cit.*, p. 347.

114. *Affaire de la juridiction territoriale de la Commission internationale de la rivière Oder*, (1929). PCIJ, série A, n° 23.

115. S.C. McCaffrey, *The Law of International Watercourses...*, *op. cit.*, p. 181-182.

116. *Affaire de la diversion des eaux de la rivière Meuse* (1937). PCIJ, ser.A/B, n° 70. (28 juin).

117. S.C. McCaffrey, *The Law of International Watercourses...*, *op. cit.*, p. 183.

118. C'est en tout cas l'interprétation de M. Kroes, « The Protection of International Watercourses as Sources of Fresh Water in the Interest of Future Generations », dans E.H.P. Brans *et al.*, *op. cit.*, p. 84, note 19.

différents principes selon les différentes décisions concernant les ressources partagées : « partage équitable », « utilisation équitable », « répartition équitable<sup>119</sup> », qui a mené avec le temps à sa conceptualisation plus précise.

Mais c'est la sentence arbitrale du Lac Lanoux<sup>120</sup> qui retient le plus l'attention en ce qu'elle est exemplaire de la recherche d'équilibre entre les avantages de l'utilisation d'un cours d'eau et les préjudices subis : « chaque État doit tenir compte des droits légitimes de ses voisins<sup>121</sup> », mais au-delà des droits clairement établis, la logique propre au principe de l'utilisation équitable et raisonnable suppose une balance des *intérêts*<sup>122</sup>. Ces intérêts doivent être pris en compte non seulement dans le cadre de la négociation entre les parties mais aussi, le cas échéant, dans la mise en œuvre si la négociation n'a pas permis de conduire à un accord.

Cette sentence préfigure la partie procédurale de la Convention de New York concernant les mesures projetées, principalement sur le fait qu'aucun État ne possède un droit de veto<sup>123</sup>. Dans cette affaire comportant dérivation et restitution : « [...] la thèse fondamentale du gouvernement espagnol affirmée dès le compromis, était que l'exécution du projet français devait être soumise à un accord préalable parce qu'elle touchait aux intérêts généraux communs des deux pays<sup>124</sup>. »

La sentence ne donnera pas raison à une telle interprétation : l'accord préalable dans l'utilisation hydraulique des cours d'eau internationaux n'est pas une règle de droit international, ni à titre de coutume, ni à titre de principe général, selon le tribunal. Cette interprétation s'en tient aux orientations choisies dans le cadre de la rédaction de la Convention de Genève de 1923, c'est-à-dire l'obligation de négocier de bonne foi en vue de parvenir à un accord.

Malgré le fait qu'un tel accord préalable soit prévu dans un certain nombre de traités spécifiques comme l'a relevé l'Espagne, il ne peut pas être tiré de ces traités une règle générale, puisque ces clauses visent généralement à des situations de conséquences graves d'une part, et qui, d'autre part, elles ne sont pas accompagnées d'une *opinio juris*

119. D.A. Caponera, dans G. H. Blake *et al.*, *op. cit.*, p. 123.

120. *Affaire du Lac Lanoux (France/Espagne)* 16 novembre 1957, RSA XII.

121. J.T. Calasans, *op. cit.*, p. 129.

122. G.E. Eckstein (1995). « Application of International Water Law to Transboundary Groundwater Resources, and the Slovak-Hungarian Dispute Over Gabčíkovo-Nagymaros », *Suffolk Trans'l L. Rev.*, p. 19.

123. C.B. Bourne (1992). « The International Law Commission's Draft Articles on the Law of International Watercourses: Principles and Planned Measures », *Colorado J. of Int'l Env'l L. & P.*, Doman Colloquium, 3, p. 87.

124. J.T. Calasans, *op. cit.*, p. 125.

conséquence<sup>125</sup>. Au départ, c'est l'État qui dispose d'une compétence souveraine sur son territoire, y compris les eaux qui le traversent, et décide librement et souverainement de l'utilisation qu'il en fait, comme le souligne le tribunal<sup>126</sup>. L'obligation d'un accord restreindrait la souveraineté au-delà de l'acceptable.

L'affaire du lac Lanoux a aussi donné lieu à une certaine considération par le tribunal arbitral des enjeux environnementaux et humains liés aux conflits autour des ressources en eau internationales. Ainsi :

[...] tout en refusant d'admettre l'obligation stricte de respecter l'unité naturelle d'un bassin fluvial alléguée par l'Espagne, le tribunal reconnaît une obligation correspondante mais limitée et souple, celle de ne pas apporter à l'unité naturelle d'un bassin fluvial des modifications nuisibles à la satisfaction des besoins humains<sup>127</sup>.

Le tribunal reconnaît en ce sens qu'il existe des limites à la licéité des transformations de l'unité naturelle d'un bassin, notamment celles reliées à la satisfaction des besoins des êtres humains qui dépendent de ce bassin, bien qu'il reconnaisse aussi que : « [...] celle envisagée par le projet français ne modifie pas un état de choses ordonné en fonction des exigences de la vie sociale ». Le raisonnement, pour intéressant qu'il soit pour l'époque, se limite cependant à considérer le caractère nuisible des modifications projetées dans le présent, le court terme.

Du point de vue des risques de pollution, la sentence se limite à réitérer ce qu'est effectivement la coutume reconnue alors, dans le cadre de la responsabilité pour délit et non d'une responsabilité objective : « la responsabilité de l'État d'amont, même en cas d'accident, suppose un manquement à la diligence due<sup>128</sup> ».

Au total, à travers plusieurs jurisprudences, s'est dessiné progressivement le principe de l'utilisation équitable, et la sentence arbitrale du lac Lanoux apporte une précision aux modalités procédurales de l'application d'un tel principe d'utilisation équitable des eaux internationales : « *The principle of reasonable and equitable utilisation may be supported by cases such as Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder, Diversion of Water from the River Meuse, Lac Lanoux Arbitration, and Helmand River Delta*<sup>129</sup>. »

125. A. Gervais (1960). « L'Affaire du Lac Lanoux », *AFDI*, VI, p. 407-408.

126. *Affaire du Lac Lanoux (France/Espagne)*, *op. cit.*, p. 308.

127. A. Gervais, *loc. cit.*, p. 398.

128. J.G. Polakiewicz (1991). « La responsabilité de l'État en matière de pollution des eaux fluviales ou souterraines internationales », *JDI*, vol. 2, p. 292.

129. A. Koe (1998). « Damming the Danube: The International Court of Justice and the Gabčíkovo-Nagymaros Project », *Sydney Law Review*, vol. 20, p. 626.

### ***L'éclairage de décisions judiciaires portant sur d'autres sujets***

C'est généralement pour étayer le fondement coutumier de l'usage inoffensif du territoire et donc de l'interdiction de dommages appréciables, que l'on se réfère à des jugements portant sur d'autres sujets que les ressources en eau, comme dans l'affaire du détroit de Corfou<sup>130</sup> et dans l'affaire de la Fonderie du Trail<sup>131</sup>. Mais la référence à ces jurisprudences et leur pertinence eu égard au principe de l'interdiction de dommages appréciables en matière de cours d'eau internationaux est parfois contestée, avec raison, du point de vue de la rigueur du raisonnement, particulièrement en ce qui concerne l'affaire du détroit de Corfou<sup>132</sup>.

De fait, l'affaire du détroit de Corfou reste clairement dans le cadre de la responsabilité pour faute, stipulant un « acte contraire aux droits d'autres États » ; la question des dommages appréciables en matière de cours d'eau internationaux gagne peu en éclairage et en précision à travers cette décision dans la mesure où il s'agit de balance d'intérêts et non d'atteinte à un droit au sens strict.

Toutefois, on peut déduire de cet arrêt une obligation des États partageant un cours d'eau international d'avertir les autres États riverains en cas de situation urgente qui pourrait les affecter<sup>133</sup>, telle qu'une brusque montée des eaux par exemple ou une rupture de barrage, même dans le cas où cette situation ne serait pas le fait de l'État. Comme dans le cas des mines du détroit de Corfou, la connaissance des faits suffirait à entraîner l'obligation d'information.

L'affaire de la Fonderie du Trail<sup>134</sup>, par contre, montre plus de similitude avec les questions entourant le principe de l'interdiction de dommages appréciables discutées dans le cadre du droit des cours d'eau internationaux, particulièrement en ce qui concerne la pollution. Il s'agit de la décision la plus importante, pour plusieurs, en matière de pollution transfrontalière :

*Under the principles of international law, as well as the law of the United States, no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence*<sup>135</sup>.

130. *Affaire du Détroit de Corfou (Royaume-Uni/Albanie)*, arrêt du 9 avril 1949, CIJ (1949). *Recueil*, p. 4 (22).

131. *Affaire de la Fonderie de Trail (États-Unis/Canada)*, Sentence 11 avril 1941 3, ONU, RSA, vol. III, p. 1938 (1965).

132. C.B. Bourne, « The International Law Commission's Draft Articles... », *loc. cit.*, p. 84.

133. S.C. McCaffrey, *The Law of International Watercourses...*, *op. cit.*, p. 186.

134. *Affaire de la Fonderie du Trail*, *op. cit.*

135. S.C. McCaffrey (1988). *Quatrième rapport*, Doc. A/CN.4/412 et Add.1 et 2, Annuaire de la CDI 1988, vol. II, 1<sup>re</sup> partie, paragr. 85 ; et J.G. Polakiewicz, *loc. cit.*, p. 288.

Cependant, dans la mesure où la jurisprudence internationale ne présentait alors aucun précédent, le tribunal s'est référé à la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis et à celle de la Suisse, ce qui ne pouvait constituer une preuve suffisante de l'existence d'une telle règle générale ou coutumière en droit international, à cette époque tout au moins.

Au milieu du <sup>xx</sup>e siècle, alors que l'essor industriel et l'augmentation de la population intensifient déjà les pressions sur les ressources en eau, le droit international, lui, demeure fragmentaire et inadapté. Les traités bilatéraux ou multilatéraux se multiplient pour encadrer des utilisations spécifiques et nouvelles, mais la jurisprudence reste rare, peu significative, en plus de s'appuyer sur des règles coutumières relativement générales et conservatrices. C'est la doctrine qui prendra l'initiative d'une réflexion rigoureuse à l'égard de ce champ du droit international<sup>136</sup>.

De manière générale, on peut dire que les experts ont beaucoup plus clairement, et cela bien avant le travail de la CDI, posé la présence de l'utilisation équitable et raisonnable. Leur travail, d'ailleurs, a rapidement reposé sur des concepts cohérents avec la nature de la ressource<sup>137</sup>, notamment celle de bassin hydrographique<sup>138</sup>. Ils ont intégré progressivement les normes et règles aptes à répondre aux besoins de préservation des écosystèmes, y compris en ce qui concerne les eaux souterraines, mais n'ont jamais explicitement intégré la perspective des droits humains.

## 1.2. UNE VOLONTÉ DE SYSTÉMATISATION

La nécessité de partager les ressources en eau internationales par un autre moyen que la frontière devient de plus en plus criante au fur et à mesure de la diversification des usages. Comme les faits précèdent généralement le droit, il apparaît « de plus en plus clairement que les règles existantes [étaient] insuffisantes et surtout inadaptées aux données nouvelles<sup>139</sup> ».

---

136. Cela malgré le fait qu'en 1959, l'Assemblée générale des NU réclamait au Secrétaire général de l'Organisation une étude à ce propos, rapport dont la première version a été déposée en 1963.

137. « Résolution sur l'utilisation des eaux internationales non maritimes (en dehors de la navigation) » (1961). Session de Salzbourg, septembre, *Tableau des résolutions adoptées 1957-1991* (1992) Paris, Pedone, p. 27-33.

138. *Règles d'Helsinki de 1966*, *op. cit.*

139. P. Buirette (1991). « Genèse d'un droit fluvial international (utilisations à des fins autres que la navigation) », *RGDIP*, vol. 95, p. 6.

### 1.2.1. Des bases théoriques contradictoires

Cette situation a donné lieu, en l'absence de règles claires en la matière, à l'émergence de différentes théories visant à fonder les prétentions des parties aux conflits, qui en général se résolvait de manière pacifique<sup>140</sup>, sans pour autant clarifier véritablement les bases juridiques de ces règlements<sup>141</sup>.

C'est en fait la tension entre deux doctrines extrêmes, celle de la souveraineté territoriale absolue, la doctrine Harmon<sup>142</sup>, à l'avantage des États d'amont, et celle de l'intégrité territoriale absolue<sup>143</sup>, à l'avantage des États d'aval, profondément contradictoires, incompatibles entre elles et avec le principe de bon voisinage<sup>144</sup>, qui ont forcé le développement, très tôt<sup>145</sup>, de deux autres théories plus « équilibrées » : celle de la souveraineté territoriale limitée et celle de la communauté d'intérêts qui guideront essentiellement la communauté internationale dans sa recherche de règles applicables aux cours d'eau internationaux, aptes à garantir la paix.

- 
140. Voir entre autres A.T. Wolf et J.H. Hamner (1998). « Trends in Transboundary Water – Disputes and Dispute Resolution », Congrès de Kaslik, Liban; ou R. Petrella, *Le Manifeste de l'eau...*, *op. cit.*, p. 49-61.
141. Le traité entre les États-Unis et le Mexique – *Traité entre les États-Unis d'Amérique et le Mexique relatif à l'utilisation des eaux du Colorado, de la Tijuana et du Rio Grande (Rio Bravo) depuis Fort-Quitman (Texas) jusqu'au golfe du Mexique*, Washington, 3 février 1944, et *Protocole complémentaire*, 14 novembre 1944, RTNU, 1947, T 3, p. 313 – ou celui entre l'Inde et le Pakistan – *Traité de 1960 relatif à l'utilisation des eaux de l'Indus* (1960) Karachi, le 19 septembre, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 419, p. 125 [Inde, Pakistan et BIRD] – mentionnent qu'ils ne doivent pas être interprétés comme établissant des règles de droit international.
142. Pour une présentation de cette approche et du cas qui y a donné naissance voir S.C. McCaffrey, *The Law of International Watercourses...* *op. cit.*, p. 76-111. Il la qualifie de « famous – or, more accurately, infamous » dans « Water, Water Everywhere, but too Few Drops to Drink ... », *loc. cit.*, p. 326.
143. S.C. McCaffrey, *The Law of International Watercourses...*, *op. cit.*, p. 113-127. Cette théorie sera aussi à l'occasion invoquée par les pays qui, sans être d'aval, désirent renforcer la protection de l'environnement.
144. C.B. Bourne (1989). « Freshwater as a Scarce Resource », *Canadian Council of Int'l Law*, 18, p. 395; contrairement à d'autres auteurs, il relève une troisième théorie, celle des usages existants « prior appropriation », partagée par D.J. Lazerwitz (1993). « The Flow of International Water Law : The International Law Commission's Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses », *Indiana Journal of Global Studies*, vol. 1, n° 1. <<http://www.law.indiana.edu/glsj/vol11/lazer.html>>. Cette doctrine est largement appliquée aux États-Unis.
145. S.C. McCaffrey, *The Law of International Watercourses...*, *op. cit.*, p. 138-139, en retrace les racines jusqu'au XVIII<sup>e</sup> siècle pour ce qui est de la souveraineté limitée.

La théorie de la communauté d'intérêts<sup>146</sup>, malgré le fait qu'elle a été, à l'occasion, évoquée par la Cour internationale de justice<sup>147</sup>, n'a pas reçu jusqu'à aujourd'hui une très large reconnaissance<sup>148</sup> de la part des États, jaloux de leur souveraineté, fût-elle « limitée ». Loin de constituer une innovation, on peut pourtant en retracer les antécédents jusque dans le droit romain, qui a fortement influencé le droit de plusieurs pays européens... Mais reconnaître le caractère « commun » ou « communautaire » d'une ressource au plan international aurait une tout autre portée que de le reconnaître au plan interne.

C'est donc largement sur la théorie de la souveraineté limitée, dont découle le principe de l'utilisation équitable, au cœur de la Convention de 1997<sup>149</sup>, que sera fondé le travail de la CDI. À certains égards, cependant, cette dernière tend à favoriser l'approche de « partage » et de gestion commune propre à la communauté d'intérêts au moins en termes d'objectifs, notamment quant à l'utilisation optimale et à la mise en place d'institutions communes<sup>150</sup>, plutôt que la « partition » propre à la théorie de la souveraineté limitée<sup>151</sup>.

### 1.2.2. Les mandats donnés par l'Assemblée générale

En 1959, l'Assemblée générale des Nations Unies demande au Secrétaire général de l'Organisation d'effectuer une étude visant, entre autres, à vérifier la pertinence de codifier ce champ du droit international<sup>152</sup>. Le rapport en sera déposé en 1963<sup>153</sup>. Dans la même période, nous y

146. Pour un examen des principes inhérents à la théorie de la *communauté de propriété* voir E. Benvenisti (1996). « Collective Action in the Utilization of Shared Freshwater: The Challenges of International Water Resources Law », *AJIL*, vol. 90, p. 384-415.

147. *Affaire de la juridiction territoriale de la Commission internationale de la rivière Oder*, *op. cit.* Il s'agit de navigation, mais les constats de la Cour peuvent s'appliquer à toute utilisation.

148. Ce qui ne veut pas dire qu'on ne la retrouve pas dans certains accords, en Afrique et en Amérique du Sud. Voir S.C. McCaffrey, *The Law of International Watercourses...*, *op. cit.*, p. 156-157.

149. J.W. Dellapenna, « Treaties as Instruments ... », *op. cit.*, p. 36. Certains considèrent que la souveraineté limitée induit le principe de solidarité, corollaire du rejet de la souveraineté absolue, opinion que nous ne partageons pas : J. Sohnle, *op. cit.*, p. 243.

150. Voir M.R. Sergent (1997). « Comparison of the Helsinki Rules to the 1994 UN Draft Articles: Will Progression of International Watercourse Law be Dammed ? », *Villanova Env'l L. J.*, vol. VIII, p. 157.

151. J.W. Dellapenna, « Treaties as Instruments ... », *op. cit.*, p. 42. Le traité Inde-Pakistan est une illustration de la partition des ressources en eau.

152. *Études préliminaires sur les problèmes juridiques que posent l'exploitation et l'utilisation des fleuves internationaux*, *op. cit.*

153. *Rapport du Secrétaire général sur les problèmes juridiques posés par l'exploitation et l'utilisation des fleuves internationaux*, *op. cit.*

reviendrons, le sujet retient l'attention des experts<sup>154</sup>. C'est dire qu'il y a une préoccupation largement partagée à l'égard de ce champ du droit international et de la nécessité de le systématiser. L'Assemblée générale des Nations Unies, en 1970, recommandera à la Commission du droit international d'entreprendre « l'étude du droit relatif aux utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation, en vue du développement progressif et de la codification de ce droit<sup>155</sup> ». Ce mandat ne se limite donc pas à *codifier* les règles qui existent déjà mais autorise aussi la CDI à proposer d'autres règles: c'est le sens du *développement progressif*. Ce travail de longue haleine aboutira, en 1997, près d'un quart de siècle plus tard, à l'adoption de la *Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation*.

Clairement, le mandat donné à la CDI<sup>156</sup> par l'Assemblée générale ne visait pas à ce que celle-ci examine l'ensemble du droit international de l'eau, ni toutes les dimensions de la problématique des ressources en eau au plan international, mais uniquement le droit des cours d'eau internationaux. Toutefois, inspirée par le travail qui s'effectuait parallèlement afin de systématiser et développer le droit de la mer et considérant l'identité et l'interdépendance des deux champs du point de vue de la ressource considérée, l'eau, salée ou douce, la Commission du droit international tentera dans un premier temps d'élaborer un cadre juridique adapté à la complexité de la ressource :

[...] la manière d'aborder la question doit être à peu près semblable, c'est-à-dire que, pour le droit de la mer, il a fallu, et pour les voies d'eau internationales, il faudra conceptualiser et formuler des principes juridiques qui soient adaptés à la nature de l'eau et aux réalités physiques qui lui sont liées<sup>157</sup>.

Mais à travers le long processus de travail de la Commission et le contenu de la Convention qui en a résulté, apparaît clairement le refus des États de considérer l'eau comme une ressource vitale commune, voire comme une ressource partagée, et de dépasser les cadres traditionnels

154. C'est en 1961 que l'Association de droit international adopte sa « Résolution sur l'utilisation des eaux internationales non maritimes, *op. cit.* ; et en 1966 que sont adoptées les Règles d'Helsinki par l'ILA, *op. cit.*

155. Assemblée générale des Nations Unies (1970). *Développement progressif et codification des règles de droit international relatives aux voies d'eau internationales*, Rés. 2669 (XXV) 8 décembre. Le mandat est défini à l'article 1(1).

156. Il faut rappeler que la CDI se compose de 34 experts siégeant à titre individuel sur la base de leurs capacités et non comme représentants des États, et que certains États auraient préféré une conférence diplomatique. Voir S.C. McCaffrey, « The Law of International Watercourses: Some Recent ... », *loc. cit.*, p. 505.

157. S.M. Schwebel (1979), rapporteur spécial, *Premier rapport sur le droit relatif aux utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation*, Doc. A/CN.4/320, Annuaire de la CDI, vol. II, 1<sup>re</sup> partie, p. 154 ; cité par A. Fenet, *loc. cit.*, p. 92.

des rapports interétatiques. La CDI sera confrontée au poids du volontarisme dans l'élaboration du droit international et devra laisser la portion congrue au développement progressif : « *Otherwise there is a great risk that it would not be acceptable to the sovereign States still reluctant to yield any of their important rights and prerogatives*<sup>158</sup>. »

Bien qu'elle ait voulu reprendre le modèle de l'accord-cadre, de plus en plus utilisé dans le domaine du droit international de l'environnement, la Convention de New York n'aura donc que peu à voir avec la préoccupation de préservation d'une ressource vitale et s'en tiendra essentiellement à systématiser les règles du droit international classique visant à assurer des relations de « bon voisinage ».

### 1.3. LES PRÉCURSEURS

Les spécialistes du droit international des cours d'eau ont pris très tôt conscience des défis posés par la multiplication des usages de l'eau et par l'augmentation de la pollution. Leur travail a alimenté la réflexion au sein des Nations Unies et à la Commission du droit international.

#### 1.3.1. L'Institut de droit international (IDI)

Dans sa résolution de Salzbourg en 1961<sup>159</sup>, l'Institut propose les principes suivants : un principe de souveraineté limitée, un principe d'équité, un principe d'accord préalable, un principe de recours à la négociation, un principe de recours au règlement judiciaire et un principe d'établissement de structures de collaboration. Si plusieurs de ces principes trouvent à s'exprimer dans le projet subséquent de la CDI, les éléments relevant de la théorie de la communauté d'intérêts, déjà bien présents dans le travail de l'Institut, ne donneront pas lieu à des obligations contraignantes : règlement judiciaire et établissement de structures de collaboration, particulièrement, demeurent largement de l'ordre du souhaitable.

En 1969, l'Institut décide de porter son attention sur la pollution, processus qui aboutira à la résolution d'Athènes de 1979 où la préséance de l'utilisation équitable est maintenue, sauf dans les cas de pollution<sup>160</sup>. Cette organisation tranche en effet que la pollution des cours d'eau

158. S.V. Vinogradov (1992). « Observations on the International Law Commission's Draft Rules on the Non-Navigational Uses of International Watercourses : "Management and Domestic Remedies" », *Colorado J. of Int'l Env'l L. & P.*, Doman Colloquium, 3, p. 259.

159. « Résolution sur l'utilisation des eaux internationales non maritimes... », *op. cit.*

160. Institut de droit international (1979). « Résolution sur la pollution des fleuves et des lacs et le droit international », Athènes, dans *Tableau des résolutions adoptées 1957-1991* (1992), Paris, Pedone, p. 135-143, article 2.

internationaux ne peut être considérée comme une utilisation équitable et pose ainsi une limite formelle, qui ne relève pas de la balance des différents facteurs qui doivent être pris en considération pour déterminer l'équité: « La Résolution de 1979 semble impliquer que le principe de l'utilisation équitable trouve une limite dans la prohibition de polluer: ainsi l'interdiction de causer un dommage serait absolue dans le domaine de la protection de l'environnement<sup>161</sup>. »

### 1.3.2. L'International Law Association (ILA)

On doit à cette association la plus célèbre doctrine contemporaine en matière de droit des cours d'eau internationaux, à laquelle on se référera si largement qu'elle pourrait représenter en quelque sorte l'*opinio juris* d'un certain nombre d'États, nommément les règles d'Helsinki. Ces règles bénéficient en effet d'un statut spécial, car, pour plusieurs, elles représentent l'état du droit international, bien que tous ne partagent pas cet avis<sup>162</sup>.

Il est vrai que si la Finlande a tenté d'inscrire dans la résolution de l'Assemblée générale de 1970<sup>163</sup> une mention des règles d'Helsinki, celle-ci n'apparaît pas dans la résolution finale adoptée. Ces règles, en tout ou en partie, ont cependant été intégrées dans plusieurs accords bilatéraux ou multilatéraux.

C'est l'ILA qui ira le plus loin à la fois au plan des concepts et au plan des principes substantifs applicables. Dans les règles d'Helsinki, c'est le bassin hydrographique qui est considéré et l'utilisation équitable qui domine clairement, y compris en matière de protection de l'environnement.

Dès la Conférence d'Helsinki en 1966, très significativement, le *Comité des utilisations des eaux des fleuves internationaux*, devient le *Comité du droit des ressources internationales en eau*<sup>164</sup>. Malgré cela, le travail de l'ILA est demeuré dans les cadres du droit international classique et n'a que peu intégré les préoccupations globales à l'égard de cette ressource vitale dans toute leur complexité. Au-delà des règles d'Helsinki,

161. L. Caflisch, « La Convention du 21 mai 1997... », *loc. cit.*, p. 757.

162. J. Bruhacs (1993). *The Law of Non-Navigational Uses of International Watercourses*, Dordrecht, M. Nijhoff, p. 19.

163. *Développement progressif et codification des règles de droit international relatives aux voies d'eau internationales*, *op. cit.*; L. Caflisch, « La Convention du 21 mai 1997... », *loc. cit.*, p. 759.

164. R. Marchario, *op. cit.*, p. 64.

seule la prise en compte de la pollution<sup>165</sup> et celle des eaux souterraines<sup>166</sup> méritent d'être signalées, mais elles demeurent toutes deux dans les cadres traditionnels des relations interétatiques en la matière.

Les règles d'Helsinki sont celles qui expriment avec le moins d'ambiguïté la préséance de l'utilisation équitable<sup>167</sup> et cette préséance sera maintenue au long des années dans les différents documents produits par l'ILA<sup>168</sup>. Ainsi, l'article 5 des règles d'Helsinki inclut le dommage substantiel au titre des critères ou facteurs à considérer pour déterminer l'utilisation équitable, ce qui rend la hiérarchie de ces principes beaucoup plus claire<sup>169</sup> que dans la Convention de New York notamment<sup>170</sup>.

Si la hiérarchie est beaucoup plus claire entre utilisation équitable et interdiction de dommages appréciables, c'est aussi au prix d'un certain affaiblissement des règles concernant la pollution. De ce point de vue, contrairement à l'Institut de droit international, les règles d'Helsinki établissent une distinction entre la pollution existante et les pollutions nouvelles<sup>171</sup>, ce que ne retiendra pas la CDI et qui n'apparaîtra pas dans la Convention de New York. La CDI ne se ralliera pas non plus au choix de l'ILA, de traiter la pollution au titre d'une utilisation, car ainsi, elle perdrait son caractère illicite<sup>172</sup>. Même en adoptant des règles portant spécifiquement sur la pollution en 1982, l'ILA réitérera la préséance de l'utilisation équitable<sup>173</sup>. A contrario, l'importance de la préservation de l'environnement l'emportera, dans l'évaluation de la CDI :

[...] de sérieuses raisons pour ne pas fonder les articles que la Commission consacre à la pollution sur le principe de l'utilisation équitable, surtout si l'on considère les effets négatifs que cela risquerait d'avoir sur la mise en valeur et la sauvegarde de l'environnement au profit des générations futures<sup>174</sup>.

- 
165. « Règles sur la pollution des eaux d'un bassin de drainage international », *Report of the 60th Conference, Montreal 1982* [Canada] Harpell's Press (1983).
166. « Règles complémentaires applicables aux ressources internationales d'eau », *Report of the 62nd Conference, Seoul 1986*, Londres (1987), p. 275 [ci-après Règles de Séoul].
167. P.K. Wouters, « An Assessment of Recent Developments... », *loc. cit.*, p. 420.
168. Voir Règles d'Helsinki, *op. cit.*, articles 4 et 10 ; Règles de Montréal, *op. cit.*, article 1 et Règles de Séoul, *op. cit.*, commentaire de l'article 1.
169. G.W. Sherk, P. Wouters et S. Rochford (1998). « Water Wars in the Near Future ? Reconciling Competing Claims for the World's Diminishing Freshwater Resources – The Challenge of the Next Millennium », *Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy*; version Internet : <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/volume3.html>
170. L. Cafilisch, « La Convention du 21 mai 1997... », *loc. cit.*, p. 758 ; il souligne qu'il n'existe dans les règles d'Helsinki aucune disposition indépendante sur l'interdiction de dommages, sauf pour l'environnement.
171. Règles d'Helsinki, *op. cit.*, article 10, paragr.1.
172. P. Buirette, *loc. cit.*, p. 60.
173. Règles de Montréal, *op. cit.*, au commentaire de l'article 1.
174. S.C. McCaffrey, *Quatrième rapport, op. cit.*, paragr. 73.

Par ailleurs, dans les règles d'Helsinki, il est spécifié qu'un usage bénéfique existant est présumé équitable et raisonnable<sup>175</sup> ; qu'il y aurait donc une présomption de priorité aux usages existants. Pour certains, une *conditionnalité prioritaire* aux usages existants bénéfiques est nécessaire étant donné le caractère vague du standard de l'utilisation équitable<sup>176</sup> et est en fait généralement acceptée par les États<sup>177</sup>.

Enfin, on doit à l'ILA une des premières mentions de l'importance des relations entre eaux de surface et eaux souterraines, avant même les règles d'Helsinki qui introduiront le concept de bassin hydrographique, dans la déclaration de principes de sa 48<sup>e</sup> conférence, en 1958.

L'Association adoptera plus tard, en 1986, les Règles de Séoul qui visent à étendre l'application des règles d'Helsinki aux eaux souterraines transfrontalières. Le paragraphe 3 de l'article 2, intitulé « Interdépendance hydraulique », stipule qu'en vertu des obligations du droit international, les États d'un bassin hydrographique doivent considérer l'interdépendance de « *groundwater and other waters, including any interconnections between aquifers*<sup>178</sup>. » Les règles de Séoul proposent de fait d'étendre l'application du principe de l'utilisation équitable et raisonnable à l'ensemble des eaux souterraines transfrontalières<sup>179</sup>, mais renoncent à dépasser le cadre des règles d'Helsinki pour tenter de préciser les règles qui devraient s'appliquer à une ressource – les eaux souterraines – dont certaines caractéristiques diffèrent passablement des eaux de surface.

Les bases étaient ainsi jetées, que retiendra en partie la CDI dans son travail de codification, mais les eaux souterraines, elles, resteront largement marginalisées, comme nous le verrons plus loin.

De plus, si la doctrine classique dans le domaine du droit des cours d'eau internationaux a intégré très tôt l'unité de la ressource<sup>180</sup>, et a en bonne partie suivi l'évolution du champ du droit international de l'environnement et intégré ces préoccupations, elle n'a cependant pas dépassé les cadres habituels de ce champ du droit et n'a donc pas, sauf en de rares exceptions, ouvert la perspective des droits humains et de

175. Article 8(1).

176. E. Benvenisti, *loc. cit.*, p. 408.

177. L. Cafilich (1989). *Règles générales du droit des cours d'eau internationaux*, VII, *RCADI*, T. 219, p. 158-160.

178. G.E. Eckstein, *loc. cit.*

179. Règles de Séoul, *op. cit.*, et X. Fuentes (1999). « The Utilization of International Groundwater in General International Law », dans G.S. Goodwin-Gill et S. Talmon, *The Reality of International Law, Essays in Honour of Ian Brownlie*, Oxford, Clarendon Press, p. 198.

180. J. Sohnle, *op. cit.*, p. 266 et suivantes.

normes adaptées au caractère vital de l'eau, bien qu'une certaine partie de cette doctrine ait peu à peu pris en considération la dimension de l'intérêt commun à travers la perspective de l'équité intergénérationnelle et la considération de l'intégrité des écosystèmes *in se*<sup>181</sup>.

#### 1.4. LE TRAVAIL DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL ET LE DÉVELOPPEMENT PROGRESSIF : L'IMPOSSIBLE ÉVOLUTION VERS UNE CONCEPTION ADAPTÉE À LA NATURE DE LA RESSOURCE

Au vu des résultats effectivement obtenus, on pourrait être tenté de juger le travail de la CDI comme essentiellement limité à la codification du droit existant. Il y a en effet peu de développement progressif dans la Convention de New York, comme nous le verrons au chapitre suivant : la procédure de notification représente la codification et à la limite la spécification de la coutume ; les articles précisant les délais et suspendant les développements constituent un développement progressif<sup>182</sup>, comme le recours à l'enquête pour régler les différends. Ce résultat ne reflète cependant pas les tentatives opérées par les rapporteurs spéciaux pour faire évoluer le droit.

Lorsqu'elle commence ses travaux, la CDI s'appuie sur l'évolution importante qu'a connu ce champ du droit international au plan doctrinal et cherche à tenir compte de la nature de la ressource<sup>183</sup>. Rapidement cependant, il apparaît que ni la notion de bassin hydrographique, proposée par les Règles d'Helsinki quelques années auparavant, ni celle de ressource naturelle partagée, développée principalement dans les institutions de l'ONU, ne passeront la rampe de l'opposition des États ; elles ne sont pas admises comme pertinentes par la majorité des spécialistes de la CDI elle-même. Les rapporteurs successifs se replieront donc dans un premier temps sur la notion de « système » ou de « réseau »<sup>184</sup>.

181. R.D. Hayton (1992). « Observations on the International Law Commission's Draft Rules on the Non-Navigational Uses of International Watercourses : Articles 1-4 », *Colorado J. of Int'l Env'l L. & P.*, Doman Colloquium, vol. 3, p. 33.

182. Selon E. Hey (1998). « The Watercourses Convention : To What Extend Does it Provide a Basis for Regulating Uses of International Watercourses ? », *RECIEL*, vol. 7, n° 3, p. 297.

183. Contrairement à certains auteurs, nous ne considérons pas que le concept de *resources en eau* soit consacré dans le droit international positif : J. Sohnle, *op. cit.*

184. Particulièrement Schwebel, p. 35. ; Kearney utilise dès le départ la notion de « *réseau fluvial* » : R.D. Kearney (1976). *Premier rapport*, Doc. A/CN 4/295, Annuaire CDI 1976, vol. II, 1<sup>re</sup> partie, p. 205. R.D. Hayton, « Observations on the International Law Commission's Draft Rules... », *loc. cit.*, p. 36.

Ainsi, le rapporteur Schwebel, en 1979, accordera une attention spéciale aux aspects scientifiques et à la connaissance des caractéristiques physiques de l'eau, afin de tenir compte de ces dernières dans la définition d'un régime juridique s'y appliquant. Il relèvera trois caractéristiques particulièrement pertinentes, soit le cycle hydrologique, la capacité d'auto-épuration ainsi que les variations de quantité et l'écoulement<sup>185</sup>. Il en déduit, comme son prédécesseur<sup>186</sup>, que la notion de souveraineté permanente sur les ressources naturelles est loin d'être adaptée en la matière dans la mesure où l'eau n'est pas confinée au territoire des États tels qu'ils sont définis par les frontières politiques, d'une part, et que, d'autre part, l'eau a la propriété de transmettre et de faire circuler des modifications dans des lieux très éloignés de celui où elles prennent naissance, y compris les zones terrestres ou atmosphériques où se déroule le cycle hydrologique, d'où la pertinence du concept de bassin hydrographique : « [...] le système international qui repose sur une division de l'environnement humain en territoire appartenant à des États souverains est inadapté à une maîtrise rationnelle des problèmes de l'eau<sup>187</sup>. »

L'année suivante, le rapporteur introduit le concept de « ressource naturelle partagée<sup>188</sup> », se fondant sur un examen des textes des Nations Unies et des études d'experts, bien que ces textes ne soient pas constitutifs du droit positif, ainsi que sur la pratique des États, mais ce concept suscitera lui aussi de nombreuses réticences.

Les concepts de bassin hydrographique et de ressource partagée, bien que contestés, ne disparaîtront des discussions de la CDI qu'à partir du troisième rapporteur, pour ce qui est de celui de ressource naturelle partagée<sup>189</sup>, et jusqu'au premier projet complet en ce qui concerne la définition<sup>190</sup> :

Les rapporteurs se sont trouvés contrariés par les réticences, voire l'hostilité montrées par de nombreux États face à leurs tentatives d'introduire dans le droit international des concepts dits modernes : concepts de

185. S.M. Schwebel, *Premier rapport, op. cit.*, paragr. 4-31.

186. R.D. Kearney, *Premier rapport, op. cit.*, paragr. 22 et suivants.

187. P. Buirette, *loc. cit.*, p. 8.

188. S.M. Schwebel, *Deuxième rapport sur le droit relatif aux utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation* (1980). Doc. A/CN 4/332 et Add.1, Annuaire CDI 1980, vol. II, 1<sup>re</sup> partie, paragr.140 et suivants.

189. De 1974, début des travaux sur le fond, jusqu'à 1984, *ibid.*, p. 22.

190. E. Benvenisti, *loc. cit.*, p. 399. C'est dans son Septième rapport que S.C. McCaffrey ramène la question de la définition avec deux propositions alternatives afin de la trancher définitivement, *Septième rapport sur le droit relatif aux utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation* (1991) Doc. A/CN 4/436. 1, Annuaire de la CDI, vol. II, 1<sup>re</sup> partie, paragr. 6-84.

gestion rationnelle de l'eau, de solidarité des usagers, d'unité de la ressource considérée dans le cadre du bassin hydrographique comme une richesse naturelle partagée<sup>191</sup>.

Du point de vue d'un strict constat de réalité, si de nombreux traités existaient déjà, la plupart d'entre eux portent sur des parties réduites des bassins de drainage internationaux et ne vont pas jusqu'à prendre en compte véritablement le concept de bassin hydrographique. Même des traités souvent cités en exemple, comme le Traité des eaux limitrophes entre le Canada et les États-Unis<sup>192</sup>, ne s'appliquent qu'aux cours d'eau transfrontaliers, à l'exception des tributaires. La notion de réseau ou de système mis de l'avant par le rapporteur Schwebel aurait donc représenté un pas vers la reconnaissance de la nature du système hydrologique, mais celle-ci ne sera pas retenue.

La notion de cours d'eau, telle que la circonscrit la lettre b de l'article 2, se distingue ainsi de celle de bassin de drainage, car, contrairement à cette dernière, elle ne comprend que les eaux, à l'exclusion du territoire qui les entoure, et, parmi les eaux souterraines, uniquement celles directement ou indirectement reliées à des eaux de surface<sup>193</sup>.

Dès 1976, le rapporteur de la Commission du droit international avait souligné l'importance d'utiliser des concepts cohérents avec la nature de l'eau, même si ceux-ci ne faisaient pas encore à proprement parler partie du droit international coutumier :

Si un nombre important d'États reculent devant l'idée d'utiliser la notion de bassin hydrographique comme point de départ de l'élaboration d'un ensemble de règles sur les utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation [...] le point de départ devient assez précaire<sup>194</sup>.

De même, le concept de *ressource naturelle partagée* soulèvera des réticences et ne sera jamais vraiment retenu dans la mesure où il suggère la nécessité d'un partage, alors que pour plusieurs États, il fallait surtout insister sur la souveraineté<sup>195</sup>. Non seulement rejettera-t-on le

191. A. Fenet, *loc. cit.*, p. 91.

192. Voir à ce sujet P.K. Wouters (1992). « Allocation of the Non-Navigational Uses of International Watercourses : Efforts at Codification and the Experience of Canada and the United States », *Canadian Yearbook of Int'l Law*, p. 60-64 : l'histoire des controverses autour des diversions d'eau à partir d'un des Grands Lacs, le lac Michigan, est sans doute la plus significative à cet égard, le lac Michigan se situant entièrement en territoire états-unien, il est considéré relever de la souveraineté de ce pays, malgré sa connexion au bassin Grands Lacs/Saint-Laurent... Cet aspect n'est d'ailleurs pas, à ce jour, résolu légalement entre les deux pays.

193. L. Caflich, « La Convention du 21 mai 1997... », *loc. cit.*, p. 754.

194. Le rapporteur Kearney, *op. cit.*, cité par A. Fenet, *loc. cit.*, p. 95.

195. *Ibid.*, p. 33. et S.C. McCaffrey, *Rapport préliminaire sur le droit relatif aux utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation* (1985). Doc. A/CN.4/393, Annuaire de la CDI vol. II, 1<sup>re</sup> partie, p. 15 et suivantes.

concept lui-même, mais l'idée même d'un partage de la ressource : « Ainsi, au fil des années, toutes les dispositions contraignantes correspondant à une mise en œuvre explicite du principe de partage équitable ont été éliminées des projets<sup>196</sup>. »

L'opposition de plusieurs États à toute idée de partage et à ses implications empêche de faire avancer le droit en ce sens, même si d'autres représentants, eux, convenaient que le partage devait être favorisé plutôt que le concept de souveraineté permanente sur les ressources naturelles<sup>197</sup>, insistant au contraire sur le fait que ce concept découlait d'une évidence de la nature et qu'il fournissait un exemple concret de l'interdépendance des États<sup>198</sup>.

La résistance au principe de partage équitable vient surtout des États en position privilégiée. Pour mettre en œuvre un véritable principe de partage équitable, il manque un élément procédural essentiel : celui du recours à un tiers en cas de désaccord, et ces États refusent de se soumettre à l'obligation d'un accord ou, à défaut, du jugement d'un tiers<sup>199</sup>.

Au total, la CDI, devant le refus des États de prendre en compte, pour l'élaboration normative à l'étude, la nature physique de la ressource considérée qui aurait induit, par définition, l'idée de partage, a donc dû se replier sur les concepts et principes traditionnels à ce champ du droit international.

Devant ces refus, le travail de la CDI prendra pour fondement normatif l'utilisation équitable qui, même si elle peut représenter un certain progrès, ne constitue pas une « novation radicale<sup>200</sup> » du point de vue du règlement des conflits et de la gestion des ressources en eau internationales. Ce principe, bien que ne constituant pas une réelle innovation, laissait à la CDI un certain espace pour faire avancer le droit, dans la mesure où il s'articule juridiquement à la théorie de la souveraineté limitée. À partir de cette reconnaissance largement partagée celle-là, que la souveraineté est effectivement limitée, la CDI a tenté d'introduire des éléments, non contraignants il est vrai, de la théorie de la communauté d'intérêts.

Mais la transition observée dans la pratique de certains traités, du modèle de la souveraineté limitée – représentée par la répartition équi-

196. C. Delaunay, *op. cit.*, p. 219.

197. S.C. McCaffrey, *Rapport préliminaire, op. cit.*, p. 20.

198. P. Buirette, *loc. cit.*, p. 34.

199. *Ibid.*, p. 210.

200. A. Fenet, *loc. cit.*, p. 96.

table – vers le modèle de la communauté d'intérêts – représenté par la participation équitable<sup>201</sup> –, est-elle bien reflétée dans la Convention de New York ? Les éléments de base d'une gestion commune reconnaissant le caractère commun de la ressource – certains parlent de « propriété commune » – et découlant de la théorie de la communauté d'intérêts incluraient : le développement et la gestion des ressources en eau en tant qu'unité sans considération des frontières, à travers un mécanisme institutionnel transnational ; le partage des bénéfices de ce développement et de cette gestion commune selon des formules et des procédures agréées par les parties concernées ; et l'établissement d'une procédure d'enquête constructive et de règlement pacifique des différends<sup>202</sup>.

À travers la reconnaissance de la nécessité de la coopération<sup>203</sup>, le projet de la CDI exprimait cette nécessaire « communauté d'intérêts » tout en sachant bien que les États, pour l'heure, ne reconnaissent pas celle-ci, à un tel degré, comme une obligation. Seul le concept d'utilisation optimale, dans la Convention de New York, introduit un critère qui en ouvre l'espace à travers « l'espoir de maximiser les avantages économiques de l'utilisation de l'eau<sup>204</sup> ». Il suppose une véritable intégration et représenterait maintenant l'objectif majeur. La recherche de l'équité ne serait qu'une étape : « On est là dans l'hypothèse où une communauté d'intérêt se transforme en communauté de droit<sup>205</sup>. » On voit là les limites inhérentes au processus d'élaboration et d'adoption de règles internationales, négociées par les États souverains auxquels elles devront ensuite s'appliquer !

*In informal discussions with Rapporteur Rosenstock, the following salient points have emerged : i) The Draft Articles reflect the law as it is and not as it should be. The present ILC text represents the best possible compromise between extremely polarized views ; ii) Some law is sometimes better than no law at all<sup>206</sup>.*

## 1.5. DES PERSPECTIVES INCERTAINES

Le concept de bassin hydrographique ne sera pas retenu en définitive, non plus que celui de ressource naturelle partagée, et le projet d'articles déposé par la CDI en 1991, puis revu en 1994, s'en tiendra pour

201. J.W. Dellapenna, « Treaties as Instruments... », *loc. cit.*, p. 42.

202. *Ibid.*, p. 52.

203. *Convention de New York, op. cit.*, article 8.

204. *Aspects institutionnels de la gestion des bassins fluviaux internationaux : considérations financières et contractuelles* (1988) Ressources naturelles/Série Eau, n° 17, p. 4.

205. C. Delaunay, *op. cit.*, p. 240.

206. R. Rahman (1995). « The Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses : Dilemma for Lower Riparians », *Fordham Int'l L. J.*, octobre, p. 17-18.

l'essentiel à refléter la pratique des États. Malgré cela, les controverses ne manquèrent pas et l'optimisme ne règne pas quant à la probabilité de voir un jour la Convention de New York entrer en vigueur.

*In 1996, the UN's Sixth Committee, convened as the Working Group of the Whole, commenced meetings on the Watercourses Draft Articles. The first two weeks of meetings revealed the extent of controversy that existed on key issues. At the end of this first session (November 1996), it was questionable whether States could agree on a text and some believed that agreement would never be reached. At the second two-week session (March/April 1997), following much debates, many proposals and inevitable compromise, the Working Group of the Whole took the unusual step of voting on a revised draft text. By a vote of 42 States for, 3 against and 18 abstentions, a final text was adopted by the Working Group of the Whole<sup>207</sup>.*

Ni le vote au groupe de travail de la 6<sup>e</sup> Commission<sup>208</sup>, ni le vote sur la Convention à l'Assemblée générale<sup>209</sup> ne permettent de penser qu'un véritable consensus s'est dégagé de ce long processus, malgré les précautions prises par la CDI pour éviter des développements trop progressifs qui auraient eu pour conséquence de diviser encore plus les États. Le caractère contradictoire des attentes des États dans ce domaine rendait quasi impossible l'atteinte d'un tel consensus; contradictoire du point de vue des intérêts particuliers relevant de la situation des États, mais aussi contradictoire du point de vue des attentes à l'égard de l'évolution du droit international dans ce secteur. Ainsi, il faut souligner que certaines abstentions sont plutôt liées à la timidité du contenu de la Convention sur certains aspects, particulièrement au plan environnemental et au plan du règlement des différends, alors que pour d'autres, elle va trop loin sur ces mêmes aspects<sup>210</sup>.

De fait, la 6<sup>e</sup> Commission fut le lieu de « confrontations parfois déplaisantes opposant pays d'amont et d'aval [...]»<sup>211</sup>. Selon certains auteurs, le vote illustre que la Convention ne codifie pas ce que les États perçoivent comme étant le droit<sup>212</sup>. Mais était-il possible de codifier les attentes des États dans le cadre du droit international classique où il

207. G.W. Sherk, P. Wouters et S. Rochford, *loc. cit.*

208. *Ibid.* Si la Commission du droit international est un organe composé d'experts, la 6<sup>e</sup> Commission est issue de l'Assemblée générale et elle est composée de représentants des États : **42 pour, 3 contre et 18 abstentions**.

209. *Ibid.*, **104 pour, 3 contre et 27 abstentions** (33 États étaient absents).

210. S.C. McCaffrey et M. Sinjela (1998). « Current Developments : The 1997 United Nations Convention on International Watercourses », *AJIL*, 92, p. 107.

211. L. Caffisch, « La Convention du 21 mai 1997... », *loc. cit.*, p. 767.

212. A. Schwabach (1998). « The United Nations Convention on the Law of Non-Navigational Uses of International Watercourses, Customary International Law, and the Interests of Developing Upper Riparians », *Texas Int'l L. J.*, 33, p. 258.

s'agit d'aménager des souverainetés concurrentes qui, en l'espèce, ne peuvent faire appel à la réciprocité<sup>213</sup> ? L'ampleur des controverses lors de la première réunion du groupe de travail de la 6<sup>e</sup> Commission ne laissait pas beaucoup d'espoir d'en arriver à une entente sur un texte de Convention à soumettre à l'Assemblée générale. On l'a vu d'ailleurs, en dernier recours, c'est par vote que le texte aura été adopté au groupe de travail.

Si les votes négatifs sont relativement peu nombreux, les abstentions, elles, peuvent avoir une certaine importance quand on examine la situation des États concernés : des 36 abstentions, 9 sont le fait d'États sans littoral<sup>214</sup>, la plupart provenant plutôt des États d'amont et des pays en développement<sup>215</sup>.

Au-delà des controverses fondées sur les intérêts particuliers contradictoires des États d'aval et des États d'amont, le vote des États insulaires laisse sur une note d'optimisme puisqu'ils ont voté en majorité pour la Convention alors qu'ils n'ont pas d'intérêt spécifique au dossier. Mais cet optimisme est vite tempéré si l'on examine les principaux cours d'eau internationaux où des conflits sont actifs ou latents, car on s'aperçoit alors que les États concernés, en aucun cas, n'ont présenté une position similaire au regard de la Convention : sur le Tigre et l'Euphrate, la Turquie a voté contre, la Syrie pour et l'Iraq n'a pas voté ; sur le Gange, le Bangladesh et le Népal ont voté pour, mais l'Inde s'est abstenue et le Bhoutan était absent ; sur le Jourdain, la Jordanie a voté pour, mais Israël s'est abstenu et le Liban était absent ; sur le Mékong, les pays parties à la Convention sur le Mékong<sup>216</sup> ont voté pour, mais la Chine a voté contre et le Myanmar était absent ; sur le Nil enfin, le Soudan a voté en faveur de la Convention, alors que l'Égypte et l'Éthiopie se sont abstenues<sup>217</sup>. Peu de chances, donc, de voir ce cadre normatif appliqué volontairement pour résoudre les conflits existants.

---

213. L'impossibilité d'appliquer le principe de réciprocité entre États d'aval et États d'amont est ce qui rend difficile la conciliation des intérêts particuliers des États, contrairement à d'autres champs du droit international, tels que les accords diplomatiques, les accords commerciaux, etc.

214. *Landlocked States*.

215. A. Schwabach, « The United Nations Convention... », *loc. cit.*, p. 261.

216. Cambodge, Laos, Thaïlande et Viêt Nam.

217. J.C. Kahn (1997). « 1997 United Nations Convention on the Law of Non-Navigational Uses of International Watercourses », *Colorado J. of Int'l Env'l L. & P., Yearbook*.

### 1.5.1. La faiblesse des ratifications et les réticences à l'adoption d'un traité général

À ce jour, 12 États ont ratifié la Convention<sup>218</sup>, dont très peu sont riverains d'un même bassin. Comme certains auteurs l'ont signalé, il aurait peut-être été indiqué d'exiger pour l'entrée en vigueur, non seulement un nombre de ratifications, mais aussi une proportion entre États d'aval et États d'amont<sup>219</sup>. En tout état de cause cependant, le nombre de ratifications requis pour l'entrée en vigueur de cet instrument étant de 35 (art. 36), on peut douter qu'il soit atteint dans un avenir prévisible. On peut aussi supposer que les problèmes relevés au plan de la configuration des votes se reproduiront en ce qui concerne les ratifications, ce qui fait dire à certains commentateurs que cette convention n'aura pas d'utilité dans la résolution effective des différends, car les États concernés n'en deviendront pas parties<sup>220</sup>.

La faiblesse des ratifications ne s'explique pas seulement, cependant, par une opposition importante des États puisque plus d'une centaine d'entre eux ont voté en faveur de la Convention lors de son adoption par l'Assemblée générale. Il faut aussi considérer deux autres facteurs. D'une part, un certain nombre d'États riverains sont déjà parties à des accords spécifiques qui les satisfont et ne voient donc pas d'utilité directe à la ratification de cet instrument général. D'autre part, il existe un certain nombre d'États dont le territoire n'est traversé par aucun cours d'eau international, notamment et principalement les États insulaires, qui n'ont donc, à l'égard de cette convention, que l'intérêt de voir avancer le droit international.

Un autre élément significatif dans le potentiel de ratifications est celui de la réticence de certains États « en développement » à s'engager dans des accords contraignants en matière d'environnement<sup>221</sup>. Selon l'interprétation que donneront ces pays au contenu de la Convention – priorité au développement ou non –, ils auront ou non l'intérêt et la volonté de la ratifier.

Si certaines objections et réticences à la Convention prenaient leur source dans des problèmes de fond, comme celui d'un biais en faveur des pays d'aval<sup>222</sup>, d'autres considéraient que la Convention ne faisait pas assez de cas de leur souveraineté<sup>223</sup>. Ceux-ci se confondent

218. État des ratifications au 2 août 2004.

219. L. Caffisch, « La Convention du 21 mai 1997... », *loc. cit.*, p. 792-793.

220. J.C. Kahn, *loc. cit.*

221. S. Upadhye, *loc. cit.*, p. 62.

222. La France et l'Éthiopie notamment ont invoqué cet argument.

223. La Chine et la Turquie notamment.

souvent avec les États qui ne ratifieront jamais la Convention non pas à cause de son contenu, mais plutôt parce qu'ils contestent la pertinence même d'un instrument général en ce domaine. Ces réticences étaient déjà visibles dans les débats à la CDI, d'une part, et à la 6<sup>e</sup> Commission d'autre part. Les arguments n'ont pas manqué en ce sens, ce qui en montre bien l'ampleur<sup>224</sup>.

Malgré ces considérations et même à cause d'elles dans une certaine mesure, on reste perplexe devant l'incapacité des États à considérer le développement du droit international au-delà de leurs stricts intérêts particuliers ! Que les positions des États « non concernés » par exemple aient été considérées comme « rompant » l'équilibre des intérêts ou que les considérations environnementales de certains États aient été vues comme non avenues parce que renforçant les positions défendues par les États d'aval montre bien l'absence totale de considération d'intérêt général au sein de la communauté des États, et on comprend dès lors leur difficulté à dépasser le stade d'un droit international strictement contractuel.

Mais l'intérêt du travail de la CDI pendant toutes ces années dépasse la considération de ratification ou non de la Convention, dans la mesure où, en tout état de cause, il précise l'état du droit international en la matière – codification – et indique les voies de développement probables ou souhaitables – développement progressif – de ce champ du droit international<sup>225</sup>. De fait, il a déjà influencé les instances juridictionnelles<sup>226</sup>, notamment sur l'interprétation à donner à des accords spécifiques et sur la préséance du principe de l'utilisation équitable et raisonnable sur lequel nous reviendrons plus loin.

### 1.5.2. Codification de la coutume et des principes généraux

Diffuses, les règles coutumières applicables en la matière représentaient essentiellement des obligations de *bonne volonté* et de *bon sens* ; elles relèvent de la *bonne foi*<sup>227</sup>. Par ailleurs, les usages des cours d'eau internationaux autres que la navigation n'ayant tenu que peu de place dans les relations entre États avant la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, au-delà de la fonction de frontière, l'évolution coutumière est donc relativement récente et

224. R.D. Hayton (1992). « Observations on the International Law Commission's Draft... », *loc. cit.*, p. 32.

225. S.C. McCaffrey, « The Law of International Watercourses ... », *loc. cit.*, p. 506.

226. *Affaire relative au projet Gabčíkovo – Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)* (1997). CIJ 92, 25 septembre, Recueil 1997, 37 ILM 162 (1998). [www.icj-cij.org/cij/cdoocket/chs/chsjudgment/chs\\_cjudgment\\_970925.htm](http://www.icj-cij.org/cij/cdoocket/chs/chsjudgment/chs_cjudgment_970925.htm)

227. T. Majzoub (1994). *Les fleuves du Moyen-Orient*, Paris, L'Harmattan, p. 157.

ne peut s'identifier qu'en partie aux préoccupations entourant les ressources naturelles partagées dans leur ensemble, la mobilité de l'eau exigeant une considération particulière.

Préciser le caractère coutumier des principes inscrits dans la Convention de New York ne répond donc pas qu'à une préoccupation théorique. Cet aspect est essentiel dans le contexte où cette Convention n'est pas en vigueur, puisque la nature coutumière d'une règle demeure, qu'elle soit inscrite ou non dans un cadre conventionnel : « [...] nombre de règles conventionnelles sont en quelque sorte doublées, ont en toile de fond, ou en ombre portée, une règle coutumière qui ne se confond pas avec elles mais demeure à l'arrière-plan [...] »<sup>228</sup>

Par ailleurs, à supposer même qu'intervienne la ratification suffisante de cette Convention pour qu'elle puisse entrer en vigueur et faire partie du droit des traités, il reste qu'elle ne liera que les États parties, ce qui n'est pas de la nature de la coutume. En l'état actuel du droit international, de telles règles coutumières pourraient avoir vocation à s'imposer à tous puisque la logique de la coutume est plus régulatrice que contractuelle. Dans la mesure où plusieurs des conflits latents ou actifs les plus graves autour des ressources en eau partagées se situent dans des zones où n'existe souvent aucun traité bilatéral ou multilatéral<sup>229</sup> et concernent des pays qui n'ont pas ratifié la Convention, la coutume risque fort d'être la seule, à terme, à pouvoir apporter une réponse juridique à ces conflits.

Il reste que le relativisme du droit international<sup>230</sup> apporte ici aussi une limite de taille, car même la reconnaissance de la coutume est soumise au principe du consentement des États, fût-il implicite. Or, en la matière, plusieurs pays ont parfaitement compris et appliqué le principe de l'objecteur persistant<sup>231</sup>, auquel une règle coutumière ne peut s'appliquer : c'est le cas de la Turquie par exemple, qui nie le caractère international du Tigre et de l'Euphrate.

Dans la mesure où nous invoquons, au nom d'un intérêt supérieur de l'humanité à la préservation et à la redistribution de cette ressource vitale, la nécessité de règles impératives en ce domaine, le fait que des règles impératives et universelles, le *jus cogens*, ne peuvent naître de traités liant seulement les parties donne à la coutume une importance

228. S. Sur, *op. cit.*, p. 7, 1<sup>er</sup> cahier.

229. Au Moyen-Orient par exemple : Turquie, Syrie, Irak, ou Syrie, Israël, ou le Nil... rarement tous les États riverains sont-ils parties à ces traités même lorsqu'il en existe.

230. J.A.C. Salcedo, *op. cit.*, p. 74.

231. S. Sur, *op. cit.*, p. 10, 2<sup>e</sup> cahier.

particulière. En effet, parmi les sources reconnues du droit international, la coutume seule pourrait potentiellement, pour l'heure, donner naissance à des règles universelles, d'où l'importance stratégique de cette source dans la construction d'un droit international adapté aux enjeux qui nous confrontent. Nous en sommes cependant loin pour le moment: d'une part, «[...] les règles que l'on peut identifier sont essentiellement des règles de conciliation<sup>232</sup>» et, d'autre part, aucune règle, même coutumière et généralement admise, ne peut prétendre à l'universalité<sup>233</sup>.

Historiquement, en vertu de la coutume internationale, les États ont le pouvoir d'établir les règles s'appliquant aux ressources naturelles sur leur territoire à travers leur législation nationale<sup>234</sup>, et «[...] il n'existe pas de principe général de limitation des souverainetés sur les fleuves internationaux qui servirait de fondement et donnerait sa cohésion à un corps de règles propres en la matière<sup>235</sup>».

Selon les différents auteurs, la liste des principes relevant de la coutume et des principes généraux peut différer un peu, mais se recoupe largement. On constate qu'il règne parfois une certaine confusion entre principes généraux et coutume<sup>236</sup>, quant à la nature des règles évoquées. S'agissant au premier chef du principe de base de la Convention de New York, l'utilisation équitable, certains l'identifient à la coutume<sup>237</sup> alors que d'autres le considèrent comme principe général de droit<sup>238</sup>, allant jusqu'à affirmer que tous les rapporteurs spéciaux de la CDI auraient unanimement reconnu le principe de l'utilisation équitable en tant que *règle générale du droit international*<sup>239</sup>. Dans tous les cas cependant, on s'apercevra que presque tous les principes intégrés à la Convention de New York semblent trouver leur fondement dans la coutume ou les principes généraux du droit.

---

232. H. Ruiz Fabri, *loc. cit.*, p. 833.

233. Les débats à la 6<sup>e</sup> Commission ont montré que sur chaque principe ou norme d'importance, il y avait non-reconnaissance par certains États, même s'il s'agissait parfois de seulement un ou deux.

234. M.R. Sargent, *loc. cit.*, p. 47 et suivantes.

235. H. Ruiz Fabri, *loc. cit.*, p. 833.

236. T. Majzoub, *op. cit.*, p. 157.

237. Delaunay, Sironneau, Ruiz Fabri, McCaffrey et de manière générale les rapporteurs de la CDI semblent partager ce point de vue, non sans ambiguïté cependant.

238. Notamment D. Caponera. Rappelons que les principes généraux de droit, au sens de l'article 38 du Statut de la CIJ comprennent les principes universellement reconnus dans les législations internes et les principes généraux de l'ordre juridique international. Ayant largement travaillé sur le contenu des législations internes sur l'eau, il est compréhensible que cet auteur situe l'utilisation équitable au plan des principes généraux.

239. J.W. Dellapenna, « Treaties as Instruments... », *loc. cit.*, p. 39.

Ainsi, pour J. Sironneau, relèvent de la coutume : « L'obligation de coopérer et de négocier avec l'intention d'aboutir à un accord ; l'interdiction de réaliser des aménagements susceptibles d'avoir des conséquences dommageables et durables au détriment d'autres États ; l'obligation de consultation préalable ; l'utilisation équitable des ressources partagées y compris les eaux souterraines ; » et les principes généraux applicables comprennent : « l'obligation de ne pas abuser de ses droits ; les règles de bon voisinage<sup>240</sup>. »

Pour H. Ruiz Fabri, les règles invoquées au titre de la coutume sont « la liberté de navigation<sup>241</sup>, l'utilisation équitable du fleuve, l'obligation de négocier, l'interdiction d'utilisation dommageable ; et parfois l'obligation de coopérer<sup>242</sup>. »

Pour T. Majzoub, ce sont : « l'utilisation équitable du cours d'eau, l'obligation de négocier, l'interdiction d'utilisation dommageable, auxquelles on ajoute de plus en plus une obligation de coopérer qui imposerait au minimum un devoir d'échanger les données et les informations relatives au cours d'eau<sup>243</sup>. »

Dans le chapitre qui suit, à travers l'examen du contenu de la Convention de New York, nous nous attarderons donc à préciser le caractère coutumier des règles qui y sont inscrites.

---

240. J. Sironneau (1993). « Solutions techniques, institutionnelles et juridiques », dans *L'eau, enjeu planétaire : Dossier, Géopolitique*, n° 43, p. 63.

241. Elle reconnaît que la navigation n'a plus de priorité, comme le signalaient S. M. Schwebel dans son *Troisième rapport* (1981). Doc. A/CN 4/348, Annuaire de la CDI 1982, vol. II, 1<sup>re</sup> partie, p. 149-177, p. 212, et S.C. McCaffrey dans son *Cinquième rapport* (1989). Doc. A/CN 4/421, Annuaire de la CDI 1989, vol. II, 1<sup>re</sup> partie.

242. H. Ruiz Fabri, *loc. cit.*, p. 831.

243. T. Majzoub, *op. cit.*, p. 157.

# Chapitre

# 2

## **Le contenu normatif de la Convention adoptée par l'Assemblée générale**

*[...] le système classique de répartition se voit contesté au profit d'un nouveau système basé sur l'équité. La confrontation entre ces deux systèmes n'est pas achevée, et on a peut-être donné trop tôt le second comme vainqueur<sup>244</sup>.*

Dans ce chapitre, nous examinerons le sens et le contenu des normes proposées par la *Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation* en tant que représentant l'état actuel de ce champ du droit international<sup>245</sup>. Les aspects de cette Convention ayant trait à l'environnement et aux droits humains seront traités dans les chapitres subséquents. Bien que le processus semble pour l'heure suspendu, vu la lenteur des ratifications, il n'en reste pas moins que ce texte constitue l'aboutissement d'un long travail qui a servi à cristalliser l'évolution coutumière.

244. C. Delaunay, *op. cit.*, p. 178.

245. T. Nussbaum (1997). « Report on the Working Group to Elaborate a Convention on International Watercourses », *RECIEL*, vol. 6, p. 52.

## 2.1. L'ÉCONOMIE GÉNÉRALE DE LA CONVENTION DE NEW YORK

La *Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation* comprend 33 articles, répartis en 7 parties : introduction ; principes généraux ; mesures projetées ; protection, préservation et gestion ; conditions dommageables et cas d'urgence ; dispositions diverses ainsi que clauses finales. Elle comprend aussi une annexe portant sur l'arbitrage et était accompagnée, lors de sa présentation à l'Assemblée générale, d'une *Résolution sur les eaux souterraines transfrontières*<sup>246</sup>.

Du point de vue des règles substantives, il se dégageait déjà de la pratique internationale que les États ont droit sur leur territoire à l'utilisation raisonnable et équitable des eaux d'un cours d'eau international, et la Convention consacre donc ce principe à l'article 5, qui pose une limite à la souveraineté d'un État sur ses ressources naturelles : « Ainsi fondé, le recours à la raison et à l'équité peut être source de progrès considérables, mais il ne constitue pas une novation radicale pour le règlement des intérêts contradictoires des États d'un même bassin<sup>247</sup>. »

Le principe de l'utilisation équitable et raisonnable est complété par l'obligation faite de ne pas causer de dommages appréciables aux autres États du fait de l'utilisation du cours d'eau à l'article 7, mais « [...] la règle de l'interdiction de causer un dommage est indubitablement subordonnée au principe de l'utilisation équitable<sup>248</sup> ». En effet, dans la version de 1994 du projet de Convention, la Commission du droit international établit une nuance de taille : « [...] l'introduction de la nuance apportée par « toute la diligence voulue » ne laisse subsister aucun doute sur le fait qu'il ne s'agit pas d'une obligation **absolue**<sup>249</sup>, mais plutôt d'une obligation de diligence, autrement dit, l'État fait de son mieux en l'occurrence<sup>250</sup>. » Dans la version définitive de la Convention, c'est l'expression « toutes les mesures appropriées » qui sera retenue, créant ainsi une obligation de comportement plutôt que de résultat (art. 7).

246. *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 46<sup>e</sup> session, 2 mai-22 juillet (1994)*, chapitre V, Doc. Off. 49<sup>e</sup> session, supp. n° 10 A/49/10, p. 214-353.

247. A. Fenet, *loc. cit.*, p. 96.

248. L. Cafilisch « La Convention du 21 mai 1997... », *loc. cit.*, p. 757.

249. En italique dans le texte.

250. S.C. McCaffrey (1999). « La Convention des Nations Unies sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation : perspectives et embûches », dans S.M.A. Salman et L. Boisson de Chazournes, *Cours d'eau internationaux : renforcer la coopération et gérer les différends : Actes du séminaire de la Banque mondiale*, Washington, World Bank, rapport n° 414, p. 23.

Dans la mesure où l'utilisation équitable est à la fois une norme substantive et procédurale, objectif et méthode se confondent et se complètent<sup>251</sup>. La Convention de New York introduit donc aussi l'obligation générale de coopérer à son article 8, y compris la possibilité de *créer des mécanismes ou commissions mixtes*<sup>252</sup> et d'échanger régulièrement des informations *aisément*<sup>253</sup> disponibles sur le cours d'eau, à son article 9, afin de garantir l'application du principe de l'utilisation équitable et raisonnable.

Comme les règles d'Helsinki avant elle, la Convention dresse une liste de facteurs pertinents, non exhaustive, pour déterminer l'application du principe de l'utilisation raisonnable et équitable à l'article 6, tels que les facteurs naturels, les besoins économiques et sociaux, la population<sup>254</sup>, sans qu'aucune priorité ne soit donnée à un facteur plus qu'à un autre. Une seule indication est fournie par l'article 10(2) de la Convention, selon lequel : « En cas de conflit entre des utilisations d'un cours d'eau [...] une attention spéciale [est] accordée à la satisfaction des besoins essentiels. » L'objectif de l'article 10 (1) demeure toutefois l'affirmation de l'absence de priorité et l'article 10 doit être considéré comme supplétif<sup>255</sup>. À la lecture des commentaires de la CDI sur les articles 5, 6 et 10, on ne peut que conclure avec d'autres que :

Les États du cours d'eau pourront se mettre d'accord pour faire primer l'utilisation de leur choix. En l'absence de cet accord, qui peut être explicite ou tacite, aucune utilisation n'aura en soi la priorité. Dans ce même cas, si un conflit apparaît entre les différentes utilisations du cours d'eau, il faudra le résoudre en tenant compte des facteurs prévus à l'article 6, le critère des besoins humains essentiels n'étant que l'un de ces facteurs<sup>256</sup>.

Au plan des mesures projetées, la Convention établit une obligation de notification et de consultation préalable<sup>257</sup>, en tant que principale dimension procédurale du principe d'utilisation équitable. Il s'agit d'une obligation à valeur « préventive » qui a pour but d'éviter que soit violée la règle de fond<sup>258</sup>. Les articles 11 à 19 en établissent précisément les mécanismes.

251. M. Kroes, *loc. cit.*, p. 84 et suivantes, ainsi que J. Bruhacs, *op. cit.*, p. 159-160, explicitent cet aspect.

252. Paragraphe 2 de l'article 8 ajouté au projet de la CDI de 1994 : le fait que les mécanismes conjoints n'étaient pas abordés dans le cadre de l'obligation générale de coopérer a été critiqué à la 6<sup>e</sup> Commission.

253. Cet adjectif fut ajouté au projet de 1994 de la CDI.

254. Le facteur de la population fut ajouté au projet de la CDI de 1994.

255. J. Sohnle, *op. cit.*, p. 312.

256. C. Golay (2001). *La place des besoins humains essentiels dans la Convention des Nations Unies sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation*, Genève, IUHEI, section III.2.c pour l'analyse de l'article 10, replacé dans le contexte des conflits de répartition et d'utilisations.

257. Voir le schéma de cette procédure dans J. Sohnle, *op. cit.*, p. 346.

258. C. Delaunay, *op. cit.*, p. 260-261.

Les articles 20 à 26 portent sur la protection, la préservation et la gestion des cours d'eau internationaux. En plus des obligations liées directement à la protection environnementale que nous aborderons dans la section suivante, l'article 24 réitère la possibilité de mise en place d'un mécanisme mixte de gestion, l'article 25 établit l'obligation de coopérer en matière de régulation du débit et l'article 26 prévoit la possibilité de consultations, sur la base de motifs raisonnables, concernant le bon fonctionnement et la protection des installations et aménagements.

Les articles 27 et 28 stipulent, d'une part, l'obligation de prendre des mesures, séparément ou conjointement, pour prévenir ou atténuer les dommages résultant de causes naturelles ou d'activités humaines, et, d'autre part, précisent les modalités de coopération en cas d'urgence.

On retrouve, enfin, dans les dispositions diverses, celles concernant les périodes de conflit armé à l'article 29, la possibilité de procédures indirectes en cas d'obstacles sérieux à la coopération à l'article 30, ainsi que les modalités de coopération dans le cas de *données et informations vitales pour la défense ou la sécurité nationales* à l'article 31. L'article 32 traite de la non-discrimination dans les recours ouverts aux personnes physiques ou morales en cas de dommages et l'article 33 prévoit un mécanisme de règlement des différends, qui, s'il a été passablement modifié, demeure sensiblement le même, sur le fond et dans sa portée, que la proposition du projet d'articles de la CDI de 1994<sup>259</sup>.

### 2.1.1. L'origine et le sens des principes substantiels intégrés à la Convention de New York

De fait, comme le démontrent les études effectuées par les rapporteurs spéciaux, les deux principes de base en matière substantive mis de l'avant par la CDI, l'utilisation équitable et raisonnable ainsi que l'interdiction de dommages appréciables, nonobstant le débat autour de leur prépondérance respective, sont fermement enracinés dans la pratique des États<sup>260</sup>, même si leur histoire varie largement.

On peut affirmer avec une relative certitude, me semble-t-il, que les obligations les plus fondamentales contenues dans la Convention sont effectivement le reflet de normes coutumières. [...] au moins trois des principes généraux contenus dans la Convention correspondent à

259. Rappelons que le projet présenté par la CDI en 1991 ne comprenait aucune clause sur le règlement des différends (1991). *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 43<sup>e</sup> session, 29 avril-19 juillet*, chap. V, Doc. Off. 46<sup>e</sup> session sur n° 10 A/46/10, p. 177-215.

260. S.C. McCaffrey « The Law of International Watercourses : Some Recent Developments... », *loc. cit.*, p. 508.

des normes coutumières. Ce sont l'obligation d'utiliser un cours d'eau d'une manière équitable et raisonnable, l'obligation de ne pas causer de dommages, et l'obligation d'informer les États riverains qui risquent d'être affectés [...] <sup>261</sup>.

### **Le bon voisinage**

Au fondement de ces principes, tant du point de vue de l'utilisation équitable que de l'interdiction de dommage, se trouve un principe général de droit privé : celui du bon voisinage.

La coutume ne va pas jusqu'à requérir des États qu'ils gèrent conjointement leurs ressources naturelles transfrontalières pas plus en matière de cours d'eau qu'en ce qui concerne les autres ressources naturelles. Si le bon voisinage suppose la coopération, celle-ci n'est pas extensive : « *it cannot be said that customary international law requires such co-operation to extend as far as the mandatory conclusion of a joint development agreement* <sup>262</sup>. »

### **L'utilisation équitable et raisonnable**

De manière générale, la doctrine considère le principe de l'utilisation équitable comme de droit positif <sup>263</sup> ; mais certains, rares, ne reconnaissent pas ce statut au principe : « *This theory is the emerging trend and perhaps might, but has not yet, become unequivocal customary international law* <sup>264</sup>. » Selon d'autres, si le principe de l'utilisation équitable et raisonnable est effectivement coutumier, sa prépondérance, elle, ne l'est pas, n'étant pas conforme à la pratique des États <sup>265</sup>. La CDI a considéré l'utilisation équitable comme une règle coutumière bien établie <sup>266</sup>, un des principes clés reconnus par la communauté internationale, fondé sur les droits égaux et corrélatifs des États riverains <sup>267</sup>, mais sa portée n'est pas très précise <sup>268</sup>.

261. S.C. McCaffrey, dans S.M.A. Salman et L. Boisson de Chazournes, *op. cit.*, p. 29.

262. J.A. Khan (1991). *The International Law of Joint Resource Development with Special Reference to Its Functional Role in the Management and Resolution of Boundary and Territorial Disputes Involving Natural Resources*, Thèse de doctorat en droit international, Fletcher School of Law and Diplomacy, Boston, Tufts University, p. 556.

263. S.M. Schwebel, *Troisième rapport*, *op. cit.*, p. 91 et suivantes.

264. S. Upadhye, *loc. cit.*, p. 72.

265. A. Nollkaemper (1993). *The Legal Regime for Transboundary Water Pollution : Between Discretion and Constraint*, Dordrecht/Boston/Londres, Martinus Nijhoff/Graham & Trotman, p. 68-69.

266. S.M. Schwebel, *Troisième rapport*, *op. cit.*

267. Règles d'Helsinki 1966, *op. cit.*, article IV, p. 486.

268. H. Ruiz Fabri, *loc. cit.*, p. 833.

Schwebel, *after an extensive survey of the authorities and the practice of States, concluded that* « virtually all the commentators writing in the field sustain the existence of equitable utilization as a rule of general international law where the system States have conflicting uses or plans for the further development of their shared water resources<sup>269</sup>. »

Le principe de l'utilisation équitable, s'agissant des cours d'eau, s'est développé d'abord dans la jurisprudence de certains États fédéraux<sup>270</sup>. C'est pourquoi certains l'identifient plus volontiers aux principes généraux de droit, mais selon C. Delaunay, au début du xx<sup>e</sup> siècle, aucune règle ne préexiste quant au problème de partage et c'est pendant ce siècle que s'est peu à peu dégagée une coutume, à travers les traités contemporains :

[...] on découvre qu'il existe, dans le domaine des utilisations d'un cours d'eau international un certain nombre d'obligations qui ont acquis force de coutume et qui forment certainement la trame d'un principe général qu'il semble justifié d'appeler « principe d'utilisation équitable »<sup>271</sup>.

Le principe d'utilisation équitable représente en ce sens une coutume nouvelle en regard du principe général ancien de *Sic utere tuo ut alienum non laedas*. Selon le rapporteur Schwebel, dans son deuxième rapport : « La principale règle juridique est que les droits d'un État sont limités par les droits des autres États. C'est un postulat du droit international tellement fondamental qu'il en est incontestable<sup>272</sup>. » Il est d'ailleurs significatif de constater que malgré l'affirmation politique forte de certaines doctrines contraires, particulièrement la doctrine Harmon de la souveraineté absolue, celles-ci n'ont pas dans les faits été maintenues et confirmées par les États mêmes qui les exprimaient<sup>273</sup> dans les ententes et traités signés par ailleurs. À l'examen, on s'aperçoit que malgré le peu de crédit accordé à cette théorie, la doctrine Harmon a été invoquée à quelques reprises dans des différends entre pays latino-américains, notamment par le Chili dans deux cas qui l'ont opposé à la Bolivie, l'affaire des eaux du rio Mauri<sup>274</sup> et l'affaire du rio Lauca<sup>275</sup>, mais pour chaque fois céder à la reconnaissance du principe de l'utilisation équitable et/ou de l'interdiction de dommages appréciables.

269. C.B. Bourne. « The International Law Commission's Draft Articles... », *loc. cit.*, p. 82.

270. Les jurisprudences les plus souvent citées sont celles de l'Allemagne, des États-Unis et de la Suisse. P.K. Wouters, « An Assessment on Recent Developments... », *loc. cit.*, p. 419.

271. C. Delaunay, *op. cit.*, p. 200.

272. *Deuxième rapport, op. cit.*, p. 7.

273. Voir le *Deuxième rapport* de S.C. McCaffrey, *op. cit.*, paragr. 78 et suivants sur l'histoire de la doctrine Harmon, où il souligne que les États-Unis d'Amérique, après l'avoir invoquée face au Mexique, la récuserent dans leur conflit avec le Canada sur le fleuve Columbia.

274. Survenue en 1921. Voir J.T. Calasans, *op. cit.*, p. 112.

275. Survenue en 1939 et qui s'éternisera jusque dans les années 1960, *Ibid.*

*The principle of reasonable and equitable utilization is a utilitarian concept, employing a cost-benefit analysis, which attempts to maximize the beneficial use of limited water resources while limiting the burdens. It is grounded on the principle of sic utere tuo ut alienum non laedas, where detrimental consequences are not ultimately prohibited but rather weighed against the benefits gained. Under this principle, each riparian state is entitled to a reasonable and equitable share in the beneficial uses of an international water resource. This principle is widely accepted as a general rule of customary international law and applies to groundwater resources<sup>276</sup>.*

Le principe de l'utilisation équitable, dans ce contexte, s'est développé par rapport à une réalité nouvelle et contemporaine : la multiplication des usages de l'eau qui, de plus en plus souvent, pouvaient entrer en contradiction les uns avec les autres. On retrouve le principe énoncé dans différents instruments, notamment la Convention de 1906 mettant fin au différend entre les États-Unis et le Mexique, différend qui avait par ailleurs donné lieu à l'énonciation de la doctrine Harmon mentionnée ci-dessus. Le préambule du traité évoque le partage équitable<sup>277</sup> mais sans reconnaissance de son caractère juridique. De même, l'article 4 du traité de 1944 entre ces deux mêmes pays porte sur la répartition<sup>278</sup>. Nombre de traités qui visent à régler des partages concernant les eaux montrent que les États reconnaissaient qu'il y avait là un problème de partage qu'aucune règle générale ne permettait de régler adéquatement<sup>279</sup>. En matière de droit international des cours d'eau, c'est donc d'une application *infra legem* de l'équité dont il est question généralement, comme méthode d'interprétation et d'application du droit<sup>280</sup>.

On retrouve en parallèle la multiplication de déclarations qui corroborent l'existence de ce principe d'utilisation équitable, dans ses différentes formes. Déclarations portant sur des situations particulières, telles que le contentieux entre le Chili et la Bolivie sur la rivière Lauca, le contentieux entre le Brésil et l'Argentine sur le Parana ou même dans la situation explosive du Proche-Orient où, dans les années 1950, sous la gouverne du médiateur Éric Johnston, les États riverains du Jourdain

276. G.E. Eckstein, *loc. cit.*, p. 19.

277. C. Delaunay, *op. cit.*, p. 184 et *Convention entre les États-Unis d'Amérique et le Mexique, réglant la répartition équitable des eaux du rio Grande pour les besoins de l'irrigation*, signée à Washington le 21 mai 1906 : Nations Unies, Textes législatifs et dispositions de traités concernant l'utilisation des fleuves internationaux à des fins autres que la navigation, Traité n° 75.

278. *Traité entre les États-Unis d'Amérique et le Mexique relatif à l'utilisation des eaux du Colorado, de la Tijuana et du Rio Grande*, *op. cit.*

279. Pour une analyse du contenu des traités qui portent sur différents aspects du partage des eaux internationales entre deux ou plusieurs États, voir S.M. Schwebel, *Troisième rapport*, *op. cit.*, p. 79-235, ainsi que le *Deuxième rapport* de S.C. McCaffrey, *op. cit.*, p. 89-148.

280. M. Kroes, *loc. cit.*, p. 84.

avaient accepté le principe que « les eaux, d'un volume limité, du bassin du Jourdain devraient être partagées équitablement entre les quatre États dans lesquels les cours d'eau du bassin prennent leur source et coulent<sup>281</sup> ».

Pour certains, « [L]a pierre angulaire de l'utilisation équitable est le principe fondamental exprimé par la maxime *Sic utere tuo ut alienum non laedas*<sup>282</sup> », puisqu'elle signifierait, dans le cadre du sujet qui nous occupe ici, qu'un État ne peut utiliser un cours d'eau international de manière telle que cela porte préjudice à d'autres États du cours d'eau, et donc à leur propre utilisation.

Les activités autres que la navigation font l'objet de règles de fond et de procédure ; Pour ce qui est du fond, deux principes doivent être mis en exergue : l'interdiction d'infliger un dommage « important » à un ou plusieurs États du cours d'eau et le principe, **développé à partir de cette interdiction**, selon lequel chaque État du cours d'eau doit disposer d'un droit de participation équitable et raisonnable aux avantages que présente l'utilisation des eaux... Le principe d'un droit de participation équitable et raisonnable est assorti de deux règles complémentaires : une première qui nie toute hiérarchie a priori entre les différentes utilisations d'un cours d'eau ou bassin international, et une seconde qui permet de faire abstraction d'une activité existante – quelle qu'elle soit – si celle-ci a pour effet de priver un ou plusieurs États du cours d'eau de tout ou partie de leur droit de participation équitable et raisonnable<sup>283</sup>.

Dans cette interprétation, le principe d'utilisation équitable et raisonnable découle de l'interdiction d'utilisation dommageable du territoire et en ce sens suppose qu'il ne peut exister de principe coutumier accordant une priorité absolue aux droits de première utilisation si ceux-ci empêchent l'État voisin de jouir de son droit égal d'utilisation : « l'utilisation équitable peut être rattachée au principe d'égalité souveraine<sup>284</sup> ».

Il reste que, malgré la reconnaissance du caractère coutumier du principe de l'utilisation équitable s'agissant des ressources en eau, plusieurs États sont réticents à l'appliquer dans certains domaines spécifiques, notamment la distribution du potentiel hydroélectrique, les ressources vivantes – explicitement soustraites de l'application de la Convention de New York – ainsi que les eaux souterraines qui ne sont pas reliées aux eaux de surface<sup>285</sup>.

281. Rapports du médiateur Johnston, cités par S.C. McCaffrey, *Deuxième rapport, op. cit.*, ainsi que les autres exemples qu'il recense, paragr. 92 à 100.

282. Règles d'Helsinki, *op. cit.*, chapitre 3 ; P. Buirette, *loc. cit.*, p. 37.

283. L. Caffisch, *Règles générales du droit des cours d'eau internationaux, op. cit.*, p. 217-218. Les caractères gras sont de nous.

284. H. Ruiz Fabri, *loc. cit.*, p. 836.

285. X. Fuentes, « The Utilizations of International Groundwater... », *loc. cit.*, p. 178.

Enfin, si l'utilisation équitable, en tant que « droit à une certaine part<sup>286</sup> » peut être considérée de nature coutumière, elle mérite d'être distinguée du principe du « partage équitable », qui implique du point de vue procédural soit l'entente négociée, soit le recours à un tiers pour trancher. La distinction tient entre autres au fait que l'on peut utiliser seul mais qu'on partage nécessairement en commun<sup>287</sup>, nous rapprochant ainsi du principe de la communauté d'intérêts qu'on ne peut, en tout état de cause, considérer encore comme coutumier<sup>288</sup> : « L'obligation de partager équitablement s'analyserait donc en une obligation alternative de parvenir à un accord ou de recourir à un tiers qui jugerait sur la base de l'équité<sup>289</sup>. »

### **Les fondements de l'interdiction d'utilisation dommageable**

Le principe de l'utilisation non dommageable, le plus ancien et le plus certain, relève historiquement du droit à l'intégrité territoriale et, contrairement au principe d'utilisation équitable, son objet n'est pas l'utilisation de la ressource mais la protection de l'intégrité du territoire<sup>290</sup>.

L'interdiction de pratiques pouvant causer un dommage substantiel et durable aux autres États est fondé sur le principe *Sic utere tuo ut alienum non laedas*, selon la plupart des auteurs<sup>291</sup>. Mais certains ne partagent pas ce point de vue :

*The case of the no appreciable harm rule is quite different. The ILC has had difficulty with it from the outset. The source of the trouble was the belief on the part of the Special Rapporteurs that the sic utere maxim was a fundamental principle of international law that proscribes activities in one State that cause harm in another and that that principle applied to the relations of watercourse States<sup>292</sup>.*

En ce sens, selon cet auteur, même les traités qui comprennent des clauses explicites sur l'interdiction de dommages doivent être examinés à la lumière de la pratique des États pour fonder leur caractère coutumier. Il en veut pour preuve l'article IV du Traité des eaux limitrophes de 1909 entre le Canada et les États-Unis qui n'a à toutes fins pratiques jamais été appliqué, car il ne permettait pas d'équilibrer les intérêts contradictoires des deux États<sup>293</sup>.

286. C. Delaunay, *op. cit.*, p. 227.

287. Voir à cet égard l'intéressant raisonnement de C. Delaunay, *Ibid.*, p. 200 et suivantes.

288. S.C. McCaffrey, *The Law of International Watercourses...*, *op. cit.*, p. 160 et suivantes.

289. C. Delaunay, *op. cit.*, p. 204.

290. S.C. McCaffrey, « The Law of International Watercourses... », *loc. cit.*, p. 509. Il se réfère à son rapport de 1988.

291. *Ibid.*

292. C.B. Bourne, « The International Law Commission's Draft Articles... », *loc. cit.*, p. 83.

293. *Ibid.*, p. 88-89.

*The maxim undoubtedly expresses a sound social policy and moral rule that should underlie all law: generally speaking, people, either individually or collectively as a State, should avoid harming one another [...] This is not to say, however, that the maxim should be held to embody a rule that prohibits harm, whether it be appreciable, significant, substantial, or otherwise. Does any but a primitive system of law have such a rule of general application? In systems of any sophistication, fault with few exceptions replaces strict liability; the reasonableness of conduct becomes the test for determining legal rights and duties. That is the test reflected in the doctrine of equitable utilization<sup>294</sup>.*

Il apparaît que même si la règle d'interdiction de causer un dommage significatif à ses voisins est de nature coutumière, en matière de droit international des cours d'eau, sa prépondérance n'est pas conforme à la pratique des États; son caractère absolu représenterait une importante atteinte au principe de l'égalité souveraineté<sup>295</sup>. Dans la mesure où le XX<sup>e</sup> siècle a vu se multiplier les usages de l'eau, il a bien fallu constater que l'application stricte du principe de l'interdiction de dommages pouvait être contre-productif étant donné que plusieurs usages de l'eau produiront nécessairement des conséquences sur le territoire d'autres États.

«Le droit de tout État d'utiliser les eaux d'un fleuve qui longe ou traverse son territoire est en effet un principe premier<sup>296</sup>», mais cette utilisation ne doit pas être dommageable pour les autres. Or dans de nombreux cas, l'application stricte de ce principe équivaldrait à nier le droit d'utilisation. L'exemple du bassin du Nil reflète cette problématique.

Cette obligation pour les États de respecter le domaine de validité territoriale des ordres juridiques des autres États, obligation édictée par le droit international, fonde un droit de chaque État à ce que tous les autres États s'abstiennent de semblables violations du domaine de validation territoriale de son propre ordre<sup>297</sup>.

Si le principe semble conforme aux objectifs généraux du droit international classique, en tant que corps de règles visant à assurer la coexistence pacifique des États souverains, il ne suffit plus à assurer un tel équilibre au vu de la réalité contemporaine. Bien que clairement coutumier, le principe d'utilisation non dommageable n'apporte plus une réponse juridique utile.

294. *Ibid.*, p. 84-85.

295. P.K. Wouters, « Allocation of the Non-Navigational Uses... », *loc. cit.*, p. 87.

296. H. Ruiz Fabri, *loc. cit.*, p. 835.

297. H. Kelsen (1932). « Théorie du droit international public », *RCADI*, T. 42, p. 209.

### 2.1.2. Le principe de coopération et les obligations procédurales

Le principe de coopération, qui suppose un haut degré d'intégration, n'est pas unanimement considéré comme coutumier. La Convention de New York reflète d'ailleurs cette ambivalence en ce qu'elle est affirmative sur certaines exigences minimales de coopération, mais indicative sur les éléments d'une coopération plus avancée et intégrée. Si la CDI a affirmé l'existence d'un devoir général de coopérer, son contenu, lui, est sujet à discussion<sup>298</sup>.

*State practice, observed mainly through bilateral and regional treaties, indicates a growing awareness of the benefits of institutional cooperation. However, it still cannot be asserted with confidence that the duty to cooperate through joint institutions is generally accepted as reflecting customary law*<sup>299</sup>.

Le contenu de cette coopération, au plan de la coutume, ne fait pas nécessairement consensus, mais un certain nombre d'éléments semblent rallier la majorité de la doctrine à cet égard : « *States are subject to a customary obligation to negotiate, consult and co-operate to reach an equitable solution to problems posed by activities which may affect international rivers providing a shared natural resource, including water pollution and excessive use*<sup>300</sup>. »

De manière générale, les auteurs s'entendent assez largement pour qualifier de coutumières les obligations d'information, de notification préalable et de négociation de bonne foi en vue de parvenir à un accord en ce qui concerne les mesures projetées<sup>301</sup>. Cette obligation est aujourd'hui considérée de droit positif parce qu'elle est partie intégrante de très nombreux accords. De plus, son rappel dans de très nombreux textes de sources diverses semble corroborer l'*opinio juris*<sup>302</sup>. « Malgré quelques voix dissidentes, les devoirs de notification, de réponse et même de négociation sont désormais de droit international coutumier<sup>303</sup>. »

Ces obligations relèvent donc des normes coutumières dans leur caractère général mais, s'agissant de leur application précise, telle que délais de notification, de réponse, etc., celles-ci demeurent de nature purement conventionnelle et ne peuvent être considérées comme coutumières, sinon dans leur caractère « raisonnable ».

298. J. Evensen, *Premier rapport sur le droit relatif aux utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation* (1983) Doc. A/CN.4/367, Annuaire de la CDI 1983, vol. II, 1<sup>re</sup> partie, p. 181 et suivantes ; et *Troisième rapport* de S.C. McCaffrey, *op. cit.*, p. 29 et suivantes.

299. E. Benvenisti, *loc. cit.*, p. 413.

300. P. Sands, *op. cit.*, p. 348.

301. D.A. Caponera, dans G.H. Blake *et al.*, *op. cit.*, p. 834.

302. C. Delaunay, *op. cit.*, p. 263, signale que malgré son caractère obligatoire, la seule sanction du non-respect relève du régime classique de la responsabilité des États.

303. L. Caflisch, « La Convention du 21 mai 1997... », *loc. cit.*, p. 784.

### 2.1.3. Des normes largement consensuelles

Entre les deux étapes, avant que la 6<sup>e</sup> Commission ne soit saisie du projet d'articles établi par la CDI afin d'en tirer un texte conventionnel, de nombreux experts se sont exprimés, certains d'entre eux sur les objets de controverse que nous examinerons ci-après, mais d'autres sur la nécessité d'intégrer dans la Convention une vision plus apte à répondre aux enjeux émergents, tels que le changement climatique, la nécessité d'une juridiction obligatoire, etc.<sup>304</sup>. Ces tentatives d'amélioration seront reprises par quelques États, particulièrement du point de vue de la protection de l'environnement, mais la 6<sup>e</sup> Commission, confrontée à des dissensions importantes sur quelques points, choisira dans la plupart des cas de s'en tenir aux normes proposées par la CDI afin d'éviter d'affaiblir les consensus déjà difficiles à dégager.

Dans l'ensemble, les normes substantives proposées par la CDI ne font pas l'objet de controverse puisqu'elles font partie de la coutume ; c'est sur leur hiérarchie que les débats porteront essentiellement. De même, les normes procédurales qui en découlent – l'obligation de notification préalable, de consultation et de négociation de bonne foi –, et précisent l'obligation générale de coopérer, font consensus malgré quelques voix discordantes<sup>305</sup>.

## 2.2. LES PRINCIPALES CONTROVERSES

La plupart des commentateurs relèvent, à travers les débats de la 6<sup>e</sup> Commission et les commentaires des États, trois controverses clés : 1) le degré d'obligation de conformité des accords existants avec la Convention ; 2) le rapport, la prédominance, entre le principe de l'utilisation équitable et celui de l'interdiction de dommages significatifs<sup>306</sup> ; 3) le mécanisme de règlement des différends<sup>307</sup>.

304. D.J. Lazerwitz, *loc. cit.* ; aussi les textes du Doman Colloquium on The Law of International Watercourses : Review of the ILC's, publiés dans le volume 3 du *Colorado J. of Int'l Env'l L. & P.* en 1992.

305. L'exception célèbre du Brésil (dans son conflit avec l'Argentine) ; C. Delaunay, *op. cit.*, p. 263.

306. Pour la prédominance de l'utilisation équitable : Kroes, Hey, Caflich, Dellapenna, Scanlan ; l'arrêt Gabcikovo-Nagymaros, *op. cit.*, semble aller dans ce sens : paragr. 85 et 147 ; pour la prédominance de l'interdiction de dommages appréciables : Bisant, Majzoub ; soutenant le manque de clarté : Wouters, Bourne, Sergent ; Nelson, Bruhacs, Lammers, Nollkaemper.

307. G.W. Sherk, P. Wouters, S. Rochford, *loc. cit.*

### 2.2.1. La relation entre la Convention et les accords spécifiques

Malgré l'appellation de « convention-cadre<sup>308</sup> » donnée à l'exercice tout au long du travail de la CDI<sup>309</sup>, la Convention de New York ne fournit pas, comme c'est généralement le cas des conventions-cadres, des standards minimaux ou des règles impératives<sup>310</sup> que les États ont ensuite à charge de développer dans des accords particuliers ou des protocoles. Au contraire, au vu de l'article 3(3) et du vocabulaire utilisé – « *appliquent et adaptent* » –, les États conservent une latitude certaine à l'égard des normes de la Convention<sup>311</sup>.

Cette question n'est pas que rhétorique puisqu'elle détermine le statut des normes proposées : normes supplétives, *jus cogens* ? En effet, en vertu des règles du droit international<sup>312</sup>, lorsqu'une nouvelle norme impérative est reconnue comme telle, les traités ou accords existants qui y dérogent deviennent nuls. Le débat autour du rapport entre les accords existants et la Convention dispose donc du statut des normes que cette dernière contient. En définitive, elles seront supplétives puisque l'article 3 précise que : « À moins que les États du cours d'eau n'en soient convenus autrement, la présente Convention ne modifie en rien les droits ou obligations résultant pour ces États d'accords en vigueur à la date à laquelle ils sont devenus parties à la présente Convention. » L'harmonisation entre les accords existants ou à venir et la Convention demeure facultative<sup>313</sup>.

Par ailleurs, en toute logique, si la Convention n'a pas pour effet de modifier ou de requérir la modification des accords existants qui pourraient être contradictoires avec ses propres normes, les futurs accords n'auront aussi qu'une obligation relative de conformité à ces mêmes normes, puisqu'ils peuvent les *appliquer* et les *adapter* selon l'article 3(3). Dans les débats à la 6<sup>e</sup> Commission, il est d'ailleurs apparu que cet article mettait en confrontation les États qui, par leur position dominante, avaient obtenu des accords favorables et les États plus faibles qui auraient bien voulu pouvoir s'appuyer sur la Convention pour modifier des accords qui leur étaient défavorables<sup>314</sup>.

308. L. C aflisch, « La Convention du 21 mai 1997... », *loc. cit.*, p. 770.

309. Selon T. Nussbaum, *loc. cit.*, p. 49 ; dans les débats du groupe de travail, « *it was clear that there was not universal support for the concept of the framework convention* ».

310. J. Sohnle, *op. cit.*, p. 51.

311. L. C aflisch, « Règles générales du droit des cours d'eau internationaux », *op. cit.*, p. 220. Le rapport entre la Convention et les accords existants examinés ci-après l'illustre. Israël et l'Égypte furent les plus virulents quant à la protection de leurs droits acquis. A/C.6/51/NUW/WG/CRP.29 du 10 octobre 1996.

312. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, Doc. NU A/CONF. 39/27 (1969), article 64.

313. J. Sohnle, *op. cit.*, p. 53.

314. Les positions de l'Inde, d'une part, et de l'Éthiopie, d'autre part, en sont des illustrations parmi d'autres. Voir A. Schwabach, « The United Nations Convention... », *loc. cit.*, p. 269.

## 2.2.2. Utilisation équitable ou interdiction de dommages significatifs : un difficile équilibre

En 1991, l'article 7 portant sur l'interdiction de causer un dommage appréciable semble être le principe normatif fondant l'ensemble du texte<sup>315</sup> proposé par la CDI. Seul Evensen, pourtant, parmi les rapporteurs, semblait avoir adhéré explicitement à cette hiérarchie<sup>316</sup>. Cette orientation sera vertement critiquée par la doctrine, qui partage largement l'idée que la préséance de l'utilisation équitable devrait être aussi clairement exprimée qu'elle l'avait déjà été en 1966 dans le cadre des règles d'Helsinki<sup>317</sup> : « *In short, Draft Article 7 resurrects the discredited doctrine of prior appropriation; it entrenches the rights of those who first utilize the waters of an international watercourse. [...] therefore, should be seen as an aberration*<sup>318</sup>. »

En 1994, par la modification du texte de l'article 7, la CDI ramène l'obligation de ne pas causer de dommages significatifs à une obligation de diligence due. La modification de vocabulaire exceptée<sup>319</sup>, il s'agit surtout ici de transformer l'obligation de résultat – ne pas causer de dommages – en une obligation de comportement, mais la hiérarchie entre les deux principes de l'utilisation équitable et de l'interdiction de dommages significatifs n'en est pas pour autant entièrement clarifiée, bien que la plupart des commentateurs interprète ces modifications comme une réinstallation de la préséance de l'utilisation équitable et raisonnable.

Le débat sur la prépondérance entre ces deux principes reflète l'affrontement entre les intérêts contradictoires des États d'aval et des États d'amont<sup>320</sup>. Le poids relatif accordé à l'interdiction de dommages significatifs, selon qu'il sera plus ou moins important, réintroduit dans une certaine mesure des relents de la théorie de l'intégrité territoriale, bien qu'elle ne soit plus absolue, favorisant les pays d'aval, souvent mais pas toujours plus développés :

*In Bangladesh's view, the equitable and reasonable utilization of an international watercourse by definition rules out significant harm to another watercourse state [...] Bangladesh maintains that the obligation not to cause significant harm is the controlling principle of customary international law.*<sup>321</sup>

315. L. Caffisch « La Convention du 21 mai 1997... », *loc. cit.*, p. 762 ; P.K. Wouters, « Allocation of the Non-Navigational Uses... », *loc. cit.*, p. 88.

316. C.B. Bourne, « Fresh Water as a Scarce Resource », *loc. cit.*, p. 399.

317. « Règles d'Helsinki de 1966 », *op. cit.*, article IV.

318. C.B. Bourne, « The International Law Commission's Draft ... », *loc. cit.*, p. 92.

319. Le changement de « appréciable » à « significatif » intervient entre les versions de 1991 et de 1994.

320. J. Sohnle, *op. cit.*, p. 272-323.

321. R. Rahman, *loc. cit.*, p. 23-24. Les caractères gras sont de nous.

Parmi les arguments en faveur de la prépondérance de l'interdiction de dommages significatifs, on invoque le fait qu'il soit plus simple de déterminer un dommage que l'équité des utilisations<sup>322</sup>, plus flexible, mais par conséquent moins claire<sup>323</sup>. Les avocats de cette prépondérance bénéficieront aussi des préoccupations environnementales de certains États, qui la jugent préférable dans les cas de pollution et de dommages à l'environnement.

Il y aura d'ailleurs dans ces confrontations une utilisation stratégique des enjeux environnementaux de la part des États d'aval pour tenter de faire prévaloir le principe de l'interdiction de causer des dommages significatifs, principe qui leur est favorable puisqu'il protège aussi, par le fait même, leurs utilisations antécédentes.

*A contrario*, plusieurs voient dans le principe de l'utilisation équitable et raisonnable la base de la théorie de la souveraineté limitée et ne peuvent donc concevoir ces limites que dans une prise en compte globale de tous les facteurs, y compris les dommages significatifs, pour établir l'équité de ces limites.

Le principe de l'utilisation équitable et raisonnable représente pour eux, la « clé de voûte du droit relatif aux cours d'eau internationaux<sup>324</sup> », et l'équilibre entre les deux principes de l'utilisation équitable et de l'interdiction de dommages significatifs leur paraît d'autant plus important que la prépondérance du second aurait pour effet pratique de « geler » le développement de plusieurs États<sup>325</sup>.

Au nombre des arguments invoqués en faveur de la présence de l'utilisation équitable et raisonnable se trouve la flexibilité, un standard souple étant mieux à même de favoriser les négociations entre les parties<sup>326</sup>. Cette souplesse, donc, sera vue de manière positive ou négative selon que les États favorisent l'un ou l'autre des deux principes<sup>327</sup>.

322. Opinion que ne partage pas P.K. Wouters, « Allocation of the Non-Navigational... », *loc. cit.*, p. 82-83. Elle soutient que le caractère « appréciable » ou « significatif » soulève le même problème d'appréciation unilatérale et, à défaut d'accord, de recours à un tiers.

323. S.C. McCaffrey, « The Law of International Watercourses : Some Recent Developments... », *loc. cit.*, p. 510.

324. S.C. McCaffrey (1999). « International Groundwater Law : Evolution and Context », dans M.A.S. Salman (dir.), *Groundwater: Legal and Policy Perspectives*, World Bank Technical Paper n° 456, p. 21.

325. S.C. McCaffrey, « The Law of International Watercourses : Some Recent ... », *loc. cit.*, p. 509.

326. E. Benvenisti, *loc. cit.*, p. 402, juge que la CDI a favorisé indûment le règlement judiciaire des litiges au détriment de la négociation.

327. A.D. Tarlock (1996). « International Water Law and the Protection of River System Ecosystem Integrity », *BYU Journal of Public Law*, vol. 10, p. 196.

La CDI tentera d'inscrire dans le projet d'articles une perspective moderne du droit international des cours d'eau, mais se trouvera très vite devant un dilemme à cet égard, tant les principes coutumiers sur lesquels elle peut s'appuyer demeurent généraux et difficiles à concilier. Dans le débat sur la préséance entre utilisation équitable et interdiction de dommages appréciables s'expriment les paradoxes de cette évolution : donner la préséance à l'utilisation équitable, c'est favoriser le développement, mais donner la préséance à l'interdiction de dommages appréciables peut favoriser la protection des écosystèmes... comment réconcilier ces deux exigences contemporaines à partir de principes qui n'ont pas été conçus dans ce but ?

Au total, le texte adopté, en essayant de trouver un compromis entre des points de vue pratiquement irréconciliables, aura maintenu une marge d'incertitude quant à la hiérarchie effective entre les deux principes de l'utilisation équitable et de l'interdiction de dommages significatifs. On verra cependant plus loin que la Cour internationale de justice semble partager l'opinion majoritaire des commentateurs en la matière<sup>328</sup>.

### 2.2.3. Mise en œuvre et règlement des différends

En ce qui concerne le règlement des différends, le seul mécanisme obligatoire, c'est-à-dire accessible à la demande d'une des parties au litige, prévu dans le projet de la CDI, consiste en une *procédure d'enquête impartiale*<sup>329</sup> engagée par une commission qui fait rapport sur ses « conclusions motivées » et ses « recommandations<sup>330</sup> ».

Les débats à la 6<sup>e</sup> Commission auront vu s'affronter les États qui auraient souhaité des mécanismes juridictionnels obligatoires<sup>331</sup> plus rigoureux, conscients de cette exigence de l'équité, et ceux qui trouvaient que l'obligation d'enquête factuelle était déjà trop, arguant de leur souveraineté<sup>332</sup>.

Malgré plusieurs ajustements apportés au texte de la CDI, la seule modification substantielle donne un contenu un peu plus proactif à la commission d'établissement des faits dans la mesure où elle énonce

328. Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros, *op. cit.*

329. Article 33 (b) du projet de 1994 et article 33, paragraphe 3, du projet de Convention.

330. Article 33 (b) v) du projet de 1994.

331. Notamment la Suisse et la Syrie : A/C.6/51/NUW/CRP.10, 24 mars 1997.

332. Au nombre des États opposés à tout mécanisme obligatoire, on peut mentionner la Turquie, la Chine ou la France par exemple. L. Caflisch « La Convention du 21 mai 1997... », *loc. cit.*, p. 768. Ces trois États ont d'ailleurs voté contre l'adoption de la Convention au groupe de travail.

ses conclusions et ses recommandations « en vue d'un règlement équitable du différend, que les Parties examinent de bonne foi » (Art. 3,8). Cet ajout rapproche son rôle de celui d'un conciliateur<sup>333</sup>.

Pourtant, le règlement des différends constitue pratiquement une nécessité en matière de partage de ressources dans la mesure où il s'agit de trancher en équité. Devant l'échec d'une négociation entre les parties, l'absence de mécanisme obligatoire de règlement rend presque caduc l'ensemble de la Convention. Plusieurs États sont d'ailleurs conscients de cette importance et les nombreuses abstentions lors du vote sur cet article<sup>334</sup> sont en partie explicables par la considération de son insuffisance. Pour d'autres cependant, le mécanisme obligatoire d'établissement des faits représente une avancée dans la mise en place de mécanismes propres à concrétiser les principes fondamentaux de la Convention :

*The ILC did not simply restate fundamental principles of international coexistence, but has established specific mechanisms for translating those obligations into action. Article 33, on the settlement of disputes, and in particular on the obligations and mechanisms of fact-finding, offers a simple and flexible approach*<sup>335</sup>.

Mais si l'article 33 a concentré l'essentiel de la controverse à ce sujet, il n'est pas le seul à illustrer la faiblesse de la Convention en matière de mécanismes de mise en œuvre. Si un consensus semble se dégager sur le caractère coutumier de l'obligation de coopérer, par exemple, rien n'est dit des conséquences d'une non-coopération<sup>336</sup>.

De toute évidence, l'appel au règlement pacifique des différends, dans ce domaine comme ailleurs, relève d'une coutume bien établie et reconnue, inscrite dans la Charte des Nations Unies<sup>337</sup>. À tous égards, l'appel à la négociation n'a rien de novateur et s'appuie sur une pratique et une *opinio juris* largement établies : « Le renvoi ainsi opéré à la négociation correspond à une logique de coexistence des souverainetés, à un mécanisme relationnel très classique en droit international<sup>338</sup>. » Cette obligation de chercher à négocier dans le but de conclure des accords, même s'il n'y a pas obligation de conclure<sup>339</sup>, maintient le paradoxe :

333. J. Sohnle, *op. cit.*, p. 66.

334. Soit 33 pour, 5 contre et 25 abstentions.

335. Traduisant la position du Bangladesh : R. Rahman, *loc. cit.*, p. 20.

336. R. Rahman, *loc. cit.*, p. 24.

337. Article 33 ; ainsi que P.K. Wouters, « An Assessment of Recent Developments... », *loc. cit.*, p. 420.

338. H. Ruiz Fabri, *loc. cit.*, p. 840.

339. Voir notamment à ce propos S.M. Schwebel, *Troisième rapport, op. cit.*, ainsi que A. Fenet, *loc. cit.*, qui soulignent le caractère problématique de cet aspect en matière de ressources qu'il faut partager.

en l'absence d'obligation de parvenir à un accord et en l'absence de mécanisme juridictionnel obligatoire dans le cas d'échec de la négociation, comment peut-on prétendre à l'équité ou à un règlement conforme aux principes de justice ?

### 2.3. LA CONVENTION DE NEW YORK À L'AUNE DE LA PROBLÉMATIQUE DE L'EAU AU XXI<sup>e</sup> SIÈCLE

Pour les auteurs qui considèrent que l'objectif de la Convention de New York était de « trouver un équilibre entre l'interdépendance des États riverains et leur souveraineté sur leurs ressources naturelles ; un équilibre également entre les États d'amont et les États d'aval mais aussi entre les différentes utilisations de l'eau<sup>340</sup> », en d'autres mots, de préciser le droit interétatique traditionnel, cette Convention représente une avancée significative mais insuffisante<sup>341</sup>. S'agissant d'assurer la codification et le développement progressif du droit international dans le cadre classique, les avis divergent profondément<sup>342</sup>, et les critiques sont encore plus soutenues de la part des auteurs qui évaluent le contenu de la Convention à l'aune des défis actuels que posent les ressources planétaires en eau.

Comme nous examinerons dans les sections qui suivent les aspects de la Convention de New York touchant à la protection de l'environnement et au respect des droits humains pour eux-mêmes, nous nous limiterons ici à analyser la pertinence du cadre normatif établi par la Convention de New York du strict point de vue de son objectif principal dans le cadre du droit interétatique classique ; celui de la résolution des conflits pour le maintien *de la paix et de la sécurité internationales* [...] conformément aux principes de la justice<sup>343</sup> en encourageant notamment les relations amicales fondées sur le respect de l'égalité des droits des peuples<sup>344</sup>. Il ne s'agit donc pas ici seulement d'éviter que les conflits dégénèrent, mais aussi qu'ils trouvent un règlement conforme aux principes de justice.

340. J. Sironneau, « Le droit international de l'eau existe-t-il ?... », *loc. cit.*, p. 7.

341. R.M. Stephan (1998). « Le droit international peut-il aider à résoudre le cas du bassin du Jourdain ? », Congrès de Kaslik, Liban, p. 2.

342. L. Boisson de Chazournes considère cette Convention comme un apport significatif dans la conclusion de S.M.A. Salman et L. Boisson de Chazournes, *op. cit.* ; L. Caffisch, considère qu'avec elle le droit international de l'eau s'est remis à évoluer, dans « La Convention du 21 mai 1997... », *loc. cit.*, p. 798. Par contre, J.C. Kahn, *op. cit.* ; ou A.K. Biswas, « Management of International Waters: Opportunities and Constraints », présentation au Rosenberg Forum on International Water Policy, considèrent que la Convention aura un impact très marginal sur la résolution des conflits.

343. Charte des Nations Unies, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n° 7, 59, art. 1(1).

344. *Ibid.*, article 1(2).

Le représentant de la France a indiqué, quant à lui, lors du vote de la Convention, qu'il considérait que ce texte était « inapte à réduire les tensions qui existent, dans diverses zones géographiques, entre États riverains de fleuves internationaux<sup>345</sup> ». Nous partageons généralement cet avis, au vu de deux considérations, particulièrement.

Au-delà de la valeur des normes proposées, tant au point de vue substantif que procédural, deux caractéristiques empêcheront selon toute probabilité la Convention de jouer son rôle. En premier lieu, le statut, supplétif, des normes qu'elle propose ne peut en conséquence fournir aux pays plus faibles un fondement juridique à des accords spécifiques conformes aux principes de justice, dans la mesure où l'on tiendrait pour acquis que le principe de l'utilisation équitable et raisonnable y est conforme.

En second lieu, il est difficile de voir comment la Convention pourrait régler des situations déjà conflictuelles, étant donné la faiblesse des mécanismes de mise en œuvre et de règlement des différends qu'elle contient. Il importe d'ailleurs aussi de signaler quelques absences significatives dans la Convention de New York.

### **2.3.1. Des principes généraux ou coutumiers absents de la Convention ?**

#### **Deux grandes absentes : la règle de la sécurité de l'eau et le droit à la vie**

Nous avons vu que la plupart des principes intégrés dans la Convention de New York, à de rares exceptions près, trouvent un fondement dans le droit coutumier ou les principes généraux du droit. Mais l'état de cette coutume et de ces principes généraux est-il, lui, parfaitement représenté par le contenu de cette Convention ?

La règle de la sécurité de l'eau, l'interdiction formelle d'empoisonner l'eau est bien une règle coutumière, qui remonte d'ailleurs plus loin que les cités grecques antiques<sup>346</sup>. La CDI partage la conviction

345. Cité par L. Caflisch « La Convention du 21 mai 1997... », *loc. cit.*, p. 797.

346. D'abord, dans une disposition du code hittite portant sur la pollution (1380-1346 av. J.-C.), Solon l'a définie, vers 600 av. J.-C. Le gaspillage, lui aussi, est réglementé depuis fort longtemps puisqu'il est interdit dans la réglementation juridique ancienne du Sri Lanka : H. Laberge, « Le temps de l'eau » (1999). *L'Agora*, numéro spécial, « Le Sang de la terre », vol. 6, n° 2, p. 21 ; et J. Sohnle, *op. cit.*, p. 33.

unanime que la règle existe<sup>347</sup> et les règles du droit humanitaire vont en ce sens<sup>348</sup>. La doctrine<sup>349</sup>, depuis toujours pourrait-on dire, corrobore cette interdiction<sup>350</sup>.

[...] au moins une règle « transversale » c'est-à-dire valable quelles que soient les circonstances et dont la positivité ne fait aucun doute : c'est la sécurité de l'eau, qui se traduit essentiellement en une interdiction d'empoisonner l'eau ; règle qui excède très largement le droit fluvial. La règle est plus que logique, corollaire nécessaire du caractère de ressource vitale de l'eau. Elle est en outre complètement reconnue et appartient à la tradition culturelle de tous les continents, même si les phénomènes contemporains de pollution la menacent insidieusement<sup>351</sup>.

À travers le texte de la Convention de New York, cette règle pourtant claire ne se retrouve qu'indirectement, et jamais énoncée formellement en tant que telle. On peut la déduire de l'interdiction de dommages appréciables<sup>352</sup> ; on peut la déduire aussi des articles concernant la protection de l'environnement et l'interdiction de polluer sur lesquels nous reviendrons plus loin.

Pourtant, nous semble-t-il, son inscription formelle aurait peut-être permis de clarifier certaines ambiguïtés des clauses portant sur la protection de l'environnement et le contrôle de la pollution, fournissant un critère au-delà duquel l'interdiction est totale et où, à la limite, la responsabilité pénale pourrait même être engagée. Sa positivité assurée, les diverses interprétations qu'elle a reçues au cours de l'histoire, son intégration dans le droit humanitaire, auraient pu fournir une précision et une spécificité aux normes s'appliquant en matière de dommages résultant de pollution.

Considérant enfin que le droit à la vie est aujourd'hui largement reconnu comme coutumier, et même de *jus cogens*, son absence dans la Convention de New York mérite d'être relevée. Le commentaire suivant en résume parfaitement les conséquences juridiques :

*We would like to make the following specific submissions : First, that the right to life is an imperative norm of international law which should inspire and influence all other human rights. In short, rights such as the right to peace and the right to a safe environment should take their cue from the imperative norm of the right to life. Second, in its modern sense [...] places a duty on the part of*

347. *Rapport de la CDI sur les travaux de sa 42<sup>e</sup> session, 1<sup>er</sup> mai-20 juillet 1990* (1990), chapitre V, Doc. Off. 45<sup>e</sup> session supp. n° 10 A/45/10, p. 126 et suivantes.

348. Voir chapitre 4.

349. Voir T.J. Schorn (2000). « Drinkable Water and Breathable Air : A Livable Environment as a Human Right », *Great Plains Natural Resources Journal*, 4/2, p. 123.

350. S.C. McCaffrey, « A Human Right to Water... », *loc. cit.*, p. 5.

351. H. Ruiz Fabri, *loc. cit.*, p. 831.

352. Particulièrement du commentaire de la CDI précisant qu'une utilisation causant un dommage portant atteinte à la santé humaine ne pourra être considérée équitable.

*each government to pursue policies which are designed to ensure access to the means of survival for every individual within its country. If, after its best efforts, in good faith, a government is unable to meet the survival requirements of its own people, then a residual duty vests upon the international community to assist through appropriate forms of international cooperation*<sup>353</sup>.

### 2.3.2. Le statut des normes proposées

La portée de la Convention en elle-même ne fait pas l'objet de consensus. Si certains considèrent que, reflétant l'état actuel du droit international en la matière, elle influencera véritablement la pratique des États au-delà de sa mise en vigueur ou non, d'autres estiment que même avec les critères les plus souples quant au caractère juridique des résolutions de l'Assemblée générale, on ne peut dire que cette Convention a créé de véritables exigences normatives à l'égard de la pratique des États<sup>354</sup>. Or, ce dont il est question ici, c'est de l'aptitude de la Convention à contribuer au règlement de situations conflictuelles qui n'ont pas trouvé d'ores et déjà de règlement par la voie de la négociation de bonne foi.

Dans cette perspective, la portée de la Convention reste bien relative du point de vue du statut des normes qu'elle contient, puisqu'elle laisse entière liberté aux États quant aux normes à appliquer et « adapter ». Elle ne fait que fournir des directives et des indications, et n'établit aucun standard minimal obligatoire à partir duquel les États sont incités à adopter des accords plus spécifiques, comme c'est généralement le cas des conventions-cadres.

*The particular application of the framework approach in the Watercourses Convention has, in addition, the following two consequences. Firstly, interests that arguably extend beyond the immediate interests of watercourse states, such as vital human needs, ecosystem protection and sustainable water use, are not protected by the Convention by minimum standards. Accordingly to the Convention, watercourse states, provided they agree, are free to sacrifice the human need for drinking water to, for example, wasteful or polluting industrial uses. Secondly, the Convention does not offer a relatively weaker watercourse state significant protection*<sup>355</sup>.

L'exemple des relations entre le Mexique et les États-Unis illustre bien cette faiblesse et ses conséquences. L'absence d'obligation de conformité à la Convention, pour les accords existants ou à venir, prive les pays plus faibles d'un outil leur assurant d'obtenir des accords équitables quand les rapports de force leur sont défavorables.

353. B.G. Ramcharan (1985). « The Concept and Dimensions of the Right to Life », dans *The Right to Life in International Law*, Dordrecht, M. Nijhoff, p. 6.

354. A. Schwabach, « The United Nations Convention... », *loc. cit.*, p. 278.

355. E. Hey, « The Watercourses Convention ... », *loc. cit.*, p. 293.

[...] *the inadequacies of the legal regime governing water allocation between the United States and Mexico as exemplified by Mexico's recent request for an increase in its water allotment to alleviate a five year drought that has plagued the region. [...] The 1944 Treaty should be amended to include a provision giving priority to uses for vital human needs, like article 10 of the Draft Articles*<sup>356</sup>.

Étant donné l'article 3 de la Convention de New York pourtant, les signataires de ce traité n'ont aucune obligation de le réviser même dans l'éventualité où ils deviendraient Parties à la Convention. Dans ce cas d'espèce bien sûr, les risques que le conflit menace la paix sont presque inexistants, mais le règlement est-il pour autant conforme aux principes de justice? On peut en douter. Comme en bien d'autres domaines, la règle de droit demeure le seul recours des plus faibles<sup>357</sup>.

### 2.3.3. Mise en œuvre en l'absence de mécanisme juridictionnel obligatoire

Certains auront fondé leur optimisme quant à l'utilité de la Convention, malgré le caractère supplétif que les États ont voulu lui donner, sur le caractère coutumier de la plupart des normes qu'elle renferme. Cristallisant en effet pour l'essentiel des principes reconnus par la coutume<sup>358</sup>, la Convention de New York n'apporte cependant aucune réponse sur le plan de la mise en œuvre effective des règles qu'elle propose. Si elle permet d'établir clairement les éléments de la coutume, répondant ainsi à l'objectif de codification, elle ne fournit aucun nouveau mécanisme pour renforcer leur application effective. Caractère supplétif et absence de mécanisme obligatoire de règlement des différends se renforcent donc pour rendre aléatoire l'utilité concrète de ce texte.

L'objectif de ce long exercice était essentiellement de définir des principes propres à régir les utilisations des cours d'eau internationaux de manière à réduire les conflits potentiels. L'absence de mécanisme juridictionnel obligatoire est d'autant moins acceptable que, s'agissant de régler des problèmes de ressources à partager selon un principe flexible, celui de l'utilisation équitable, rien ne permet d'atteindre ce résultat en cas d'échec de la négociation<sup>359</sup>. Or,

356. M. Lopez (1997). « Border Tensions and the Need for Water : An Application of Equitable Principles to Determine Water Allocation from the Rio Grande to the United States and Mexico », *Georgetown Int'l L. R.*, vol. 9, n° 2, p. 489 et 507. Les caractères gras sont de nous.

357. Voir R. Rahman, *loc. cit.*, p. 20, citant le premier ministre Khaleda Zia.

358. Seuls les procédures de notification, les modalités de la prévention, notamment l'article 21(3)c visant l'établissement de listes de substances à réglementer, et certains aspects du règlement des différends sont considérés comme purement conventionnels.

359. Sur le caractère indispensable du recours à une tierce personne, voir J. Sohnle, *op. cit.*, p. 310-320.

L'équité n'est évidemment un principe de règlement de prétentions antagonistes que si sa mise en œuvre échappe à l'appréciation unilatérale des parties. Les conditions de mise en œuvre sont donc essentielles : permettant au principe d'acquiescer un contenu concret, elles lui donnent sa réalité<sup>360</sup>.

En ce sens, la Convention de New York est une convention faible non seulement du point de vue des préoccupations communes du développement durable, mais aussi du point de vue du droit international traditionnel qui tente de régler les rapports entre États souverains et l'étendue de leur pouvoir discrétionnaire, dans la mesure où il est douteux qu'elle contribue véritablement à résoudre des conflits comme ceux du Proche-Orient ou du Gange par exemple : « On voit mal comment cet instrument pourrait devenir pleinement effectif sans un mécanisme de règlement contraignant : et c'est d'un mécanisme juridictionnel qu'il devrait s'agir [...] »<sup>361</sup>

Les conséquences de l'absence de mécanismes efficaces de mise en œuvre et de contrôle sont évidentes et dramatiques dans certaines parties du monde, comme au Proche-Orient<sup>362</sup>, puisqu'elles aboutissent à l'épuisement des ressources par des prélèvements dépassant les capacités de recharge. L'incapacité de considérer l'eau d'un point de vue écosystémique n'est pas indépendante de l'incapacité à inscrire des principes utiles à la résolution des conflits autour de cette ressource vitale.

Si la procédure d'enquête pouvant être demandée par une seule partie constitue clairement un développement progressif du droit international<sup>363</sup>, tendant à limiter le pouvoir discrétionnaire des États, il reste nettement insuffisant et, pour l'heure, les rapports de force demeureront sans nul doute le déterminant principal de l'issue des conflits qui n'ont pu être résolus par les négociations de bonne foi entre les parties.

Ayant clarifié les principes devant s'appliquer, il restait à préciser des conditions de mise en œuvre effective de ces principes, ce que la Convention ne pouvait prévoir en l'absence d'une réelle volonté, largement partagée, de la part des États.

360. A. Fenet, *loc. cit.*, p. 97.

361. L. Caflisch « Réglementation des utilisations des cours d'eau internationaux », dans S.M.A. Salman et L. Boisson de Chazournes, *op. cit.*, p. 796.

362. V. Peugeot (1998). « L'eau, patrimoine commun », *Transversales Science Culture*, n° 54, p. 12, ainsi que les analyses de Green Cross International. On peut aussi penser au conflit sur le Tigre et l'Euphrate où les pays ne se sentent pas liés en l'absence de mécanismes contraignants. Voir K. Freeman (2000). *Water Politics and National Security in the Tigris-Euphrates River Basin*, Ph. D. Thesis, Political Science, University of Alabama, p. 196.

363. E. Hey, « The Watercourses Convention... », *loc. cit.*, p. 297.

### 2.3.4. L'application des principes de la Convention à un cas extrême : Israël-Palestine.

Les controverses et les critiques à l'égard de la Convention de New York, autant que son potentiel, peuvent être analysés à travers un exemple, le plus complexe et le plus alarmant, soit celui du Proche-Orient et spécifiquement du conflit israélo-palestinien autour des ressources en eau. Un tel exercice nous renseigne sur les potentialités et les limites des principes de la Convention de New York, et du droit international en cette matière, s'agissant de garantir la paix conformément aux principes de justice. En effet, certains soutiennent qu'au-delà des obstacles posés par le volontarisme inhérent aux traités : « *For those watercourse States that voted against the Convention, or that are not party to watercourse agreements, the weight of the growing consensus of the international community of States will carry persuasive force*<sup>364</sup>. »

Il importe de préciser, d'entrée de jeu, que si la situation israélo-palestinienne représente un exercice utile puisqu'il s'agit probablement d'une des problématiques les plus complexes sinon la plus complexe et explosive à l'heure actuelle, elle doit cependant être examinée selon le principe « toutes choses étant réglées par ailleurs » car de nombreux éléments de ce conflit interfèrent dans l'application du principe de l'utilisation équitable et de ses facteurs de détermination, interférences dont il faut dans une certaine mesure faire abstraction.

Si la clé d'une coopération réussie est l'acceptation de l'interdépendance entre les riverains<sup>365</sup>, l'immense écart dans les rapports de puissance entre Israël et la Palestine tue cette possibilité puisque le premier a de fait pris le pouvoir absolu sur les ressources en eau de la région<sup>366</sup>. Le rapport de force, qu'il soit économique, technologique, militaire, renforcé par l'attitude de la communauté internationale, est beaucoup trop inégal pour que l'interdépendance puisse être consentie par Israël<sup>367</sup>, et la coopération, considérée comme essentielle à l'atteinte du principe de l'utilisation équitable, ne peut s'établir que sur la base de l'égalité des parties.

364. G.W. Sherk, P. Wouters, S. Rochford, *loc. cit.*

365. E. Benvenisti, *loc. cit.*, p. 392.

366. Les Territoires assurent 25% des besoins israéliens en eau. G. Baskin et N. Khatib (2001). « Si le bon sens surnageait... », dans « Grands fleuves : du conflit au partage », *Le Courrier de l'UNESCO*, octobre.

367. N. Kliot (1995). « Building a Legal Regime for the Jordan-Yarmouk River System : Lessons from other International Rivers », dans G. H. Blake, W.J. Hildesley, M.A. Pratt, R.J. Ridley et C.H. Schofield (dir.), *The Peaceful Management of Transboundary Resources*, Londres/Dordrecht/Boston, Granham & Trotman/Nijhoff, p. 189.

Par ailleurs, un certain nombre d'éléments caractérisant ce conflit ont ou peuvent avoir une incidence directe ou indirecte sur la problématique des ressources en eau. Ainsi, la question des colonies qui disposent de sources d'eau qui ne sont pas internationales<sup>368</sup> ; la question de la détermination des territoires et frontières réciproques ; la question du droit au retour des réfugiés<sup>369</sup> ; etc.

Une autre considération, relative à la Convention de New York celle-là, mérite d'être précisée. Entre Israël et la Palestine, les eaux souterraines représentent la source principale d'eaux contestées<sup>370</sup>, et la Convention exclut de son application les nappes souterraines confinées<sup>371</sup>. Les nappes en cause sont-elles confinées ou reliées ? Dans l'état actuel des connaissances hydrogéologiques, les deux positions peuvent être soutenues<sup>372</sup>. Pour les fins de l'analyse, nous considérerons abstraitement que les principes de la Convention s'appliquent.

Ces éléments spécifiques une fois précisés, il est possible d'analyser la situation des ressources en eau partagées entre Israël et la Palestine à partir des principes de la Convention de New York, spécialement du principe de l'utilisation équitable et raisonnable<sup>373</sup>.

Signalons tout d'abord le contrôle de l'information par les autorités israéliennes<sup>374</sup>, qui la considèrent comme relevant de la sécurité nationale, où l'on voit le danger de l'article 31 ; même les scientifiques internationaux doivent travailler avec circonspection vu le monopole exercé sur les données<sup>375</sup>. Le point de départ est donc fragile et le seul

368. Une des trois nappes phréatiques concernées, l'aquifère oriental, est endogène à la Palestine et non transfrontalière. « En y installant des pompes après 1967, Israël a enfreint le droit international sur l'occupation militaire. » ; G. Baskin et N. Khatib, *loc. cit.* La nappe aquifère de Gaza est aussi endogène : S.S. Elmusa (1995). « Dividing Common Water Resources According to International Water Law : The Case of the Palestinian-Israeli Waters », *NRJ*, vol. 35, p. 230.

369. Rés. 194 III de l'Assemblée générale de l'ONU du 11 décembre 1948 et plusieurs autres depuis. L'application ou non du droit de retour aura une incidence importante sur l'évaluation des besoins socioéconomiques (facteur *b*) et la population tributaire (facteur *c*), article 6 de la Convention.

370. S.S. Elmusa, *loc. cit.*, p. 230.

371. K.P. Scanlan (1996). « The International Law Commission's First Ten Draft Articles on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses : Do They Adequately Address All the Major Issues of Water Usage in the Middle East ? », *Fordham Int'l L. J.*, juin, p. 2223 et suivantes. Voir aussi Annuaire de la CDI (1994). *Resolution on Confined Transboundary Groundwater*, vol. 2, pt. 2, p. 135.

372. Les liens entre elles et leur ruissellement dans la vallée du Jourdain pourraient permettre de soutenir qu'elles font partie du bassin du Jourdain. En outre, elles sont alimentées en partie par les « wadi », en surface.

373. Nous nous appuyons ici principalement sur deux auteurs qui ont tenté cette application : S.S. Elmusa, *loc. cit.*, p. 221-242 et K.P. Scanlan, *loc. cit.*, p. 2180-2229.

374. N. Kliot, *loc. cit.*, p. 191.

375. S.S. Elmusa, *loc. cit.*, p. 226.

aspect du règlement des conflits qui puisse être entrepris à la demande d'une seule partie, celui de l'enquête<sup>376</sup> devient lui-même inopérant ici. En préalable à toute application des principes de la Convention, il y aurait donc lieu que les parties acceptent la formation d'un comité indépendant d'experts afin de déterminer la nature des ressources en jeu et les caractéristiques pertinentes<sup>377</sup>.

Du point de vue du droit international, dans l'hypothèse où la Convention de New York représente effectivement l'état actuel de ce champ du droit, ni la position israélienne de la priorité aux utilisations existantes<sup>378</sup> qui leur garantit 80 à 90 % des ressources communes – d'autant que ces usages existants n'ont jamais fait l'objet de notification ni de consultation avec les coriverains<sup>379</sup> –, ni la position palestinienne de la réallocation selon les données hydrologiques qui inverserait la proportion dans le même ratio approximativement en leur faveur, ne sont soutenables. En effet, il est reconnu que les différents facteurs pertinents doivent tous être pris en compte et « évalués » pour parvenir à une allocation équitable des usages de la ressource.

Prenant en considération cinq facteurs<sup>380</sup> de la doctrine de l'utilisation équitable que l'on retrouve tant dans les règles d'Helsinki que dans le projet de la CDI et dans le projet de traité de Bellagio au sujet des eaux souterraines<sup>381</sup> – les attributs naturels des sources d'eau<sup>382</sup> (prétention palestinienne)<sup>383</sup>; les usages existants<sup>384</sup> (prétention israélienne); les besoins économiques et sociaux<sup>385</sup>; les ressources alternatives et leurs coûts comparés<sup>386</sup>; l'évitement/mitigation de dommages appréciables<sup>387</sup> –, il s'agit d'évaluer la portée de ces différents facteurs, en considération, également, de l'article 10(2) de la Convention de

376. Article 33, paragraphe 7, particulièrement.

377. M.R. Lowi (1993). « Bridging the Divided », *International Security*, vol. 18, n° 1, p. 136.

378. Il est à noter que la Banque mondiale a donné à plusieurs reprises une portée à cette revendication, en refusant de financer des projets auxquels Israël s'opposait. En l'absence de financement, dans les faits, le statu quo et la priorité aux usages existants sont maintenus.

379. S.S. Elmusa, *loc. cit.*, p. 235.

380. *Ibid.*

381. R.D Hayton et A.E. Utton (1989). « Transboundary Groundwaters : The Bellagio Draft Treaty », *NRJ*, vol. 29, n° 3, p. 669.

382. Convention de New York, article 6(1)a).

383. Dans la mesure où seulement 5 % des aires de recharge des deux nappes conjointes sont situées en Israël. M.R. Lowi, *loc. cit.*, p. 121.

384. Convention, article 6(1)e).

385. Convention, article 6(1)b).

386. Convention, article 6(1)g).

387. Convention, article 7 ; on peut aussi considérer l'article 6(1)d) à ce titre : S.S. Elmusa, *loc. cit.*, p. 233.

New York qui s'applique « en cas de conflit entre des utilisations ». Notons qu'ici ne sont pas considérés deux des facteurs énumérés à l'article 6 de la Convention, en l'espèce celui de la population tributaire<sup>388</sup>, ajouté dans la version de 1994, et celui de la conservation et protection<sup>389</sup>.

Du point de vue de ce dernier facteur, la présence de l'utilisation équitable, dans ce cas d'espèce, soulève avec acuité le problème des besoins des écosystèmes<sup>390</sup>; si même au plan environnemental, l'interdiction de causer des dommages appréciables est soumise au principe de l'utilisation équitable, il est à se demander quelle interprétation donner au fait que déjà en l'état, l'usage des ressources en eau dépasse largement la capacité de recharge du cycle hydrologique dans cette région<sup>391</sup>.

*An informal group of two Palestinian and two Israeli water experts has developed a water distribution plan based on principles of international water law. The working group gives absolute priority to the minimal water needs of people for survival [...] Only when these are satisfied, are the other needs for water considered. The minimum water requirement is 125 m<sup>3</sup> per person per year, whereby a symbolic amount of 25 m<sup>3</sup> is included for cultivation of fresh vegetables. [...] Based on this minimum water requirement and the expected growth in population, the total minimum water requirement will rise from 875 million m<sup>3</sup> in 1992 to 1 875 million de m<sup>3</sup> in 2023. For the Palestinians and the Israelis, there is, however, only 1 500 million m<sup>3</sup> available from renewable resources<sup>392</sup>.*

D'ailleurs, au titre de la balance entre dommages appréciables et utilisation équitable, il faut aussi considérer la salinisation de l'eau à Gaza, nettement supérieure aux normes de l'OMS, ainsi que la pollution par les nitrates, qui ont de fait des conséquences sur la santé humaine<sup>393</sup>. Les commentaires de la Convention<sup>394</sup> précisent en effet que les usages qui sont nocifs pour la santé humaine ne sauraient être considérés équitables et raisonnables.

388. Convention, article 6(1)c). Qui recoupe en partie les besoins économiques et sociaux.

389. Convention, article 6(1)f) ; facteur qui se révèle crucial dans cette région où les usages de l'eau ne sont déjà pas « soutenables » mais qui aurait demandé une analyse particulière. Il aurait fallu alors pousser l'analyse jusqu'à la remise en cause du caractère équitable de certains usages existants.

390. Selon M.R. Lowi, *loc. cit.*, p. 118 ; depuis le milieu des années 1970, la consommation d'eau douce en Israël dépasse le seuil de soutenabilité.

391. *Water for Peace in the Middle East and Southern Africa* (2000). Genève, Green Cross Int'l, mars.

392. H. Donkers, « Fresh Water as a Source of International Conflicts : The Water Conflicts Between Israël, Jordan and the Palestinians » dans E.H.P. Brans *et al.*, *op. cit.*, p. 153-154.

393. *Water for Peace in the Middle East and Southern Africa*, *op. cit.*

394. Paragr. 14, commentaire relatif à l'article 7, *Rapport de la CDI sur les travaux de sa 46<sup>e</sup> session*, *op. cit.*

Enfin, au regard de l'article 10(2) et de la priorité accordée aux besoins humains de base, il faut noter que la fourniture domestique d'eau est intermittente dans presque tous les villages de la Cisjordanie et de Gaza et que plusieurs villages ne reçoivent pas l'eau courante<sup>395</sup>.

On sait par ailleurs qu'Israël, lors des débats, faisait partie des États favorisant la primauté du principe de l'interdiction de dommages appréciables et aurait souhaité, concernant le sens à donner à l'article 10(2), limiter l'interprétation des besoins de base pour en exclure l'agriculture de survivance. Or, c'est dans l'agriculture que le fossé entre Israéliens et Palestiniens apparaît le plus important<sup>396</sup>.

Mis à part les usages existants, tous les autres facteurs penchent en faveur d'une réallocation vers les Palestiniens<sup>397</sup> : qu'il s'agisse de l'estimation des besoins socioéconomiques sur la base de la population<sup>398</sup>, sur les besoins agricoles de base ou sur celle du degré de développement. Du point de vue des ressources alternatives, à la fois l'accès physique – nappe salée du Néguev et importance du front de mer –, la disponibilité des technologies et les ressources financières nécessaires (PNB 25 fois plus élevé et per capita 6 fois plus élevé), rendent l'alternative du dessalement plus accessible en Israël qu'en Palestine<sup>399</sup>.

Qui plus est, l'analyse des dommages causés à Israël dans le cadre d'une telle réallocation montre que ceux-ci, dans certains cas, ne pourraient être qualifiés d'appréciables ou de significatifs. Ainsi de l'impact sur l'agriculture ; le fait de réduire l'irrigation en Israël de moitié, selon certaines estimations, n'affecterait le PNB que de 1 % approximativement ; par ailleurs, tenant compte qu'un accord puisse ouvrir les marchés des technologies de dessalement du Moyen-Orient, cette perte minime serait largement compensée<sup>400</sup>. Dans d'autres cas, les compensations et mitigations pourraient même être avantageuses à long terme, notamment du point de vue d'un développement économique alternatif, par exemple, le développement de marchés potentiels dans les

395. S.S. Elmusa, *loc. cit.*, p. 231.

396. *Ibid.*, p. 232.

397. H. Donkers, *loc. cit.*, p. 151 et suivantes, effectue une analyse similaire sur la considération de 11 facteurs. Son interprétation est plus nuancée, mais va dans le même sens.

398. En Cisjordanie, 218 villages, où habitent 200 000 personnes, ne sont pas raccordés à un réseau d'eau, selon un rapport de B'Tselem, *Centre israélien des droits de l'homme dans les Territoires occupés*, de juillet 2001 ; cité dans « Grands fleuves : du conflit au partage » (2001). *Le Courrier de l'UNESCO*, octobre. Sans même de projection future donc.

399. S.S. Elmusa, *loc. cit.*, p. 237-238.

400. S.S. Elmusa, *loc. cit.*, p. 240. Vu le monopole israélien exercé sur les données, il fonde lui-même son analyse sur les données de centres israéliens de recherche.

technologies de dessalement auprès des pays arabes qui pourraient être plus ouverts à un tel commerce si le conflit israélo-palestinien était réglé. Par ailleurs, dans la mesure où les besoins palestiniens ne s'ajusteraient pas à cette nouvelle disponibilité du jour au lendemain, des mesures transitoires pourraient être prises afin qu'ils vendent leur surplus à Israël, en diminution graduelle, pour lui permettre une transformation progressive de ses infrastructures. Il est certain que l'attitude de la communauté internationale et l'orientation de son soutien peut jouer un grand rôle pour « valoriser » une telle réorientation.

Ce que nous apprend cette étude de cas, c'est que malgré la pertinence des principes de fond – l'utilisation équitable et raisonnable – ceux-ci demeurent rhétoriques puisque les conditions procédurales nécessaires à leur mise en œuvre sont insuffisantes. Nous nous rallions à la thèse de C. Delaunay<sup>401</sup>, selon laquelle l'équité du partage ne peut être atteinte que par voie d'accord ou, en l'absence d'accord, par l'intervention d'un tiers.

Dans le cas d'un rapport de force aussi inégal que celui présenté ici, on pourrait même se demander si l'équité peut effectivement être atteinte par la voie de la négociation<sup>402</sup>. Les accords entre Israël et la Jordanie de 1994 pour une utilisation « équitable » des eaux du Jourdain renforcent cette appréhension sur deux plans. D'abord, sont-ils véritablement « équitables » au sens de la Convention de New York, puisque essentiellement, ils protègent les utilisations antérieures d'Israël et imposent à la Jordanie de « trouver d'autres sources d'approvisionnement », ce dernier pays devant prélever sa part dans le bas Jourdain, où la salinité est très élevée<sup>403</sup>; puisque, aussi, aucun droit d'utilisation du Jourdain n'est prévu pour la Palestine, qui sera riveraine, *in fine*. Ensuite, les termes du traité ne sont pas respectés par Israël quant aux livraisons d'eau qu'il doit fournir à la Jordanie et aucun mécanisme n'est prévu qui permette d'exiger une mise en œuvre effective de ces engagements.

D'une telle analyse, on peut conclure en premier lieu que l'application du principe de l'utilisation équitable et raisonnable pourrait apporter une solution conforme aux principes de justice, mais en l'absence de mécanisme juridictionnel obligatoire, tous les beaux principes et même leur efficacité théorique, demeurent sans portée réelle et sans utilité quant au règlement pacifique des différends. Dans ce cas

---

401. *Op. cit.*, p. 210 et suivantes.

402. M.R. Lowi, *loc. cit.*, soutient la nécessité d'un mécanisme supranational dans cette région, p. 137.

403. K.P. Scanlan, *loc. cit.*, p. 2222.

d'école, les parties ont d'ailleurs admis la pertinence des principes de l'utilisation équitable et de la gestion commune dans la Déclaration d'Oslo<sup>404</sup>, sans jamais respecter ces principes.

Il nous faut cependant aussi conclure, en second lieu, que les principes intégrés à la Convention de New York, même s'ils étaient appliqués effectivement, ne pourraient résoudre les différents aspects de la problématique de l'eau dans cette région du monde. Particulièrement, excluant les eaux souterraines confinées, la Convention n'apporte pas de réponse au plan d'une gestion écosystémique globale dans une région où les ressources en eau manquent<sup>405</sup>. Force est de reconnaître qu'effectivement cette Convention ne contribuera que bien peu à la résolution des conflits les plus aigus.

### 2.3.5. L'affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros<sup>406</sup>

En 1997, la Cour de justice internationale a rendu un jugement dans une affaire portant sur les ressources en eau. Cette cause récente présente un intérêt particulier pour plusieurs raisons. D'une part, malgré une résistance marquée des États à recourir à une tierce partie en cas de conflit autour des ressources en eau<sup>407</sup>, la Hongrie et la Slovaquie décident de porter en 1993 leur différend devant la Cour internationale de justice. Ce sera le premier cas depuis l'affaire du lac Lanoux en 1957 qui concerne les ressources en eau internationales et la décision, rendue après l'adoption de la Convention de New York par l'Assemblée générale, représente l'interprétation de l'état du droit international en la matière la plus à jour<sup>408</sup>. D'autre part, pour la première fois un État invoque devant la Cour internationale de justice un état de « nécessité écologique » pour mettre fin à ses obligations en vertu d'un traité, ouvrant ainsi la possibilité pour la Cour d'évaluer la place réelle, en droit international, de la protection de l'environnement et des ressources. Enfin, bien que la Cour n'ait pris cet aspect en compte en aucune manière<sup>409</sup>, ce cas recèle une dimension de droits humains semblable à bien des controverses autour de grands barrages, étant donné les conflits

404. S.S. Elmusa, *loc. cit.*, p. 234.

405. K.P. Scanlan, *loc. cit.*, p. 2223-2225.

406. *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, *op. cit.*

407. P.K. Wouters, « An Assessment of Recent Developments... », *loc. cit.*, p. 429.

408. P.C. De Castro (1997). « The Judgment in the *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project*: Positive Signs for the Evolution of International Water Law », *Y. Int'l Env'l L.*, vol. 8, n° 21, p. 25.

409. J. Sohnle, *op. cit.*, p. 409, note 71.

ethniques présents dans la région visée<sup>410</sup>, et cela en plein cœur de l'Europe<sup>411</sup>. Seule l'opinion séparée du vice-président Weeramantry prendra en compte explicitement cette dimension des droits humains, sans référer toutefois aux tensions ethniques<sup>412</sup>.

En substance, il s'agit d'un différend entre la Slovaquie et la Hongrie autour de l'application d'un traité de 1977 par lequel les deux pays s'engageaient à développer le potentiel hydroélectrique d'une portion du Danube. À partir de 1989, la Hongrie invoque des arguments écologiques pour mettre fin à ses propres travaux; la Slovaquie réagit en mettant en opération une solution alternative à la suite de quoi la Hongrie répudiera formellement le traité. La Slovaquie et la Hongrie soumettent le différend qui les oppose au sujet des aménagements sur le Danube à la Cour de justice internationale dans les termes suivants<sup>413</sup>: la Hongrie était-elle en droit de suspendre, puis d'abandonner, en 1989, les travaux relatifs aux projets de Nagymaros et Gabčíkovo; la Slovaquie était-elle en droit de recourir à la « solution provisoire », la « Variante C », et de la mettre en service; quels sont les effets juridiques de la notification, le 19 mai 1992, de la dénonciation du traité par la Hongrie<sup>414</sup>?

Le jugement représente un excellent exemple de cet exercice d'équilibre des intérêts que suppose l'application du principe d'utilisation équitable et raisonnable puisqu'il s'agit de trouver un moyen terme, un espace de réconciliation entre, d'un côté, les besoins importants de la Slovaquie en énergie hydroélectrique et, de l'autre, les conséquences environnementales dommageables pour le territoire hongrois<sup>415</sup>.

Du point de vue de la préservation des ressources en eau, cette jurisprudence est importante tant au plan théorique que dans son application au cas d'espèce, puisqu'elle consacre le caractère évolutif des dispositions de protection de l'environnement, « supposées intégrer l'ensemble du droit international de l'environnement dans son

410. Une forte minorité hongroise occupe le territoire inondé ou affecté par le barrage de Gabčíkovo, certains villages ayant même été isolés du reste de la Slovaquie par la mise en eau. I.L. Bostian (1998). « Flushing the Danube: The World Court's Decision Concerning the Gabčíkovo Dam », *Colorado J. of Int'l Env'l L. & P.*, vol. 9, p. 412.

411. *Ibid.*, p. 413. Le premier ministre slovaque aurait même affirmé que les Hongrois de Slovaquie devraient être retournés en Hongrie.

412. *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros*, *op. cit.*

413. *Special Agreement for Submission to the International Court of Justice of the Differences Between the Republic of Hungary and the Slovak Republic Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project* (1993). 32 I.L.M. 1293.

414. J. Sohnle (1998). « Irruption du droit de l'environnement dans la jurisprudence de la CIJ: l'affaire Gabčíkovo-Nagymaros », *RGDIP*, vol. 1, p. 89.

415. Selon J. Sohnle, *op. cit.*, p. 253, c'est entre économie et écologie que se situe l'exercice d'équilibre.

expression la plus actuelle<sup>416</sup> ». La Cour constate en effet l'existence dans le traité d'une « obligation continue, et donc nécessairement évolutive, de maintenir la qualité de l'eau du Danube et de protéger la nature » (paragr. 140,2), qui pourrait s'appliquer dans de nombreux autres cas.

Du point de vue du droit des cours d'eau internationaux, l'invocation par la Cour de la Convention de New York, adoptée quelques mois plus tôt, constitue un solide appui quant à l'autorité du contenu de cet instrument dans ce champ du droit international<sup>417</sup> : « La Cour a donc admis implicitement qu'il s'agissait d'un véritable instrument de codification transformant en traité des règles coutumières de droit international déjà existant (paragr. 147)<sup>418</sup> ».

Dans son arrêt, la Cour a insisté sur le principe de l'utilisation équitable et raisonnable<sup>419</sup>, ce qui, depuis, fait pencher la balance, dans la controverse entre les deux principes de l'utilisation équitable ou de l'interdiction de dommages significatifs, en faveur de la prépondérance du premier, selon certains<sup>420</sup>. Pourtant, la Cour a aussi manifesté une attitude très ferme à l'égard du principe interdisant de causer un dommage appréciable à l'environnement d'un autre État dont elle affirme le caractère de droit positif (paragr. 53). La Cour ne semble pas considérer qu'il y a contradiction entre ces deux principes mais plutôt usages contradictoires par les États des ressources en eau concernées. On peut accorder quelque crédit à l'interprétation du renforcement de la prépondérance de l'utilisation équitable puisque c'est sur la base de ce principe que la condamnation de la Slovaquie sera fondée et non sur un constat de dommages<sup>421</sup> : « En présence de violations croisées, la Cour fait prévaloir le droit de la Hongrie à une part équitable des ressources en eau du Danube [...] »<sup>422</sup>.

Mais certains considèrent que la Cour a manqué là l'occasion de répondre adéquatement à l'incertitude quant au caractère coutumier de l'utilisation équitable, évitant de justifier le caractère fondamental

416. J. Sohnle, *loc. cit.*, p. 98.

417. S.C. McCaffrey, *The Law of International Watercourses...*, *op. cit.*, p. 193.

418. A.-C. Kiss et J.-P. Beurier (2000). *Droit international de l'environnement*, Paris, Pedone, p. 214.

419. Au paragraphe 78, elle affirme le *droit fondamental* de la Hongrie à une telle *part équitable et raisonnable du cours d'eau international*. Elle réaffirme le principe au paragraphe 150.

420. S.C. McCaffrey, dans S.M.A. Salman et L. Boisson de Chazournes, *op. cit.*, p. 29.

421. Opinion partagée par J. Sohnle, *loc. cit.*, p.113, et A. Nollkaemper, *op. cit.*, p. 64 et suivantes.

422. J. Sohnle, *loc. cit.*, p. 105 ; paragr. 85 de l'arrêt.

qu'elle lui accorde<sup>423</sup> : « [...] il ne saurait s'ensuivre que la Hongrie aurait perdu son droit fondamental à une part équitable et raisonnable des ressources d'un cours d'eau international. » (paragr. 78).

De même, malgré la reconnaissance par la Cour de l'impact sérieux et continu au plan écologique pour les riverains de *Szigetköz* (paragr. 85 et 140), elle n'a pas procédé à une évaluation extensive et n'a donc pas évalué si ces conséquences constituaient effectivement une violation du droit international<sup>424</sup>. Une telle analyse aurait pourtant été utile pour clarifier la toujours controversée relation entre les principes d'utilisation équitable, d'une part, et d'interdiction de dommages appréciables, d'autre part.

Par ailleurs, si la Cour a déclaré que l'adoption de la Convention de New York a « renforcé » le « principe de la communauté d'intérêts » dans ce domaine (paragr. 85), appliqué cette fois et pour la première fois clairement aux utilisations autres que la navigation, on peut se demander jusqu'à quel point la Convention ne serait pas plus « conservatrice » que la coutume, puisque aucune des normes relevant de la théorie de la communauté d'intérêts qu'on y trouve ne revêt de caractère obligatoire<sup>425</sup>.

*The Court referred to general principles of international law and stated: « Modern development of international law has strengthened the principle expressed in the River Oder case that 'the community of interest' in a navigable river becomes the basis of a common legal interest for non-navigational uses of international watercourses<sup>426</sup>. »*

Du point de vue de sa portée générale, ce jugement a confirmé les principes cardinaux de l'utilisation équitable et raisonnable et la place du droit de l'environnement parmi les règles reconnues du droit international public<sup>427</sup>, sans toutefois reconnaître l'existence de normes impératives du droit international de l'environnement<sup>428</sup>. Du point de vue procédural, la Cour semble estimer que l'obligation d'étude d'impact environnemental est une règle qui existe bel et bien<sup>429</sup> et, et qui plus est,

423. A. Koe, *loc. cit.*, p. 626.

424. S. Stec et G.E. Eckstein (1998). « Of Solemn Oaths and Obligations : The Environmental Impact of the ICJ's Decision in the *Case Concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project* », *Yrbk. of Int'l Env't'l L.*, vol. 8.

425. Voir *supra* et S.C. McCaffrey, *The Law of International Watercourses...*, *op. cit.*

426. G.W. Sherk, P. Wouters, S. Rochford, *loc. cit.*

427. P.J. Sands, « Les cours d'eau, l'environnement et la Cour internationale de justice : l'Affaire Gabcikovo-Nagymaros », dans S.M.A. Salman et L. Boisson de Chazournes, *op. cit.*, p. 109.

428. J. Sohnle, *op. cit.*, p. 56.

429. Paragr. 112,5 et 140, où elle prescrit un tel examen nouveau sur la base des normes et connaissances actuelles.

que « de nouvelles normes du droit de l'environnement, récemment apparues, sont pertinentes pour l'exécution du traité » (paragr. 112). La Cour reconnaît la propension à évoluer des aspects liés à la protection de l'environnement (paragr. 134) et suggère que les projets à long terme doivent s'adapter à l'évolution des normes environnementales (paragr. 140). On doit par ailleurs noter qu'il n'apparaît dans ce jugement nulle reconnaissance d'un principe de remise en état écologique<sup>430</sup> en ce qui concerne la réparation<sup>431</sup>.

Au-delà de cette reconnaissance de principes, on peut s'interroger sur la portée réelle de ce jugement en ce qui concerne la protection de l'environnement et des ressources en eau, particulièrement du point de vue de la fragilité des ressources en eau souterraines, bien que la Cour réitère le principe de l'utilisation inoffensive du territoire en matière environnementale, qu'elle avait énoncé dans un avis antérieur désormais célèbre :

L'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir. L'obligation générale qu'ont les États de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres États ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale fait maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement<sup>432</sup>.

En effet, parmi les risques relevés par la Hongrie se trouve celui d'une détérioration des eaux souterraines à long terme, notamment de l'aquifère *Szigetköz*<sup>433</sup>, mettant en cause la qualité de l'approvisionnement en eau potable pour la région de Budapest. Sachant que la Convention de New York prévoit à son article 10(2) qu'en cas de conflit les usages domestiques devraient prévaloir, d'une part, et que, d'autre part la fragilité plus grande et le caractère souvent irréversible des dommages dans le cas des nappes souterraines sont largement reconnus, la conclusion de la Cour laisse sceptique sur le poids relatif de l'impératif de préservation par rapport aux exigences du développement. La Cour ne retiendra pas ce risque au titre d'un danger grave et imminent fondant un état de « nécessité écologique » :

*The Court thus endorsed the stability of treaty regimes and the need to work within them to address perceived problems resulting from their implementation. Its holding on this point also suggests that it will be very difficult, if not impossible as a practical matter, for a state to rely upon the state of necessity*

430. A.-C. Kiss (1989). *Droit international de l'environnement*, Paris, Pedone, p. 106.

431. J. Sohnle, *loc. cit.*, p. 106.

432. Paragr. 53. (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, CIJ Recueil 1996, p. 241-242, paragr. 29.)

433. I.L. Bostian, *loc. cit.*, p. 415.

*doctrine to preclude the wrongfulness of breaches committed because of the fear of threats to groundwater. Such threats often take long periods of time to materialize and thus would generally not be regarded as being « imminent » under the Court's analysis*<sup>434</sup>.

Dans la mesure où c'est sur la base de la protection de l'environnement que la Hongrie a suspendu puis dénoncé le traité, on pouvait s'attendre à ce que la Cour se prononce sur le fond de cet argument. Pourtant, malgré une somme importante d'informations et de rapports d'experts, la Cour a décidé qu'elle n'avait pas à établir la validité respective de ces expertises pour porter son jugement, en même temps qu'elle détermine, dans celui-ci, que les évidences scientifiques n'étaient pas suffisantes pour justifier la répudiation du traité par la Hongrie : « Elle conclut toutefois que, [...] il ne lui est pas nécessaire, pour répondre aux questions qui lui ont été posées dans le compromis, de déterminer lequel de ces points de vue est scientifiquement le plus solide » (paragr. 54,5).

La Hongrie devait répondre à plusieurs conditions, selon la Cour : elle poursuivait un intérêt essentiel de l'État ; le danger était grave et imminent ; la répudiation du traité était la seule possibilité de protéger cet intérêt essentiel ; l'abandon du traité ne mettait pas en cause un intérêt essentiel de l'autre État et, finalement, la Hongrie ne devait pas avoir contribué à cet état de nécessité (paragr. 51-52). Reconnaisant que le maintien de l'équilibre écologique peut représenter un intérêt essentiel de l'État, la Cour statue cependant que la Hongrie n'a pas respecté les conditions énumérées. La Cour a toutefois convenu qu'il existait bien un principe de « nécessité écologique » (paragr. 51-53), même s'il ne s'appliquait pas en l'espèce (paragr. 53,1).

On peut s'interroger sur le choix de la Cour à cet égard, de ne pas évaluer le poids relatif des différentes études scientifiques, dans un contexte où, précisément, l'imminence du risque ne lui paraissait pas démontrée<sup>435</sup>. En exigeant que le péril soit « grave et imminent », la Cour donne une interprétation pour le moins restrictive au principe de précaution :

Mais il ne saurait y avoir d'état de nécessité sans un « péril » dûment avéré au moment pertinent ; la seule appréhension d'un « péril » possible ne saurait à cet égard suffire... L'« imminence » est synonyme d'« immédiateté » ou de « proximité » et dépasse de loin le concept d'« éventualité »... Cela n'exclut pas, de l'avis de la Cour, qu'un « péril » qui s'inscrirait dans le long terme puisse être tenu pour « imminent » dès lors qu'il serait établi, au moment considéré, que la réalisation de ce péril, pour lointaine qu'elle soit, n'en serait pas moins **certaine et inévitable**. (paragr. 54)

434. S.C. McCaffrey, *The Law of International Watercourses...*, op. cit., p. 191.

435. A. Koe, loc. cit., p. 616.

En fait, la Cour n'a pas consacré le principe de précaution<sup>436</sup>, invoqué pour la première fois devant elle<sup>437</sup>, même si elle reconnaît que « dans le domaine de la protection de l'environnement, la vigilance et la prévention s'imposent en raison du caractère souvent irréversible des dommages causés à l'environnement et des limites inhérentes au mécanisme même de réparation de ce type de dommages » (paragr. 140,3).

Le raisonnement de la Cour voulant que la Hongrie ait la possibilité, à l'intérieur du traité, de répondre à ses préoccupations environnementales<sup>438</sup>, suppose qu'une fois un traité signé, il y aurait possibilité de mitiger les effets environnementaux, mais pas de renoncer à un projet de développement dans l'éventualité où ses impacts environnementaux seraient perçus comme trop néfastes : « Le traité de 1977 – et en particulier ses articles 15, 19 et 20 – offrait en effet aux parties les moyens nécessaires pour procéder à tout moment, par voie de négociation, aux réajustements requis entre impératifs économiques et impératifs écologiques » (paragr. 103).

En ce sens, bien que la Cour évoque, plutôt vaguement, le concept de développement durable (paragr. 140,4) pour la première fois<sup>439</sup>, c'est seulement en tant qu'élément d'une balance des intérêts entre développement (Slovaquie) et environnement (Hongrie) dans une perspective critiquée après Rio<sup>440</sup>, en tant qu'une valeur ou un objectif parmi d'autres que les parties ont à prendre en compte dans leurs décisions<sup>441</sup> :

*Related to the issue of standing and conceiving sustainable development as an obligation erga omnes, a question that remains unresolved by the Gabcikovo-Nagymaros Case is whether an activity can be acceptable if it is equitable as between two parties in a bilateral context and yet unsustainable? <sup>442</sup>*

Pour l'avenir, le jugement de la Cour a placé une exigence de justification très élevée pour la préservation de l'environnement, en exigeant qu'un *péril imminent* soit démontré, à l'encontre du principe de précaution et de la réalité des effets à long terme de nombreux développements, où les risques ne peuvent être clairement établis qu'une fois qu'ils sont devenus irréversibles<sup>443</sup>. On peut donc légitimement se demander, à la suite de ce jugement, si le principe de précaution a

436. P.J. Sands (1997), dans S.M.A. Salman et L. Boisson de Chazournes (1997), *op. cit.*, p. 107.

437. J. Sohnle, *loc. cit.*, p. 111.

438. Référant aux articles 15, 19 et 20 du traité de 1977.

439. S. Stec et G.E. Eckstein, *loc. cit.*, p. 41.

440. Notamment M. Pallemarts (1995). « La conférence de Rio : grandeur ou décadence du droit international de l'environnement ? », *RBDI*, vol. 28, n° 1, p. 223.

441. A. Koe, *loc. cit.*, p. 623.

442. *Ibid.*, p. 627.

443. I.L. Bostian, *loc. cit.*, p. 425.

véritablement valeur de principe de droit international général comme certains le soutiennent. Ce jugement contribue peu à nourrir une hiérarchie juridique fondée sur l'existence de normes impératives. C'est ce qui justifie d'ailleurs en bonne partie l'opinion dissidente du juge Herczegh à ce propos :

Prétendre que la suspension des travaux du barrage de Nagymaros n'était pas justifiée par l'état de nécessité, le péril n'étant pas imminent, c'est signifier en réalité que la Hongrie aurait dû achever le barrage et attendre que les puits filtrants sur berge de l'île de Szentendre s'épuisent à cause de l'érosion du lit du fleuve et que l'approvisionnement en eau potable de la capitale hongroise soit remis en cause de manière cruciale. La Cour, en jugeant l'affaire, aurait dû tenir compte des dommages qui se seraient produits si la partie en question n'avait pas pris les mesures nécessaires pour les écarter. Les États sont sous le coup d'une obligation de prévention, et pas seulement de réparation<sup>444</sup>.

Malgré certains aspects positifs de ce jugement eu égard aux considérations environnementales<sup>445</sup>, il reste que les opportunités manquées semblent les plus significatives :

*The Court had the opportunity to balance two interests – each of which involved an intrusion upon sovereignty – first, the interest in enforceable rules of conduct guiding relations among nations and, second, the interest in protecting the common heritage of mankind against ill-conceived development. In addition, the ICJ had the chance to elaborate on the development of international law concerning shared natural resources. Most importantly, perhaps, the Court had the opportunity to apply an emerging principle of international environmental law – the precautionary principle – in order to make the proponent responsible for the ecological justification of large-scale investments [...] The judgment, however, is likely more significant for the questions that it failed to answer and for the opportunities that it missed in advancing international environmental law<sup>446</sup>.*

On retiendra que, malheureusement, c'est dans une opinion séparée que le juge Weeramantry soutient, sur la base d'une revue des principes présents dans différentes civilisations, que le premier principe du droit moderne de l'environnement est celui de « *trusteeship of the earth's land resources*<sup>447</sup>. » Contrairement aux jugements rendus en matière de délimitations maritimes, où la Cour a « contribué à réduire l'indétermination de la norme<sup>448</sup> », elle a largement maintenu ici cette indétermination, renvoyant dos à dos les parties au conflit pour l'établissement de l'utilisation équitable autant que pour la détermination du niveau de protection environnemental requis.

444. *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, *op. cit.*

445. « Water Update : Hungary-Slovakia and the Gabčíkovo-Nagymaros Project » (1998) p. 260.

446. S. Stec et G.E. Eckstein, *loc. cit.*, p. 41.

447. *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, *op. cit.*

448. M. Chemillier-Gendreau (2002). *Droit international et démocratie mondiale : les raisons d'un échec*, Paris, Textuel, p. 58.

Par ailleurs, plus près de nous, dans une affaire de délimitation de frontière entre la Namibie et le Botswana, entendue elle aussi après l'adoption de la Convention de New York, au-delà de la détermination de souveraineté sur une île contestée, la Cour internationale de justice précisera que les ressortissants de l'État voisin doivent être traités selon les mêmes conditions que les nationaux dans l'usage de l'île et des eaux concernés par le litige, donnant ainsi un contenu concret à l'idée de partage<sup>449</sup>.

## CONCLUSION

### L'affirmation agressive de la souveraineté et les difficultés de codification du droit international des cours d'eau

*Le droit fluvial est précisément là pour montrer à quel point il est difficile d'aller contre les souverainetés*<sup>450</sup>.

Il n'y a pas lieu d'être optimiste au vu des positions extrêmes parfois défendues par les États dans les situations de conflit autour des ressources en eau internationales<sup>451</sup>. Bien que ni la doctrine Harmon de la souveraineté absolue, ni la doctrine de l'intégrité territoriale absolue n'aient trouvé d'appui significatif en principe dans la communauté internationale, il reste clair que dans presque toutes les situations conflictuelles, les États concernés se campent sur des positions souvent extrêmes, ne tenant compte que de leur propre intérêt. Or, il est rare que de tels conflits soient tranchés effectivement par le droit, les États étant réticents, on l'a vu, à porter les disputes autour des ressources en eau devant le jugement d'un tiers. Dans un tel contexte, nul doute que les règles n'évoluent que très lentement, puisque les concessions à l'équité ne semblent admises que du bout des lèvres.

« Lorsqu'un problème d'attribution d'espaces ou de ressources se pose, il peut être résolu, soit par une démarche collective et concertée dans un esprit de partage, soit par une série d'appropriations unilatérales juridiquement fondées sur la souveraineté<sup>452</sup>. » La Convention de New York, de même que les règles coutumières sur lesquelles elle s'appuie, ressortissent largement de cette seconde logique même si l'introduction

449. *Affaire de Kasikili/Sedudu, Namibie/Botswana* (1999) 13 décembre.

450. H. Ruiz Fabri, *loc. cit.*, p. 821.

451. C.B. Bourne, « The International Law Commission's Draft Articles... », *loc. cit.*, p. 72.

452. C. Delaunay, *op. cit.*, p. 268.

du principe de l'utilisation équitable et raisonnable fait admettre au système classique une certaine « ingérence » dans l'exercice par l'État de sa souveraineté territoriale<sup>453</sup>.

Si la coutume, pour sa part, se situant au-delà du contractualisme, a l'avantage, une fois reconnue, de s'appliquer universellement, son évolution et son contenu sont aussi dépendants, dans une large mesure, de l'attitude des États qui hésitent à exprimer une *opinio juris* qui puisse les lier dans l'avenir dans un domaine aussi sensible que les ressources en eau. De plus, l'interprétation des tribunaux reste relativement conservatrice et bien que le jugement d'un tiers ait une importance primordiale dans la détermination de règles qui touchent à l'équité, la Cour va rarement aussi loin qu'elle le pourrait. Sa juridiction n'étant pas obligatoire, elle a tendance à vouloir satisfaire les parties, comme on l'a bien vu dans l'Affaire Gabčíkovo-Nagymaros.

Au total, on peut constater que tant le droit des traités que les règles de droit coutumier qui s'appliquent aux ressources en eau internationales sont relativement restreintes, et demeurent, surtout, dans le cadre traditionnel des règles de coexistence entre États souverains, à l'exception notable du droit à la vie qui pourrait enrichir significativement ce champ normatif. Si à certains moments les opinions individuelles émises ont tenté de faire évoluer le droit dans le sens d'un intérêt commun, particulièrement du point de vue de la préservation des ressources en eau et de la protection de l'environnement ; si certains ont même soutenu l'existence de règles *erga omnes* en ce domaine ou leur statut de *jus cogens*, au vu de la gravité des atteintes à l'environnement de la planète et de leur caractère souvent irréversible, ces tentatives demeurent sans grande portée.

Jusqu'à maintenant, faut-il le souligner, aucune source du droit international ne va plus loin que de considérer les ressources en eau comme une communauté d'intérêts des États riverains ; communauté d'intérêts elle-même difficilement admise dans la coutume pour l'heure, mais que certaines décisions judiciaires ont mis de l'avant.

*Commentators have recently advocated an expanded sharing principle – a « community of property » model which is premised on co-riparian cooperation. Under this model, the rivers and associated resources would be jointly managed without regard to international borders on the principle that all riparian states are entitled to equitable participation in the development of the resource. However, this more progressive vision does not yet reflect state practice. International water law remains a modest restraint on unilateral water resources development*<sup>454</sup>.

453. *Ibid.*, p. 270.

454. A.D. Tarlock, *loc. cit.*, p. 191-192.

Avec des réticences aussi marquées, même pour reconnaître une communauté d'intérêts pourtant évidente entre les riverains d'un bassin international, il va sans dire que nulle part l'intérêt commun de l'humanité n'a trouvé de place dans la formation des règles de droit<sup>455</sup>. On ne peut s'attendre, dans un tel contexte, à ce que les enjeux de l'eau soient examinés et des normes élaborées du point de vue de la préservation de l'environnement planétaire et des droits humains, qui déjà interpellent la souveraineté des États.

---

455. J.W. Dellapenna, « Treaties as Instruments... », *loc. cit.*, p. 35.

# Chapitre

# 3

## **Les apports, limités, du droit international de l'environnement à la préservation des ressources en eau**

Le droit international de l'environnement est-il véritablement un champ spécifique du droit international ? Plusieurs en sont convaincus, même si d'autres soutiennent le contraire. Qu'il en soit ou non un champ particulier ne change pas le fait que les instruments juridiques dont l'objectif est de protéger l'environnement planétaire ont comme caractéristique de tenter de dépasser les cadres habituels du droit international dans la mesure où le développement durable d'un monde interdépendant l'exige<sup>456</sup>.

Des concepts et des principes spécifiques ont émergé au fur et à mesure d'une conscience de plus en plus partagée du caractère global de certaines problématiques, essentiellement des concepts et principes

---

456. Il n'en va pas ainsi de l'ensemble du droit international de l'environnement. De nombreuses conventions restent dans les cadres traditionnels des rapports interétatiques et les velléités des États de maintenir ce cadre sont fortes. Voir S. Paquerot, *op. cit.*, 272 p.

juridiques adaptés à la réalité de l'interdépendance. Mais il s'agit à n'en pas douter d'un important changement de paradigme et celui-ci est loin d'être réalisé, tant au plan national qu'international<sup>457</sup>.

Encore imparfaitement défini au plan conceptuel, ce champ du droit international l'est tout autant dans son objet : de tentatives diverses pour apporter des solutions juridiques « à la pièce », protection des baleines ou des espèces menacées, il élargira peu à peu sa portée pour considérer plus globalement les ressources et la complexité de leurs relations. De la protection de la couche d'ozone à la considération de l'atmosphère et des changements climatiques, de la protection des espèces à la préservation de la biodiversité, de la protection des milieux humides à la lutte contre la désertification et la déforestation, son objet tend peu à peu à recouvrir la réalité de la biosphère et son champ conceptuel évolue en conséquence, bien que, nous l'avons souligné, avec beaucoup de réticences de la part des États.

De nombreuses études ont porté dans les vingt dernières années sur le droit international de l'environnement, dont les règles générales, en principe, devraient s'appliquer aux ressources en eau. Champ relativement nouveau du droit international, sa nature n'en est que plus complexe à cerner, et une analyse approfondie de ses normes et de leur statut dépasse largement notre propos. L'examen de la jurisprudence *Gabcikovo-Nagymaros*<sup>458</sup>, où la Cour internationale de justice a été appelée à se prononcer sur les obligations des États en matière de protection de l'environnement, a amplement illustré cet aspect.<sup>459</sup>

Paradoxalement, l'eau et le cycle hydrologique qui permet le maintien de la biosphère n'ont pas été intégrés juridiquement à ce champ spécifique :

*Water law has taken its cue from the multiple-use vision and has developed doctrines to support that paradigm. Thus, despite recent efforts to reform international water law in light of the global environmental movement, the protection of the ecological integrity of large river systems remains subordinate to the maximum exploitation of these systems*<sup>460</sup>.

457. V.P. Nanda (1992). « The Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses : Draft Articles on Protection and Preservation of Ecosystems, Harmful Conditions and Emergency Situations, and Protection of Water Installations », *Colorado J. of Int'l Env'l L. & P.*, 3, p. 178-179.

458. *Affaire relative au projet Gabcikovo-Nagymaros*, *op. cit.*

459. Le statut de principes comme celui de *précaution* ne fait pas l'objet de consensus à l'heure actuelle. Il est rarement inscrit dans les textes conventionnels. Il est reconnu de droit positif surtout en Europe. Certains principes plus spécifiquement liés aux cours d'eau, qui dépassent le problème de la pollution pour tenir compte des conséquences écosystémiques des grands projets tels que barrages, détournements ou prélèvements massifs, comme le principe du *maintien d'un débit écosystémique minimal*, ne sont pas non plus largement reconnus en dehors de l'Europe.

460. A.D. Tarlock, *loc. cit.*, p. 186.

L'eau douce, ressource tout aussi vitale que l'air, est considérée par le droit international à partir du concept traditionnel de la souveraineté sur les ressources naturelles, même limitée, et certains aspects spécifiques des problèmes qui lui sont liés à travers des conventions sectorielles, sans considération du cycle hydrologique et des interdépendances complexes qui existent. Pourtant, s'il est un domaine où les avancées conceptuelles du droit de l'environnement sont essentielles, c'est bien celui-là, si tant est que le droit international veuille apporter des réponses adéquates à la problématique complexe de l'eau<sup>461</sup>.

S'agissant de la protection des eaux au plan international, il y a lieu de se référer à la Déclaration de Stockholm pour sa formulation la plus explicite du point de vue de la protection générale de l'environnement<sup>462</sup>, déclaration dont les principes sont considérés par plusieurs aujourd'hui comme de *lex lata*<sup>463</sup>. On peut dire en substance que le principe 21 de cette déclaration résume et réitère le principe de l'utilisation inoffensive du territoire, du point de vue de la protection de l'environnement :

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<sup>464</sup>.

Toutefois, seule la recommandation 51 du plan d'action de Stockholm concerne les ressources en eau, et elle se borne à confirmer la doctrine de la souveraineté limitée<sup>465</sup>.

L'article 21 de la Convention de New York repose à l'évidence sur la conception la plus ancienne et la plus traditionnelle dans ce domaine, se préoccupant essentiellement de la pollution. Apparue peu à peu à travers la préservation des pêcheries puis la qualité des eaux du point de vue de la santé, pour devenir quasi généralisée<sup>466</sup>, elle se confond largement avec le principe de l'interdiction de dommages appréciables, en ce qui concerne l'ensemble des conséquences préjudiciables liées à

461. J. Brunnée et S.J. Toope (1997). « Environmental Security and Freshwater Resources : Ecosystem Regime Building », *AJIL*, vol. 91, n° 26, p. 42.

462. *Déclaration de Stockholm*, *op. cit.*

463. L. Caflisch, *Règles générales du droit des cours d'eau internationaux*, *op. cit.*, p. 169-172 ; S.C. McCaffrey, « Water, Water Everywhere... », *loc. cit.*, p. 328, signale son inclusion dans la Convention sur la désertification, largement ratifiée et dans les deux Conventions de Rio.

464. *Déclaration de Stockholm*, *op. cit.*, principe 21.

465. L. Caflisch, *Règles générales du droit des cours d'eau internationaux*, *op. cit.*, p. 171.

466. S.M. Schwebel, *Troisième rapport*, *op. cit.*, parag. 249-250.

la pollution des cours d'eau internationaux, y compris, à ce titre, les conséquences sur la santé humaine, spécifiquement mentionnées à l'article 21 (2).

L'utilisation inoffensive du territoire semble donc bien être le principe sur lequel se sont appuyés les États pour donner peu à peu une base juridique au contrôle de la pollution des cours d'eau internationaux<sup>467</sup>. Mais au-delà du strict contrôle de la pollution, parmi les dommages qui peuvent être causés au territoire d'un autre État du fait de l'utilisation d'un cours d'eau international se trouve aussi la catégorie des « dommages écologiques » qui ouvre la considération de la préservation plus générale des écosystèmes<sup>468</sup>, permettant de dépasser la distinction naguère acceptée entre pollution existante et pollution nouvelle<sup>469</sup>, dont les fondements se retrouvent aussi dans la Déclaration de Stockholm :

Les rejets de matières toxiques ou d'autres matières et les dégagements de chaleur en des quantités ou sous des concentrations telles que l'environnement ne puisse plus en neutraliser les effets doivent être interrompus de façon à éviter que les écosystèmes subissent des dommages graves ou irréversibles...<sup>470</sup>

Pourtant, malgré l'évolution des dernières décennies, la réponse à la question de savoir si une pollution dommageable est par définition inéquitable, ou est de toutes manières interdite, ne ressortit pas de la coutume ou des règles générales. Seule la pollution massive est clairement proscrite parce qu'elle ne peut pas être équitable<sup>471</sup> : « [...] la pollution, dès lors qu'elle atteint un certain seuil, n'appartient plus au domaine du principe de l'utilisation équitable<sup>472</sup> ». Cette ambiguïté explique probablement que le rapporteur McCaffrey ait proposé que l'interdiction de polluer soit stricte dans la Convention de New York<sup>473</sup>.

La notion de dommage appréciable est, de même, une notion aléatoire. Les querelles terminologiques le montrent. On peut les gommer pour ne retenir que l'idée que le dommage doit avoir une certaine importance. Mais cela ne réduit pas vraiment la subjectivité de l'appréciation non seulement quant à l'ampleur du dommage mais aussi quant à sa nature<sup>474</sup>.

467. J.G. Lammers (1984). *Pollution of International Watercourses: A Search for Substantive Rules and Principles of Law*, Dordrecht, M. Nijhoff Pub., p. 166 et suivantes.

468. L'obligation de protéger et préserver les écosystèmes est prévue à l'article 20.

469. S.M. Schwebel, *Troisième rapport*, *op. cit.*, paragr. 264-268.

470. *Déclaration de Stockholm*, *op. cit.*, principe 6.

471. Selon L. Cafilisch, dans son cours à l'Académie quelques années avant que ces débats ne se corsent à la 6<sup>e</sup> commission : *Règles générales du droit des cours d'eau internationaux*, *op. cit.*, p. 218.

472. C. Delaunay, *op. cit.*, p. 246.

473. *Quatrième rapport*, *op. cit.*, p. 13, se référant à la session d'Athènes de l'IDI.

474. H. Ruiz Fabri, *loc. cit.*, p. 836.

Ce caractère aléatoire est d'autant plus problématique que les dommages à l'environnement n'ont été considérés pour eux-mêmes que récemment et sont souvent difficiles à évaluer : que vaut la disparition d'une espèce ? Que représente en termes d'appréciation, l'assèchement d'un marais ? Les dommages économiques restent au centre de l'attention même si l'on commence à accorder une certaine importance aux dommages écologiques *in se*. L'impossibilité de remise en l'état, dans bien des cas de dommages écologiques, additionnée à la difficulté d'évaluer le dommage, rendent aléatoire la capacité de mettre en œuvre la responsabilité internationale.

[...] il est certainement prématuré d'en déduire que le dommage écologique est aujourd'hui reconnu comme un dommage dont l'indemnisation peut être valablement demandée, au même titre que celle du dommage matériel. Il manque et la pratique des États et l'*opinio juris* nécessaires à la formation des règles coutumières. Jusqu'à présent, les dommages causés à la nature n'ont été pris en considération que dans la mesure où il s'agissait de préjudices patrimoniaux, économiquement quantifiables<sup>475</sup>.

### 3.1. LA CONVENTION DE NEW YORK ET LE DROIT INTERNATIONAL DE L'ENVIRONNEMENT

Il convient d'abord de mentionner la différence entre les titres de la Convention de New York et de la Convention d'Helsinki sur laquelle nous reviendrons plus loin, la première portant sur les *utilisations* et la seconde sur la *protection* et les *utilisations*<sup>476</sup> : une telle différence n'est pas l'œuvre du hasard et se reflète dans les normes inscrites dans ces conventions.

En effet, il ressort clairement des débats à la CDI et à la 6<sup>e</sup> Commission que l'objectif de la Convention de New York vise la réglementation des utilisations et que les considérations d'environnement y demeurent marginales<sup>477</sup>. Bien que certains États aient cherché à en renforcer le contenu environnemental<sup>478</sup> en y intégrant notamment les concepts issus de Rio, et contrairement à ce qu'affirment certains auteurs<sup>479</sup>, la Convention de New York n'est pas une convention environnementale. L'eau n'est pas dotée d'un « instrument universel énonçant les grands

475. J.G. Polakiewicz, *loc. cit.*, p. 337.

476. *Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux* (1992). Helsinki, Commission économique des Nations Unies pour l'Europe, 17 mars, E/ECE/1267.

477. T. Nussbaum, *loc. cit.*, p. 49.

478. L. Caflisch, « La Convention du 21 mai 1997... », *loc. cit.*, p. 788.

479. A.-C. Kiss et J.-P. Beurier, *op. cit.*, p. 44.

principes devant la gouverner » et les principes majeurs du droit international de l'environnement qui se sont dégagés depuis Stockholm en sont absents<sup>480</sup> :

*International water law is a channel-based legal regime, as opposed to a watershed or ecosystem-based legal regime and this focus is inherently biased toward development and against ecosystem protection. The ILC rules apply to international watercourses, not river systems [...] Land use practices, such as clear cutting timber, effectively remain outside any international restraints*<sup>481</sup>.

On peut difficilement dire que la Convention de New York répond à cette caractéristique de fournir des concepts, des principes et des normes aptes à organiser l'interdépendance ; elle constitue plutôt un cadre pour éviter les conflits entre les États<sup>482</sup>. Ce constat ne signifie pas, cependant, que cette Convention ne contient aucune considération environnementale.

### 3.1.1. Une prise en compte partielle des principes environnementaux

Les différents rapporteurs ont accordé une attention particulière à la question de la protection des ressources en eau, conscients de la gravité du phénomène de pollution et de dégradation de cette ressource<sup>483</sup>. La protection de la ressource est considérée comme partie intégrante du principe d'utilisation équitable et raisonnable puisque « [S]elon l'article 5, pour être équitable et raisonnable, l'utilisation doit aussi être compatible avec les exigences d'une protection adéquate du cours d'eau contre la pollution ou d'autres formes de dégradation<sup>484</sup> ». Les exigences à l'égard de la préservation de la ressource sont ensuite précisées aux articles 20 à 23 de la Convention, particulièrement en termes de responsabilité individuelle de chaque État et de coopération entre eux, l'expression « séparément et s'il y a lieu conjointement » assurant là encore la prépondérance de la souveraineté.

L'article 20 tout d'abord, portant sur la protection et la préservation des écosystèmes, est inspiré de l'article 192 de la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*. La généralité de telles obligations soulève des

480. La CDI a considéré le principe de précaution comme implicite : Commentaire de l'article 20, paragr. 9. Nous émettons un sérieux doute vis-à-vis cette interprétation. Ce principe est loin d'être considéré par les États comme coutumier. Certains auteurs envisagent le principe de précaution comme une composante de l'obligation de prévenir les dommages : M. Kroes, *loc. cit.*, p. 91 et 97.

481. A.D. Tarlock, *loc. cit.*, p. 199.

482. E. Hey, « The Watercourses Convention... », *loc. cit.*, p. 291.

483. Particulièrement, S.M. Schwebel, *Troisième rapport, op. cit.*, et S.C. McCaffrey, *op. cit.*, p. 219-246.

484. S.C. McCaffrey dans M.A.S. Salman, *loc. cit.*, p. 21.

interrogations quant à leur utilité et à leur valeur. Elles inscrivent un objectif collectif mais ne confèrent aucune obligation précise<sup>485</sup>. Cet article ne contient aucune obligation de résultat, mais il a le mérite d'introduire le concept d'écosystème, ouvrant ainsi la porte à la considération globale des bassins hydrographiques.

L'article 21, quant à lui, porte plus spécifiquement sur la prévention, la réduction et la maîtrise de la pollution. La définition de la pollution au paragraphe 1, bien qu'elle n'ait pas fait l'objet de critiques majeures, a soulevé un certain nombre d'objections de la part de quelques experts, notamment en ce qu'elle comprendrait la « pollution » par réduction de débit au-delà de l'addition de polluants<sup>486</sup>. Cette interprétation apparaît cependant controversée, car d'autres auteurs estiment que le lien entre quantité et qualité n'est pas clairement établi à l'article 20<sup>487</sup>, ce qui rend problématique la préservation du débit pour les besoins des écosystèmes<sup>488</sup>.

Au-delà de ces controverses, il reste que si l'article 21 fait de la prévention, de la réduction et de la maîtrise de la pollution d'un cours d'eau international une obligation, les mesures et méthodes pour ce faire sont laissées largement à la discrétion des États. L'article 22, quant à lui, visant à prévenir l'introduction d'espèces étrangères, n'appelle aucun commentaire si ce n'est le fait qu'il reflète une préoccupation particulière qui aurait pu être comprise dans l'article précédent, en tant que forme spécifique de pollution.

L'article 23 enfin, porte sur la protection et la préservation du milieu marin. L'interdépendance écosystémique de l'eau n'est nulle part plus évidente que dans l'étroite relation entre les cours d'eau et les océans. Les discussions sur les aspects environnementaux à la CDI auront non seulement porté sur les principes applicables à la pollution des cours d'eau *in se*, mais mis également en lumière la nécessité de réitérer l'importance de la protection du milieu marin<sup>489</sup>. Dans la mesure où certaines études évaluent à près de 80 % la part de la pollution marine d'origine tellurique, et où les bassins hydrographiques y tiennent la plus grande part, il s'agit là à n'en pas douter d'un intérêt général de la

485. M. Kroes, *loc. cit.*, p. 91, ainsi que R.-J. Dupuy, D. Vignes et M. Bennouna (19985). *Traité du nouveau droit de la mer*, Paris, Economica, coll. « Droit international », p. 1230 et suivantes.

486. A.E. Utton (1992). « International Water Law and the International Law Commission : Articles 21 and 22 – Four Questions and Two Proposals », *Colorado J. of Int'l Env'l L. & P.*, Doman Colloquium, 3, p. 211.

487. V.P. Nanda, « The Law of Non-Navigational Uses of International Watercourses... », *loc. cit.*, p. 185.

488. A.D. Tarlock, *loc. cit.*, p. 200.

489. S.C. McCaffrey, *Quatrième rapport... op. cit.*

communauté internationale au-delà des rapports entre États riverains. Le libellé de l'article 23 se contente cependant de renvoyer aux « règles et normes internationales généralement acceptées ».

### 3.1.2. Des absences remarquées ; des modifications souhaitées

Le projet d'articles de la CDI ne correspondait pas à l'état d'avancement du droit international de l'environnement selon certains<sup>490</sup>, et plusieurs modifications ont été proposées pour pallier cette faiblesse, dont peu ont été retenues. Ainsi que le signale S.C. McCaffrey, « On ne peut donc dire que, si la Convention ne contient pas de dispositions plus énergiques sur l'environnement, c'est parce qu'on n'y a pas pensé pendant les négociations<sup>491</sup> ». Le refus de considérer des normes plus avancées dans ce domaine est clairement volontaire.

Au-delà des obligations qui lient déjà les États par leur caractère coutumier, on ne retrouve pas dans la Convention les normes et régulations propres au concept de développement durable<sup>492</sup>. Les propositions visant à introduire ce concept, ainsi que le principe de précaution ou la notion d'écosystème ont toutes été écartées<sup>493</sup>.

Le concept d'optimalité, pour sa part, utilisé à plusieurs endroits dans la Convention<sup>494</sup>, généralement en tant que finalité, aura été de ceux qui, du point de vue des préoccupations environnementales, auront soulevé la controverse. Si pour certains auteurs<sup>495</sup> le principe de l'utilisation optimale introduit la considération d'un intérêt supérieur à celui des États, « l'intérêt de la Communauté des riverains envisagée comme une unité, voire de l'Humanité », il reste que les tentatives de lui adjoindre le qualificatif de « durable » par les pays préoccupés de la faiblesse de la dimension environnementale de la Convention de New York n'auront pas été couronnées de succès, notamment au titre des objectifs généraux de la coopération à l'article 8, bien que son insertion à l'article 5, au titre des objectifs, ait été acceptée. Or, plusieurs délégations considéraient, dans les débats au sein du groupe de travail, que l'accent mis sur l'utilisation optimale supposait une plus grande préoccupation pour l'utilisation que pour la protection de la ressource<sup>496</sup>.

490. Hey, Fenet, Kroes, etc. Pour un point de vue opposé, voir Kiss et Beurier, qui considèrent que le droit international de l'eau est maintenant doté de la même pyramide que les autres secteurs du droit international de l'environnement.

491. S.C. McCaffrey, dans M.A.S. Salman, *loc. cit.*, p. 30.

492. E. Hey, « The Watercourses Convention... », *loc. cit.*, p. 292.

493. L. Cafilisch « La Convention du 21 mai 1997... », *loc. cit.*, p. 776.

494. Aux articles 5(1), 8(1) et 24(2)b).

495. Notamment C. Delaunay, *op. cit.*, p. 259.

496. T. Nussbaum, *loc. cit.*, p. 49.

L'inclusion de l'expression *utilisation optimale* aura aussi été perçue par certains comme une avancée, parce qu'un tel optimum ne peut être atteint que par une gestion intégrée; du point de vue des écosystèmes, il n'en va cependant pas de même :

*International water law is evolving to provide a possible framework to accommodate both river basin development and environmental management, but the existing framework continues to be premised on a management paradigm that promotes the « optimum » development of river systems<sup>497</sup>.*

Par ailleurs, la nécessité de l'obligation d'une étude d'impact, au moins dans le cas de grands projets tels que grands barrages, réservoirs ou captage, prélèvement (y compris d'eaux souterraines) ou diversion d'un volume important d'eau, a été soulignée même par certains pays<sup>498</sup> mais n'a pas été retenue<sup>499</sup>. On retrouve en fait à l'article 12 simplement la mention « ...y compris, le cas échéant, les résultats de l'étude d'impact sur l'environnement » sans aucun critère et sans obligation précise. S.C. McCaffrey interprète cependant les exigences procédurales quant aux mesures projetées comme incluant de fait la nécessité d'une étude d'impact : « il semble clair que, par la force des choses, elle suppose que l'État projetant les mesures effectue une évaluation d'impact environnemental afin de déterminer si les mesures en question sont susceptibles d'avoir des effets négatifs pour les autres États riverains<sup>500</sup> ». Le devoir d'informer semble pourtant incomplet et faible selon plusieurs<sup>501</sup>.

Au plan des articles visant la protection de l'environnement des cours d'eau internationaux, enfin, certains auraient souhaité un renforcement de la définition de la pollution afin de prendre en compte les risques, sur la base du principe de précaution :

*As the WCED Experts Group on Environmental Law explicitly stated in their proposed article 10, States are obligated to « prevent or abate any transboundary environmental interference or a **significant risk** thereof which causes substantial harm, » and in article 11 on liability for transboundary interference resulting from lawful activities, and as the 1982 UN Convention on the Law of the Sea explicitly States, **it seems desirable for the ILC to have included the risk of harm in the definition of pollution**<sup>502</sup>.*

497. A.D. Tarlock, *loc. cit.*, p. 182.

498. Notamment l'Afrique du Sud et les Pays-Bas : Annuaire de la CDI (1982). *Droit relatif aux utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation : réponses des gouvernements au questionnaire de la Commission*, Doc. A/CN.4/352 et Add.1, vol. II, 1<sup>re</sup> partie.

499. L. Cafilisch, « La Convention du 21 mai 1997... », *loc. cit.*, p. 785.

500. S.C. McCaffrey, dans M.A.S. Salman, *loc. cit.*, p. 26.

501. A.D. Tarlock, *loc. cit.*, p. 194.

502. V.P. Nanda, *loc. cit.*, p. 190. Les caractères gras sont de nous.

Si l'équilibre fut difficile à atteindre entre les intérêts des États d'amont et les intérêts des États d'aval en ce qui concerne les principes substantifs de l'utilisation équitable ou de l'interdiction de dommages significatifs, ici, il ressort clairement que ni la CDI, ni la 6<sup>e</sup> Commission n'ont voulu risquer de fragiliser l'appui de certains pays en développement pour qui le développement passe avant la protection de l'environnement. La présence des utilisations sur la protection ressentie par certains comme une faiblesse de la Convention correspondait en fait à leurs propres priorités. C'est pourquoi les réticences au renforcement des principes environnementaux vinrent en partie de ces pays, fondées notamment sur le principe de souveraineté sur les ressources naturelles – de la résolution de 1962<sup>503</sup> à la Déclaration de Rio<sup>504</sup>, pendant trente ans réitéré – et sur le droit au développement, auxquels certains voudraient octroyer le statut de *jus cogens*<sup>505</sup>. A contrario, ils ne reconnaissent pas de valeur juridique aux principes issus du droit international de l'environnement. Sur cette base, la priorité au développement comporterait des priorités d'usage de fait : « *Watercourse development, especially hydroelectric generation, is one of the best uses of a watercourse because it attracts vast sums of foreign development capital and generates vast sums of money from export of goods and services created therefrom*<sup>506</sup>. »

### 3.1.3. Les conséquences de la controverse utilisations équitables et dommages appréciables

Les rapporteurs successifs de la CDI ont tenté de dépasser la considération de la pollution à titre d'utilisation parmi d'autres<sup>507</sup> et d'inscrire plus globalement la protection et la préservation des écosystèmes à l'article 20, ainsi que l'obligation de prévenir, réduire et maîtriser la pollution à l'article 21. Bien que les principes ainsi énoncés demeurent vagues, il reste qu'ils ouvrent la possibilité de la considération de la pollution comme un dommage qui, contrairement aux autres, ne serait pas soumis au principe de l'utilisation équitable ou qui, vraisemblablement, ne pourrait être considéré comme équitable et raisonnable : « [...] il se dégage, en sus des droits et obligations que deux ou plusieurs

503. *Souveraineté permanente sur les ressources naturelles*, Rés. AG 1803, *op. cit.*

504. *Déclaration sur l'environnement et le développement* (1992), Rio, 13 juin, Doc. NU A/CONF. 151/5/Rev.1, principe 2.

505. S. Upadhye, *loc. cit.*, p. 68 ; il considère que dans la mesure où la souveraineté sur les ressources naturelles découle du droit au développement, ce principe serait aussi de *jus cogens*.

506. *Ibid.*, p. 89.

507. Point de vue adopté par l'ILA dans les Règles d'Helsinki, *op.cit.*, et réitéré dans les règles de Montréal, *op. cit.*

États peuvent définir et assumer vis-à-vis les uns des autres, un principe normatif qui érige la protection de l'environnement en obligation universelle<sup>508</sup>. »

Les deux derniers rapporteurs de la CDI, McCaffrey et Rosenstock, ont tous deux soutenu qu'un dommage significatif par la pollution ne pouvait être compatible avec le principe de l'utilisation équitable et raisonnable<sup>509</sup>. Clairement, l'objectif de la CDI, au regard du difficile équilibre entre utilisation équitable et interdiction de dommages significatifs, était de traiter la pollution et plus largement la protection de l'environnement, en dehors de cette controverse.

De plus, en ce qui concerne l'interprétation des dommages significatifs, selon le commentaire de la CDI relatif à l'article 7, une utilisation d'un cours d'eau causant un dommage appréciable à la santé ou à la sécurité humaine doit être comprise comme inéquitable et déraisonnable (paragr. 14). On peut comprendre cette interprétation comme une protection minimale étendue aux intérêts de l'humanité, présente et future<sup>510</sup>.

Selon certains analystes, en tout état de cause, la primauté de la règle d'interdiction de causer des dommages significatifs n'est absolument pas nécessaire à la protection de l'environnement. De leur point de vue, l'utilisation équitable offre toute la flexibilité nécessaire à une prise en compte des facteurs environnementaux puisque cette règle permet la prise en compte globale de tous les facteurs pertinents, y compris les risques à long terme ou cumulatifs, plus difficilement pris en compte dans le principe d'interdiction de dommages<sup>511</sup>.

Malgré tout, certains voient la prépondérance du principe de l'utilisation équitable et raisonnable comme un obstacle potentiel à la protection de l'environnement des cours d'eau :

De fait, il s'est instauré une hiérarchie entre les principes d'utilisation équitable et raisonnable et **sic utere tuo ut alienum non laedas**, le premier l'emportant sur le second en cas de conflit. Un tel choix signifie que les préoccupations économiques de la communauté internationale passent avant sa volonté de préserver l'environnement<sup>512</sup>.

508. S.M. Schwebel, *Troisième rapport...*, *op. cit.*, p. 150.

509. R. Rosenstock (rapporteur spécial), *Premier rapport sur le droit relatif aux utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation* (1993). Doc. A/CN.4/451, Annuaire de la CDI 1993, vol. II, 1<sup>re</sup> partie, paragraphe 25 (1993), plaide pour une présomption en ce sens.

510. M. Kroes, *loc. cit.*, p. 85. ; aussi C.B. Bourne, « Fresh Water as a Scarce Resource », *loc. cit.*, p. 400.

511. P.K. Wouters, « Allocation of Non-Navigational Uses ... », *loc. cit.*, p. 84-85 ; ainsi que M. Kroes, *loc. cit.*, p. 91.

512. P. El Fadl (1998). « Les conventions internationales sur l'eau », Congrès de Kaslik, Liban, p. 8. Cette interprétation est discutable, l'utilisation équitable étant aussi fondée sur *sic utere tuo ut alienum non laedas*.

Cette interprétation s'explique notamment par les fondements coutumiers de la protection de l'environnement en droit international. Il en est ainsi du principe 21 de la Déclaration de Stockholm cité plus haut, qui stipule l'interdiction de causer un dommage, sans le qualifier quant à l'ampleur, contrairement à la Convention de New York.

Dans cette optique, l'indétermination quant à la prépondérance relative des principes de l'utilisation équitable et de l'interdiction de causer un dommage significatif affaiblit la portée de la Convention dans la mesure où, déjà dans la résolution où elle demandait à la CDI d'examiner ce sujet, l'Assemblée générale semblait constater que les règles générales et la coutume ne suffisaient pas à régler les conflits<sup>513</sup>.

En effet, l'interdiction de dommages appréciables dans le cadre de la Convention de New York ayant été qualifiée par la CDI comme une obligation de « diligence due<sup>514</sup> », principe coutumier dégagé au XIX<sup>e</sup> siècle par la jurisprudence et se rattachant aux obligations généralement attendues d'un « bon gouvernement<sup>515</sup> », le caractère relatif et aléatoire de l'interdiction de pollution s'en trouve renforcé. Dans la mesure où la diligence due renvoie à ce qu'il est possible de faire en l'état des moyens raisonnables disponibles, ce critère semble éminemment adaptable au seuil de tolérance à la pollution, d'autant plus qu'« il ne semble pas que le standard international en vigueur demande d'une manière systématique l'emploi de la meilleure technologie disponible<sup>516</sup> ». Tant du point de vue des pays industrialisés qui tous polluent et dont la structure industrielle et le niveau de développement « incluent » en quelque sorte cette pollution, qui n'ont donc pas intérêt à abaisser le seuil de tolérance, que du point de vue des pays en développement, qui souvent ne disposent pas des meilleurs moyens techniques pour ce faire ou qui devraient renoncer à d'autres dépenses pour en disposer, le standard de diligence due ne semble pas suffisant au regard de l'objectif à atteindre.

En tout état de cause, la responsabilité de la pollution transfrontalière des eaux demeure au plan de la responsabilité pour fait illicite : « Bien qu'il existe de rares exemples, surtout conventionnels, de l'application d'un standard de responsabilité objective en matière

513. *Développement progressif et codification...*, A.G. Rés. 2669, *op. cit.* ; ainsi que : E. Hey, « The Watercourses Convention... », *loc. cit.*, p. 294 ; J.W. Dellapenna, « Treaties as Instruments... », *loc. cit.*, p. 33-42.

514. Commentaire art. 7, paragr. 2 ; *Rapport de la CDI sur les travaux de sa 46<sup>e</sup> session*, *op. cit.*, p. 257.

515. T. Majzoub, *op. cit.*, p. 165.

516. J.G. Polakiewicz, *loc. cit.*, p. 315.

de pollution fluviale, la pratique des États est trop fragmentaire et inconsistante pour qu'on puisse en déduire une règle coutumière à cet égard<sup>517</sup>. »

Cette considération des effets de la pollution au plan de la stricte responsabilité pour manquement à la diligence due ne peut fournir des réponses normatives adaptées au problème des effets cumulatifs de la pollution<sup>518</sup>, puisque chacun exerce sa vigilance à l'égard des activités sur son territoire : cumuls spatial et temporel ne font donc l'objet d'aucune norme effective.

Enfin, l'utilité relative de la norme coutumière d'usage inoffensif du territoire aux fins de préservation des ressources en eau et des écosystèmes apparaît aussi dans son caractère essentiellement « curatif », en l'absence d'application stricte d'un principe de précaution puisque : « Il n'est en effet nullement établi qu'il existe, en l'absence d'éventuelles obligations conventionnelles dans ce sens, un devoir général d'assujettir des mesures projetées à des études d'impact sur l'environnement<sup>519</sup>. »

L'ensemble de ces facteurs, à l'évidence, limite l'efficacité et l'utilité du principe coutumier d'utilisation inoffensive du territoire, en matière de protection des ressources en eau et de leurs écosystèmes et, comme nous l'avons vu à l'examen de la jurisprudence récente, ce principe ne fournit aucune réponse juridique à la confrontation développement/environnement, simplement reproduite dans la controverse utilisation équitable/dommage appréciable.

### 3.1.4. La fragilité spécifique des eaux souterraines : une faible prise en considération

S'il est assez clair que les principes de la Convention de New York s'appliquent aux eaux souterraines reliées aux eaux de surface, le flou demeure quant au degré de prise en compte de cette liaison. Ainsi, dans les cas évidents, où une nappe souterraine alimente directement, ou est alimentée directement, par un cours d'eau de surface, l'application des principes conventionnels ne porte guère à contentieux, puisqu'ils sont aussi largement coutumiers<sup>520</sup>. Par contre, dans de nombreux cas, les liens entre eaux de surface et eaux souterraines ne sont pas aussi clairs, notamment lorsque la nappe souterraine est alimentée

517. *Ibid.*, p. 301.

518. *Ibid.*, p. 331.

519. L. Caflisch, « La Convention du 21 mai 1997... », *loc. cit.*, p. 785.

520. Dans le cas par exemple d'un lien évident comme dans l'*Affaire Donauversinkung* où une nappe est alimentée par le Danube et alimente la Aach ; S.C. McCaffrey, « International Groundwater Law... », *loc. cit.*, p. 145.

par le ruissellement diffus d'un bassin de drainage plutôt que par l'écoulement direct d'un cours d'eau. Un certain nombre de cas, par ailleurs, ne sont pas couverts par la Convention lorsqu'il s'agit de nappes clairement confinées qui n'ont aucun lien avec le réseau de surface<sup>521</sup>. La doctrine, sans être unanime à ce propos, convient que, avec la résolution de la CDI concernant les nappes d'eau souterraines confinées<sup>522</sup>, d'une part, et les règles de Séoul, d'autre part, les normes juridiques dans ce domaine devraient suivre au minimum les règles s'appliquant aux eaux de surface. Certains cependant interrogent la pertinence de s'y limiter : « [...] *The different characteristics and behavior of groundwater would seem to justify stricter standards and more stringent protection than is applicable to surface water*<sup>523</sup>. »

Ces principes peuvent-ils être suffisants, en effet, étant donné la nature particulièrement fragile des eaux souterraines, pour garantir la préservation et la redistribution de cette ressource vitale qui représente, ne l'oublions pas, 97 % des réserves planétaires d'eau douce ? La nature et les caractéristiques des eaux souterraines les rapprochent plus des ressources non renouvelables que de la catégorie des ressources renouvelables, dans laquelle on range généralement les ressources en eau.

*It is conceivable to consider drawing a distinction between rechargeable aquifers on the one hand and non-rechargeable (or minimally rechargeable) aquifers on the other. [...] presumption that in the case of non, or minimally rechargeable aquifers any new extraction will in fact cause appreciable harm to other riparians*<sup>524</sup>.

La difficulté à intégrer la question des eaux souterraines à la Convention de New York découle en bonne partie du refus de considérer, à l'origine, le concept de bassin hydrographique. En effet, ce dernier concept permet de considérer l'ensemble des ressources en eaux d'un bassin versant, à quelque stade du cycle hydrologique qu'elles se trouvent. En ce sens, il aurait permis une meilleure prise en compte des eaux souterraines sur lesquelles les connaissances scientifiques sont encore à parfaire. La division relativement artificielle entre eaux souterraines confinées et eaux souterraines reliées en fait foi :

521. Même dans ces cas cependant, certains spécialistes considèrent que ce sont tout de même les eaux d'infiltration qui ont produit ces réservoirs, bien que ce soit parfois sur des centaines d'années.

522. *Resolution on Confined Transboundary Groundwater, op. cit.*

523. S.C. McCaffrey, « International Groundwater Law... », *loc. cit.*, p. 158.

524. D. Goldberg, « World Bank Policy on Projects on International Waterways in the Context of Emerging International Law and the Work of the International Law Commission », dans G.H. Blake *et al.*, *op. cit.*, p. 165.

*That language excludes certain important transnational groundwaters. When the Helsinki Rules were written understanding of what has come to be called the « underground environment » was quite inadequate in the minds of those drafting the « black letter » and the commentary. Since that time the comprehension of water-resources lawyers has advanced markedly. Surface streams contribute in the usual case to the recharge of aquifers (the equivalent of « lake » or « river » that is, the container or, here, the course in « watercourse »), not identified in Helsinki. There only the contribution of the aquifer to the surface body was envisioned. Underground waters may not, especially in arid zones, be interconnected with a surface stream or lake and yet be transnational, because the international boundary cuts through the aquifer; recharge may nonetheless occur from precipitation onto the surface, including from flash floods or snowmelt<sup>525</sup>.*

Au-delà du refus de considérer clairement les principes de la Convention applicables à toutes les eaux souterraines internationales, le refus du concept de bassin versant aura donc des conséquences significatives. En effet, ce concept s'appliquant à l'ensemble du bassin, de l'aire de drainage, y compris les sols, il était le plus apte à prendre en compte les spécificités de la pollution des eaux souterraines, particulièrement affectées par la pollution diffuse.

Dans les débats ayant entouré la rédaction de la Convention de New York, la question des eaux souterraines a été soulevée à plusieurs reprises. Si certains considéraient essentiel que le traité en préparation s'applique aussi à ces ressources en eau, d'autres souhaitaient limiter leur prise en compte aux eaux souterraines reliées aux réseaux de surface<sup>526</sup>. Cette dernière tendance l'emportera en définitive et la Convention ne s'appliquera pas à ce qu'il est convenu d'appeler les nappes captives. En conséquence de quoi, « *the utilization of "unrelated" groundwater is very much a field unregulated by international law*<sup>527</sup>. »

La CDI jugera toutefois bon de transmettre à l'Assemblée générale, avec le projet d'articles, une résolution portant sur les eaux souterraines. Elle y souligne que les eaux souterraines captives sont aussi une ressource naturelle d'importance vitale pour le soutien de la vie, de la santé et de l'intégrité des écosystèmes (préambule au paragr. 3) et recommande aux États de se conformer aux principes contenus dans le projet de Convention, en ce qui concerne les eaux souterraines transfrontalières (paragr. 1); elle recommande au paragraphe 2 de conclure des accords; et enfin, en cas de litige, que les États se conforment à l'article 33 du projet de Convention portant sur le règlement des différends (paragr. 3).

525. R.D. Hayton, « Observations on the International Law Commission's Draft Rules... », *loc. cit.*, p. 37.

526. X. Fuentes, « The Utilization of International... » *loc. cit.*, p. 178.

527. *Ibid.*, p. 198.

Selon certains auteurs pourtant, les développements récents du droit international font du principe de l'utilisation équitable et raisonnable et de l'interdiction de dommages appréciables des règles générales applicables aux eaux souterraines<sup>528</sup>. D'autres considèrent a contrario que les évidences de l'émergence d'une coutume, s'agissant des eaux souterraines confinées, sont plutôt faibles puisque seule la Convention d'Helsinki<sup>529</sup> ainsi que l'Accord entre la Chine et la Mongolie (1995) stipulent clairement l'application du principe de l'utilisation équitable et raisonnable aux ressources en eau souterraines transfrontalières<sup>530</sup>.

Certains pays s'opposèrent, lors de la présentation du projet de Convention à l'Assemblée générale, à toute inclusion des eaux souterraines<sup>531</sup>. Pour ces pays, le principe de l'utilisation équitable et raisonnable ne devrait pas s'appliquer à ces ressources, soumises au principe de souveraineté<sup>532</sup>. Mais dans la mesure où le nombre de pays s'étant opposé à l'inclusion des eaux souterraines reliées aux eaux de surface dans la Convention est relativement faible<sup>533</sup>, on peut considérer celle-ci comme « généralement acceptée » par la communauté internationale.

*The application of the principle of equitable apportionment to international groundwater has been a matter of controversy. The 1997 UN Convention includes in the notion of international watercourses groundwater which is related to surface watercourses.[...] However, in views of its exceptional character, it is not clear whether and in which particular form states will be prepared to apply the principle of equitable apportionment to natural resources other than the water resources of international watercourses. Today, it seems clear that states do not wish to rely on equitable apportionment for the distribution of the hydroelectric potential of international watercourses<sup>534</sup>.*

- 
528. J. Barberis, notamment, soutient ce point de vue dans « The Development of International Law of Transboundary Groundwater » (1991) *NRJ*, vol. 31, p. 69 et suivantes ; dans « Le régime juridique international des eaux souterraines » (1987) *AFDI* ; et dans *Le statut des eaux souterraines en droit international* (1987). Rome, FAO/Études législatives n° 40, p. 37 et suivantes.
529. Convention d'Helsinki, *op. cit.*. Nous reviendrons plus loin sur certains aspects de cette Convention.
530. X. Fuentes, « The Utilization of International Groundwater... », *loc. cit.*, p. 197.
531. Turquie, Pakistan, Rwanda : A. Schwabach, « The United Nations Convention... », *loc. cit.*, p. 266.
532. R.D. Hayton (1982). « The Law of International Aquifers », *NRJ*, vol. 22, p. 77.
533. On peut compter cinq pays en opposition à un titre ou un autre : soit dans leurs observations, UN DOC. A/51/275, 6 août 1996 ; soit au moment du vote.
534. X. Fuentes, « The Utilization of International Groundwater... », *loc. cit.*, p. 178. Les ressources biologiques sont exclues par une déclaration d'accord précisée au paragraphe 8 b) du rapport de la 6<sup>e</sup> Commission, Doc. A/51/869. Nous n'avons trouvé aucune indication pour fonder l'assertion à l'égard de l'hydroélectricité.

La prise en compte spécifique des eaux souterraines, y compris et surtout des nappes captives, est pourtant d'autant plus importante que leur capacité de recharge est faible<sup>535</sup>. Des prélèvements « inéquitables » risquent de causer des dommages irréversibles et l'impossibilité matérielle d'une utilisation équitable, à long terme. Même des prélèvements considérés « équitables » par les parties et mutuellement consentis pourraient d'ailleurs se révéler désastreux à long terme. Bien que l'incertitude scientifique concernant les eaux souterraines rende difficile l'établissement de règles spécifiques à certains égards<sup>536</sup>, il reste que le maintien de l'intégrité de ces écosystèmes complexes devrait servir de règle de base.

Au-delà, donc, de l'application des principes cristallisés par la Convention de New York, il y a lieu de s'interroger sur les règles spécifiques qui devraient s'appliquer aux eaux souterraines, ce que la doctrine a fait, tout en demeurant relativement frileuse, à notre avis, si l'on tient compte de l'importance des enjeux et de la gravité de la situation en plusieurs points du globe. On a vu que l'ILA s'est limitée, à toutes fins pratiques, à recommander l'application des règles d'Helsinki aux eaux souterraines. L'autre tentative, celle du projet de traité de Bellagio, est issue essentiellement, au départ, de la réflexion de certains spécialistes en vue de régler les eaux souterraines transfrontalières entre le Mexique et les États-Unis, tentative élargie dans un second temps, mais qui reste marquée par des préoccupations spécifiques à un cas d'espèce. Elle a cependant le mérite d'esquisser les contours de ce que pourrait être une réglementation internationale sur les eaux souterraines transfrontalières.

Comprenant 20 articles, le projet<sup>537</sup> reprend certains principes déjà prévus dans le droit international des cours d'eau, mais va plus loin sur certains aspects auxquels nous accorderons ici notre attention. Mentionnons d'entrée de jeu que les aspects procéduraux sont très détaillés, mais que, à propos du règlement des différends, ce projet n'apporte rien de nouveau.

Les deux idées principales sur lesquelles repose le projet d'articles, c'est, d'une part, le fait que l'objet des règles énoncées porte sur *l'environnement souterrain* et non seulement sur les eaux souterraines, et d'autre part, le caractère nécessaire et incontournable de la coopération institutionnelle dans le cas des eaux souterraines par opposition à son caractère souhaitable dans la Convention de New York. Ces deux idées fondatrices sont inscrites en préambule.

---

535. M.R. Sergent, *loc. cit.*, p. 304.

536. M. Crane (1991). « Diminishing Water Resources and International Law : U.S. – Mexico, A Case Study », *Cornell Int'l Law J.*, vol. 24, p. 299.

537. Voir R.D. Hayton et A.E. Utton, *loc. cit.*, p. 663-722, pour le projet de traité et les commentaires.

Plusieurs principes découlent de l'affirmation d'une communauté d'intérêts et de *responsabilités* (Art.II-1) dont, au premier chef, un accent beaucoup plus important mis sur le développement et la mise à jour d'une banque d'informations (Art. II-2), puisque l'utilisation optimale et la conservation en dépendent. Parmi les informations jugées pertinentes se trouve l'ensemble des activités qui peuvent affecter l'environnement souterrain, comme l'exploration minière ou pétrolière<sup>538</sup>. L'article V du projet de traité définit en détail les responsabilités de l'institution commune en matière d'informations, qui dépassent largement l'échange d'informations *aisément disponibles* de la Convention de New York.

L'article III établit les règles devant s'appliquer à l'institution commune. Si le projet d'article recommande une même institution pour la gestion des eaux de surface et des eaux souterraines afin de parvenir à une véritable gestion intégrée, il ne va cependant pas jusqu'à proposer une institution véritablement supranationale, de peur de se heurter à la souveraineté. Le commentaire le mentionne explicitement. Les articles concernant différentes procédures – notamment l'établissement de zones de conservation des eaux souterraines (Art. VII) ou de plans de gestion intégrée (Art. VIII) – indiquent bien qu'en dernier ressort, ce sont toujours les gouvernements qui décident. L'institution mise en place aurait cependant la responsabilité d'évaluer périodiquement les mesures prises par les États et ces derniers auraient l'obligation de produire des rapports périodiques sur les mesures prises en vue de protéger les ressources en eau souterraines (Art. IV).

Dans sa responsabilité de développer des plans de gestion intégrée, l'institution aurait l'obligation de se conformer, pour leur élaboration et l'allocation des ressources en eau souterraines qui en découle, aux facteurs pertinents établis par les règles d'Helsinki puis intégrés à la Convention de New York (Art. VIII-3). Elle aurait le mandat d'élaborer des plans pour combattre et prévenir la sécheresse, dont l'établissement de priorités<sup>539</sup>. Le seul mandat que cette institution pourra exercer sans référer a priori aux gouvernements concerne celui des urgences de santé publique (Art. IX).

L'institution commune aurait par ailleurs le mandat, si la situation l'impose, de développer un plan d'*épuiement*<sup>540</sup>. Par souci de réalisme, les experts ayant rédigé le projet de traité ont considéré que, dans certains cas, il n'existe pas d'alternative à cet épuiement et que dans de tels

538. *Ibid.*, Commentaire à l'article II.

539. Article XI : cet article est un exemple significatif du caractère « localisé » des préoccupations à l'origine de ce projet de traité ; dans le contentieux Mexique-États-Unis, la sécheresse joue un grand rôle.

540. Article X : *Planned Depletion*.

cas, il valait mieux un épuisement réglé, plutôt que laissé au hasard et aux rapports de force ! Si ce constat peut être vrai dans une certaine mesure et dans certains cas bien spécifiques, il reste que le souci du réalisme politique qui semble inspirer les auteurs nous instruit ici largement sur la nécessité d'une instance au-dessus des États parties dans de tels cas<sup>541</sup>. Les critères à partir desquels pourrait éventuellement être décidé l'épuisement programmé d'une nappe souterraine doivent à l'évidence relever du bien commun et dépasser la négociation contractuelle sur la base des intérêts particuliers des parties. L'eau étant une ressource vitale et non substituable, l'absence d'autre source d'approvisionnement pourrait en effet justifier une politique « d'épuisement programmé ». S'applique alors une logique propre aux ressources non renouvelables. À la différence de ces dernières cependant, du pétrole<sup>542</sup>, de l'or ou du charbon par exemple, le caractère vital et non substituable de l'eau interdit que cet épuisement programmé le soit selon les règles marchandes de l'offre et de la demande, fondées sur la réponse à une demande solvable. Il exige aussi que soient adéquatement pris en compte les intérêts des générations futures.

Ce texte, élaboré par plusieurs experts parmi les plus reconnus en la matière, illustre le fait que la doctrine est à la fois consciente des exigences spécifiques de la protection juridique des ressources en eau souterraines et consciente de l'importance du handicap posé par la souveraineté des États sur leurs ressources naturelles, pour l'élaboration de règles véritablement utiles en la matière. Bien que la CDI ait pris note, en 1998<sup>543</sup>, de l'identification de ce sujet comme possibilité dans son programme de travail à long terme, on ne peut espérer des avancées significatives dans le cadre actuel d'élaboration des normes internationales.

### 3.2. DES CONVENTIONS GÉNÉRALES PORTANT SUR DES ASPECTS SPÉCIFIQUES DE L'EAU

L'eau n'est pas qu'une ressource, on l'a dit. Elle constitue aussi un écosystème et un milieu, en plus d'être par la circulation de son cycle, un élément essentiel du maintien de l'ensemble des écosystèmes planétaires. Sa protection véritable supposerait donc la considération de la globalité de son cycle et de l'ensemble des écosystèmes qu'elle traverse<sup>544</sup>.

541. Le commentaire de l'article X est édifiant de ce point de vue puisque fondé sur l'expérience États-Unis-Mexique, zone de développement non viable par excellence !

542. Nous ne présumons pas ici du statut que devraient avoir les ressources pétrolifères, mais il reste qu'elles ne sont pas la seule source d'énergie et que la substitution est donc envisageable.

543. AGONU (1998). *Rapport de la CDI sur les travaux de sa 50<sup>e</sup> session*, paragr. 554, p. 218.

544. D.A. Caponera (1992). *Principles of Water Law and Administration*, Rotterdam, Balkema Publisher, p. 184.

Malgré cette compréhension au plan scientifique, la considération globale de l'hydrosphère n'a pas retenu l'attention du droit, au plan international<sup>545</sup>. À l'occasion de problématiques particulières, tout au plus, l'eau a été considérée par le droit international dans certaines de ses fonctions spécifiques, lorsque des problèmes étaient reconnus comme de nature internationale.

### 3.2.1. La Convention de Ramsar

La *Convention de Ramsar relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau*<sup>546</sup> est considérée comme une des premières tentatives de dépasser la préoccupation de protection d'espèces pour envisager de protéger leurs milieux de vie<sup>547</sup>. Balbutiement d'une considération écosystémique<sup>548</sup>, ce type d'approche pose la nécessité, pour protéger les espèces, de garantir l'intégrité de l'écosystème qui les supporte. L'eau, dans cette Convention, n'est donc ni considérée en elle-même, ni pour ses usages humains, mais comme milieu de vie.

Le caractère international de cette problématique ne tient pas, dans l'économie générale de la Convention, aux milieux mais aux espèces visées, puisqu'il s'agit d'oiseaux migrateurs. Ce sont ces derniers qui sont « considérés comme une ressource internationale<sup>549</sup> ». Il est ainsi précisé à l'article 2(3) de la Convention que « L'inscription d'une zone humide sur la Liste est faite sans préjudice des droits exclusifs de souveraineté de la Partie contractante sur le territoire de laquelle elle se trouve située ». Les Parties contractantes s'engagent par ailleurs, dans les cas où une zone humide ou un *bassin hydrographique* s'étend sur le territoire de plus d'un État, à se consulter, à l'article 5. Le fait que cette réaffirmation d'une norme internationale s'applique « sans préjudice de la souveraineté » illustre la contradiction quasi structurelle entre les deux termes de l'équation, c'est-à-dire la norme de souveraineté et le droit international, donc au-dessus de la souveraineté.

L'intérêt principal de cette Convention, eu égard à l'eau, réside essentiellement dans son préambule qui reconnaît « les fonctions écologiques fondamentales des zones humides en tant que régulateurs du

545. Il importe de souligner, bien qu'il s'agisse d'une convention régionale, que la *Convention de Genève sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance* (1979) prend pour la première fois en compte la circulation écosystémique à travers le cycle de l'évapotranspiration/précipitations.

546. (1971) 2 février, PMLB, 996 UNTS, 245, 246. Entrée en vigueur : 21 décembre, 1975.

547. C. De Klemm, « Le patrimoine naturel de l'humanité », *loc. cit.*

548. J. Sohnle, *op. cit.*, p. 23.

549. Préambule, paragr. 4.

régime des eaux...<sup>550</sup> ». Il reste cependant qu'elle ne prend en considération qu'un élément restreint du cycle hydrologique : « *Domestic and international legal regimes maintain a persistent but artificial separation of rivers from the flood plains and wetlands*<sup>551</sup>. »

### 3.2.2. La Convention sur le droit de la mer et la pollution marine d'origine tellurique

Bien que considérées séparément par le droit, l'eau douce et l'eau salée participent d'un seul et même cycle hydrologique. Cette globalité n'est pas posée explicitement dans la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*<sup>552</sup>, mais transparaît, au plan fonctionnel, dans la considération portée à la pollution du milieu marin d'origine tellurique ou atmosphérique.

Ainsi, l'article 194(3) précisera que les mesures prises pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin doivent « viser toutes les sources de pollution... », y compris : « a) l'évacuation de substances toxiques, nuisibles ou nocives, en particulier de substances non dégradables, à partir de sources telluriques, depuis ou à travers l'atmosphère ou par immersion ; ». La circulation de la pollution à travers l'ensemble du cycle hydrologique est clairement visée par cette obligation générale<sup>553</sup>, qui sera ensuite précisée pour chacune des sources<sup>554</sup>. L'article 207 crée l'obligation aux États de « prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin d'origine tellurique, y compris la pollution provenant des fleuves, rivières, estuaires [...] ». L'interdépendance entre les cours d'eau internationaux et le milieu marin ainsi reconnue, l'obligation générale de préservation de l'environnement des cours d'eau internationaux prend une dimension qui dépasse l'intérêt des seuls riverains pour s'étendre à la communauté internationale dans son ensemble. L'importance de la prise en compte de cette interdépendance sera d'ailleurs soulignée par les pays côtiers, qui la vivent concrètement<sup>555</sup>.

550. Préambule, paragr. 1.

551. A.D. Tarlock, *loc. cit.*, p. 199.

552. *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, Doc. NU A/CONF.62/122 corr. 1 à 11 (1982).

553. L'article 193 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer réaffirme toutefois le droit souverain des États d'exploiter leurs ressources naturelles.

554. Les obligations à l'égard de la pollution d'origine atmosphérique sont précisées à l'article 212.

555. R. Rahman, *loc. cit.*, p. 19.

Par ailleurs, dans sa forme, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer aura inspiré les orientations de la CDI à plusieurs égards, surtout dans la première période de ses travaux, où les rapporteurs pouvaient encore espérer la prise en compte de la nature et des caractéristiques de la ressource considérée<sup>556</sup>.

On sait que cette considération de la nature de l'eau et de ses réalités physiques sera en définitive réduite, mais les analogies avec le droit de la mer serviront tout de même à définir certains principes généraux de la Convention de New York. Ainsi, pour fonder la règle de l'utilisation équitable, les rapporteurs successifs se référeront largement aux affaires de délimitation de frontières maritimes<sup>557</sup>, arguant de l'analogie, « puisque dans tous les cas il s'agit de répartir des ressources naturelles entre deux ou plusieurs États<sup>558</sup> ».

Enfin, l'économie générale de la Partie XII<sup>559</sup> de la Convention sur le droit de la mer visant la protection et la préservation du milieu marin servira de modèle à la conception des articles destinés à la préservation de l'environnement des cours d'eau dans la Convention de New York. S.C. McCaffrey notamment s'y référera explicitement, la considérant comme un « modèle très utile »<sup>560</sup>. On note ainsi que l'article 20 de la Convention de New York est directement inspiré de l'article 192 de la Convention sur le droit de la mer, qui impose aux États une obligation générale de « protéger et préserver le milieu marin ».

### 3.2.3. La Convention sur la lutte contre la désertification

Issue du processus de Rio, bien que postérieure à cette grande conférence mondiale<sup>561</sup> qui aborda la problématique de la désertification dans le cadre de l'Agenda 21<sup>562</sup>, l'adoption d'une Convention internationale sur la lutte contre la désertification, intervint en juin 1994<sup>563</sup>. Elle est entrée en vigueur le 26 décembre 1996 après le dépôt du cinquantième instrument de ratification, condition prévue à l'article 36.

556. S.M. Schwebel, *Premier rapport...*, *op. cit.*, p. 154.

557. Particulièrement S.M. Schwebel, *Deuxième rapport*, *op. cit.*, et S.C. McCaffrey, *Deuxième rapport*, *op. cit.*

558. A. Fenet, *loc. cit.*, p. 97.

559. Articles 192-237.

560. S.C. McCaffrey, *quatrième rapport...*, *op. cit.*, p. 18.

561. Voir à ce sujet, M. Pallemarts, « La conférence de Rio... », *loc. cit.*, p. 219.

562. Action 21, chapitre 12, paragraphe 40. Doc. A/CONF.151/26 (Vol. II), p. 59-60.

563. *Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique* (1994) 17 juin, UN Treaty Series, vol. 1954, p. 3. Doc. A/AC.241/27 (12 septembre).

Parmi toutes celles qui touchent de près ou de loin aux ressources en eau, cette Convention est certainement celle qui prend le plus largement en compte les interdépendances écosystémiques dans la mesure où elle porte sur des phénomènes dynamiques – la désertification et la sécheresse – plutôt que sur des milieux spécifiques ou des fonctions particulières. Les ressources en eau ne sont pas l'objet de la Convention, la désertification n'étant pas un phénomène strictement lié au manque d'eau, bien qu'il s'agisse dans la plupart des cas d'un facteur aggravant. La précision, en titre, des deux phénomènes, désertification et sécheresse, met l'accent sur la distinction à opérer entre les deux. Souvent confondu avec les zones désertiques, le phénomène de la désertification touche particulièrement les zones de déforestation, où le couvert végétal ayant été rasé, rien ne protège plus les sols fragiles contre l'érosion, notamment au moment de pluies intenses. L'ensemble de cet instrument normatif repose toutefois implicitement et explicitement sur la considération des interrelations complexes entre l'air, l'eau, les sols et la biomasse. Elle pose comme moyen de lutter contre la désertification, « la remise en état, la conservation et une gestion durable des ressources en terres et en eau » (art. 2,2).

Elle reconnaît surtout implicitement les graves conséquences de l'inégale répartition des ressources planétaires en eau, en soulignant que les « zones arides, semi-arides et subhumides sèches<sup>564</sup> prises ensemble constituent une part importante de la surface émergée du globe, ainsi que l'habitat et la source de subsistance d'une grande partie de la population mondiale<sup>565</sup> ».

Cette Convention des Nations Unies, largement ratifiée<sup>566</sup>, ne comprend aucune norme s'appliquant spécifiquement aux ressources en eau, mais la reconnaissance, au préambule, d'une préoccupation commune à l'égard de la désertification et de la sécheresse représente la plus grande ouverture, dans un texte conventionnel, vers une considération de la problématique de l'eau au titre de telles préoccupations communes. Ainsi reconnaît-on, au second paragraphe du préambule, « [...] la vive préoccupation que suscitent dans la communauté internationale, y compris les États et les organisations internationales, les conséquences néfastes de la désertification et de la sécheresse ». Et, au paragraphe 4 que « [...] la désertification et la sécheresse constituent un problème de dimension mondiale [...] et qu'une action commune de la communauté internationale s'impose [...] ».

564. La qualification de ces zones est précisée à l'article 1 (g) en tant que zones où « les précipitations annuelles et l'évapotranspiration possible se situe dans une fourchette allant de 0,05 à 0,65 ».

565. Préambule, paragraphe 3.

566. Elle a donné lieu à 191 ratifications : site du secrétariat de la Convention mis à jour en août 2004.

### 3.3. LES LIMITES DE LA CONSIDÉRATION ÉCOSYSTÉMIQUE DE L'EAU

Les réactions et les évaluations quant au caractère novateur ou conservateur de la Convention de New York du point de vue de la protection de l'environnement ne sont pas unanimes. Pour les optimistes, « [...] ces développements ont consacré de nouveaux principes tels que celui de l'unité des eaux de surface et des eaux souterraines et celui de l'unité des bassins hydrographiques. En outre, la nécessité d'une gestion internationale des eaux partagées a été généralement reconnue<sup>567</sup> ».

Pourtant, les débats parfois orageux qui ont eu cours pendant plusieurs années autour de ces éléments démontrent précisément le contraire ; on veut bien croire que la définition du cours d'eau donné dans la Convention intègre les eaux souterraines, mais à la condition seulement qu'elles soient clairement liées au réseau de surface. Par ailleurs, non seulement la notion de bassin hydrographique n'a-t-elle pas été retenue, mais le compromis logique proposé par le rapporteur Schwebel, celui de réseau ou de système, n'a pas non plus tenu la route. Quant à la gestion internationale des eaux partagées, on sait que la notion de partage a été peu à peu éliminée de tous les aspects du projet. Tant à la CDI que du point de vue des États, le concept de ressource naturelle partagée a été considéré comme non avvenu et, pour ce qui est de la gestion internationale, on en reste aux recommandations. On pourrait, comme plusieurs experts, considérer que le grand nombre d'organismes créés pour gérer des bassins versants partagés reflète une « reconnaissance générale » de la nécessité d'une telle gestion internationale, mais il faudrait alors nuancer par le constat du grand nombre, parmi ces organismes, qui n'existent que sur papier et ne fonctionnent pratiquement pas<sup>568</sup>. Enfin, presque aucun des concepts élaborés à partir du corpus du droit international de l'environnement n'a été intégré véritablement à la Convention<sup>569</sup>.

Pour d'autres, il reste que la Convention représente un pas dans la bonne direction, notamment parce qu'elle intègre la notion d'écosystème et une approche préventive<sup>570</sup>.

---

567. A.-C. Kiss et J.-P. Beurier, *op. cit.*, p. 44.

568. Voir la préface de P. Wouters (dir.) (1997). *International Water Law: Selected Writings of Professor Charles B. Bourne*, Londres/The Hague/Boston, Kluwer Law International.

569. S.C. McCaffrey (1997). « The Coming Freshwater Crisis: International Legal and Institutional Responses », *Vermont L. R.*, vol. 21, p. 816.

570. V.P. Nanda, *loc. cit.*, p. 207.

### 3.3.1. La considération « parcellisée » de l'eau dans le droit international

Si, au départ, les rapporteurs de la CDI ont accordé une attention spéciale aux caractéristiques de l'eau et du cycle hydrologique afin de dégager des normes propres à appréhender cette ressource vitale dans sa complexité, leur travail sera rapidement ramené à des proportions plus modestes par les réticences des États.

Le concept de bassin versant ou de bassin de drainage, mis de l'avant dans le cadre des règles d'Helsinki, ne sera pas retenu, avec pour conséquence la considération de l'eau isolée de l'écosystème auquel elle appartient et avec lequel elle interagit<sup>571</sup>. « La considération globale du bassin, en effet, dévalorise la frontière et justifie l'application du concept de ressource naturelle partagée<sup>572</sup> », ce qu'ont refusé à l'évidence les États dans le processus d'élaboration de la Convention. Le texte voté en 1997 s'en tiendra au concept de cours d'eau international, malgré une définition qui tente d'en élargir quelque peu la portée<sup>573</sup>. Il va sans dire, dans un tel contexte, que les eaux atmosphériques, elles non plus, ne sont pas prises en considération ici.

Pourtant, la considération du cycle hydrologique dans toute sa complexité, d'une part<sup>574</sup>, et la considération de la problématique humaine de l'eau, d'autre part<sup>575</sup>, auraient commandé au moins une prise en compte globale des eaux souterraines, d'autant plus que : « *Destruction of groundwater's suitability for human consumption or industrial or agricultural applications can readily be, and in some cases already has become, for all practical purposes irreversible*<sup>576</sup>. »

Du point de vue de la préservation des ressources en eau particulièrement, la question des eaux souterraines devient de plus en plus stratégique dans la mesure où, d'une part, nos connaissances concernant le fonctionnement de ces nappes sont encore limitées et où l'augmentation des besoins en eau entraîne une exploitation de plus en plus systématique de ces nappes, dans plusieurs parties du monde, sans que nous ne connaissions vraiment, bien souvent, leur capacité de recharge.

571. G. Rowley (1998). « The Tragedy of the Common Waters : Towards the Deepening Crisis Within the Jordan Basin », Congrès de Kaslik, Liban, p. 6-7.

572. A. Fenet, *loc. cit.*, p.93.

573. Art. 2(2)a) : « système d'eaux de surface et d'eau souterraines constituant, du fait de leurs relations physiques, un ensemble unitaire et aboutissant normalement à un point d'arrivée commun ».

574. « Les eaux souterraines représentent environ 97 % de l'eau douce de la terre. » S.C. McCaffrey, *Septième rapport, op. cit.*, paragr. 17.

575. Puisque, comme le souligne le rapporteur, « la majorité de la population mondiale dépend actuellement pour ses besoins des eaux souterraines », *Ibid.*, paragr. 18.

576. C.B. Bourne, « Fresh Water as a Scarce Resource », *loc. cit.*, p. 393.

L'application stricte du principe de précaution devrait donc s'imposer<sup>577</sup>. D'autre part, la pollution de ces eaux souterraines, parce que leur cycle de renouvellement / recyclage est beaucoup plus long, aura des conséquences beaucoup plus définitives et irréversibles selon de nombreux spécialistes<sup>578</sup>. Il aurait cependant été difficile d'intégrer à la Convention la considération de l'ensemble des eaux souterraines en refusant par ailleurs le concept de bassin versant, seul apte à prendre en compte le régime terrestre de l'eau.

La présentation d'une résolution spécifique portant sur les eaux souterraines confinées, si elle attire l'attention sur cet important problème, ne contribue aucunement à une considération globale du cycle de l'eau. Tout au plus conduirait-elle, dans le meilleur des cas, à l'adoption d'un autre texte conventionnel, contribuant ainsi au maintien de la parcellisation des instruments juridiques visant la réglementation de cette ressource au plan international.

### 3.3.2. L'absence de « préoccupation commune » à l'égard du cycle hydrologique

Le préambule de la Convention de New York se différencie largement des énoncés de principes habituels en matière de préservation des ressources et de protection de l'environnement global. Tout au plus y retrouve-t-on affirmée la reconnaissance du besoin de préservation « au bénéfice des générations présentes et futures », et le rappel de la Déclaration de Rio et de l'Agenda 21<sup>579</sup>. La perspective interétatique de la Convention y est, par contre, clairement affirmée, puisqu'on y rappelle l'importance de la coopération et du bon voisinage<sup>580</sup>. Enfin, si l'on y reconnaît « les besoins particuliers des pays en développement<sup>581</sup> », rien dans la Convention, par la suite, ne vient étayer concrètement cette reconnaissance de principe. Dès le départ donc, les États parties ne considèrent pas que l'eau, ou les cours d'eau internationaux puissent être une « préoccupation commune de l'humanité ».

Dans le même sens, s'agissant d'assurer une gestion durable des ressources en eau, bien que la Convention de New York comprenne un certain nombre d'articles visant à assurer une coopération en matière

577. Déclaration de Rio, *op. cit.*, principe 15 stipule que : « *En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement.* »

578. N. Tien-Duc, *op. cit.*, p. 29 et suivantes.

579. Déclaration de Rio, *op. cit.*, préambule, paragr. 8.

580. *Ibid.*, préambule, paragr. 7. Affirmation que l'on ne trouve pas dans les autres Conventions étudiées.

581. *Ibid.*, préambule, paragr. 6.

de protection contre la pollution, il ne s'agit encore là que d'une perspective de bon voisinage entre États souverains dont les intérêts peuvent entrer en conflit, et non d'une préoccupation commune de l'humanité pour que les ressources en eau douce soient préservées généralement, en quantité et en qualité. Il n'y a qu'à considérer l'exclusion des eaux souterraines et le refus d'utiliser le concept de bassin de drainage pour constater l'absence de perspective globale de préservation des écosystèmes pour l'avenir.

[...] *international law has traditionally considered environmental degradation as legally relevant only when it constituted interference with state's sovereign interest. To this day, two customary rules rooted in this approach remain the cornerstones of the law governing transboundary freshwater resources. [...] To the extent that agreements did include general substantive principles, these tended to concern the balancing of competing sovereign interests in resource use, rather than common environmental interests [...] the norms governing international rivers also appear to have been seen as distinct from those governing international environmental relations more generally, and therefore as legitimately focused on resource use*<sup>582</sup>.

Cette absence de considération globale du cycle hydrologique se traduit bien évidemment par une absence de considération des conséquences sur les ressources en eau des menaces globales telles que les changements climatiques, et donc une absence de normes qui tiennent compte de cette réalité. De la même manière ne sont pas prises en compte les transformations écosystémiques qui peuvent découler de l'application de certains développements techno-scientifiques, tels que l'ensemencement de nuages ou les dérivations à grande échelle<sup>583</sup>.

Enfin, les besoins des écosystèmes en eau, pour leur reproduction, n'ont aucun statut spécifique dans la Convention, ce qui constituerait pourtant une condition *sine qua non* de l'équité intergénérationnelle<sup>584</sup>. Il n'y a aucune priorité, ni de ce point de vue, ni du point de vue des besoins de base, comme nous le verrons ci-après.

### 3.3.3. Équité intergénérationnelle et effectivité de la protection des ressources en eau

De fait, à travers les rapports et les débats de la CDI, on s'aperçoit que la préoccupation du développement soutenable était présente, particulièrement dans les rapports postérieurs au rapport de la Commission mondiale sur le développement et l'environnement<sup>585</sup>, bien que les

582. J. Brunnée et S.J. Toope, *loc. cit.*, p. 37-38.

583. A.D. Tarlock, *loc. cit.*, p. 207.

584. S. Postel, *Dividing the Waters...*, *op. cit.*, 132, p. 61.

585. CMED (1987). *Notre avenir à tous*, Montréal, Éditions du Fleuve (1988) [Rapport Brundtland] : particulièrement S.C. McCaffrey, *Cinquième rapport*, *op. cit.*, p. 116 et suivantes.

références explicites à ce concept dans le texte lui-même soient rares<sup>586</sup>. Le concept de développement durable se retrouve à plusieurs endroits dans les commentaires et, notablement, il a été introduit à l'article 5 de la Convention en tant qu'objectif par la 6<sup>e</sup> Commission alors même que les débats à cet égard à la CDI n'avaient pas permis son introduction<sup>587</sup>.

Il reste malgré tout, qu'inhérente au concept de développement soutenable, il y a la *limite au développement et particulièrement à certaines formes de développement*<sup>588</sup>, c'est-à-dire une limite à ce que la planète et les écosystèmes peuvent supporter sans que les dégradations induites mettent en péril leur capacité de se reproduire et de soutenir la vie. En ce sens, dans l'idée d'utilisation équitable et raisonnable, il y a – ou devrait y avoir aussi – l'idée d'un *partage équitable des limites*. On voit mal cependant comment la Convention pourrait véritablement induire un tel *partage des contraintes* dans la mesure où elle n'impose que fort peu de limites au pouvoir discrétionnaire des États. Dans tous les cas de développement très inégal des riverains, où les limites à la capacité portante des écosystèmes sont atteintes ou quasi atteintes, on voit mal ce qui dans ce texte pourrait contraindre un État à accepter une diminution réelle de ses usages de cette ressource commune. Pourtant, l'atteinte de l'équité, dans bien des cas, est à ce prix.

La Convention de New York, par l'insistance qu'elle met sur les utilisations, ne respecte pas l'équilibre théorique dégagé à Rio et qui devrait se traduire par le concept de développement durable. Ici le développement, les usages, les utilisations, prennent clairement le pas sur la préservation et la durabilité. L'utilisation optimale et durable des cours d'eau internationaux n'est pas non plus, dans la Convention, une obligation contraignante, mais un simple objectif : « *In other words, it is not an obligation which a watercourse state, or watercourses states jointly, owes or owe to the international community or to the members of that community, i.e., it is not an obligation erga omnes*<sup>589</sup>. »

L'existence d'un intérêt commun et la nécessité de règles communes, universelles, propres à mettre en œuvre cet intérêt commun, bien qu'elle ait été intégrée dans d'autres Conventions, ne reçoit pas une reconnaissance significative de la part des États, et, pourrions-nous dire, particulièrement s'agissant des ressources en eau.<sup>590</sup>

586. M. Kroes, *loc. cit.* p. 82.

587. « [...] en vue de parvenir à l'utilisation et aux avantages optimaux **et durables** ».

588. Rapport Brundtland, *op. cit.*, 42.

589. E. Hey, « Sustainable Use of Shared Water Resources : the Need for a Paradigmatic Shift in International Watercourses Law », dans G.H. Blake *et al.*, *op. cit.*, p. 141.

590. X. Hanqin, *loc. cit.*, p. 56.

Dans ce contexte, par souci de réalisme, certains plaident qu'en matière de protection de l'environnement et des ressources il serait plus adéquat de laisser largement place aux mécanismes de coopération et de ne développer des mécanismes de contrôle et de recours contraignants qu'une fois la légitimité du régime établie :

*As the political legitimacy of the contextual regime grows, the legal dimension may be strengthened and even more formal institutions may be created: conciliation or mediation attempts may be undertaken. Ultimately as the regime becomes more structured and legal legitimisation takes place, binding rules and mechanisms of dispute settlement may prove to be acceptable and effective. But this eventuality will tend to occur well along in the process of regime building<sup>591</sup>.*

Au vu de la gravité de la problématique globale des ressources planétaires en eau, dont la dégradation est déjà aujourd'hui passablement avancée, il reste à espérer que les droits des générations futures ne soient pas irrémédiablement compromis bien avant que les États acceptent le fait qu'ils ont des responsabilités à ce titre, dont ils doivent répondre.

## CONCLUSION

### Un intérêt supérieur de l'humanité émerge-t-il ?

Si la place de la protection de l'environnement par rapport aux dommages en général, comme la protection de la santé humaine en corollaire, ont fait l'objet de larges discussions au sein de la CDI, c'est notamment parce que la conscience de la gravité des conséquences à long terme de la dégradation des ressources en eau s'exprimait parallèlement au constat de l'insuffisance du principe. Cette opinion est partagée par le rapporteur McCaffrey, qui appuie son analyse sur les études récemment disponibles lors de son rapport de 1988, portant notamment sur le patrimoine commun et l'équité intergénérationnelle<sup>592</sup>.

L'existence d'un intérêt supérieur aux intérêts particuliers des États, qu'il s'agit par ailleurs de concilier dans le droit international classique des cours d'eau, s'exprime de plus en plus clairement : « *It is the collective obligation of mankind to protect environmental resources – and that includes international river basins<sup>593</sup>.* » L'ampleur des enjeux en matière de

591. J. Brunnée et S.J. Toope, *loc. cit.*, p. 58.

592. Les « *Directives de Goa relatives à l'équité intergénérationnelle* » élaborées par le groupe d'experts de l'Université des Nations Unies, adoptées le 15 février 1988 ; dans son rapport de la même année : *Quatrième rapport, op. cit.*, paragr. 76-79.

593. M. Asafuddowlah, « *Sharing of Transboundary Rivers : The Gange Tragedy* », dans G.H. Blake *et al.*, *op. cit.*, p. 218.

préservation des ressources en eau douce de la planète dépasse à l'évidence les règles de conciliation d'intérêts particuliers qui composent le droit international et que la Convention de New York n'a pas su dépasser.

Si certains souhaitaient voir l'exercice déboucher sur un cadre normatif adapté à la nature de la ressource considérée, dont la Commission du droit international elle-même<sup>594</sup>, les considérations de souveraineté nationale sont demeurées tout au long du processus un obstacle majeur à une approche intégrée. L'incapacité à considérer même des modifications légères, en vue du renforcement du volet environnemental de la Convention de New York, laissait peu d'espoir à ceux et celles qui, au cours du processus, auraient souhaité que les États effectuent des modifications substantielles en vue de rendre le texte de la Convention conforme aux orientations du chapitre 18 de l'Agenda 21 adopté à Rio.

---

594. Voir notamment P. Buirette, *loc. cit.*, p. 8.

# Chapitre

# 4

## Les ressources en eau et la protection des droits humains

L'accès à l'eau potable en tant que droit humain n'est explicitement mentionné ni dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme*<sup>595</sup>, ni dans les Pactes qui furent ensuite élaborés pour assurer la mise en œuvre de cette déclaration. Affirmé par la communauté internationale à Mar del Plata en 1977<sup>597</sup>, ce droit humain sera plus tard intégré dans le système des droits de l'homme des Nations Unies à travers l'étude d'autres droits, notamment le droit à un logement adéquat, le droit à une nourriture suffisante et le droit à la santé<sup>598</sup>. Dans la communauté scientifique le sujet n'a guère attiré l'attention en comparaison d'autres problématiques de droits humains, jusqu'à la fin des années 1990.

---

595. *Déclaration universelle des droits de l'homme* (1948). Doc. NU A/810.

596. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, *op. cit.* ; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, *op. cit.*

597. *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'eau* (1977). Mar del Plata, 14-25 mars, E/CONF.70/29, 188 p.

598. Il sera réaffirmé à Dublin – OMM (1992). *Conférence internationale sur l'eau et l'environnement : le développement dans la perspective du XXI<sup>e</sup> siècle*, « Déclaration de Dublin », Dublin, 26-31 janvier – et à Rio, dans le programme d'action (Agenda 21, chapitre 18) mais pas dans la Déclaration.

La fin du millénaire a cependant vu resurgir cet enjeu, et pour la première fois en 1997, on voit apparaître nommément le sujet à la Commission des droits de l'homme<sup>599</sup>. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a adopté, pour sa part, une observation générale portant sur ce droit, en novembre 2002, qui le définit ainsi : « Le droit fondamental à l'eau autorise chacun à disposer d'une eau salubre, suffisante, de qualité acceptable, physiquement accessible et à un coût raisonnable pour les besoins individuels et les usages domestiques<sup>600</sup>. »

Mentionnons d'entrée de jeu que nous n'examinerons pas le statut du droit d'accès à l'eau potable en tant que droit humain à travers le droit à un environnement sain, mais en lui-même. Bien que l'eau soit une partie de l'environnement, les différents éléments de l'environnement n'ont pas tous, de fait, le même caractère d'essentialité pour la vie, dont la vie humaine.

#### 4.1. DROITS HUMAINS : UN AUTRE CHAMP DOCTRINAL

Existe-t-il un droit à l'eau ? Quel en serait le contenu et la portée ? Rares sont les spécialistes du droit international des cours d'eau qui ont approfondi cet aspect. Il faut chercher ailleurs les fondements doctrinaux utiles à la précision juridique du droit d'accès à l'eau potable<sup>601</sup> : d'une part, dans la doctrine des droits humains et, d'autre part, chez une partie des spécialistes du droit de l'environnement qui a tenté de circonscrire le contenu possible d'un éventuel droit à l'environnement et aux ressources<sup>602</sup>.

L'accès à l'eau potable n'est pas inscrit explicitement au titre des droits humains dans les instruments généraux de droit positif, sauf en de rares exceptions comme nous le verrons. C'est plutôt la voie de son intégration dans d'autres droits humains explicitement inscrits qu'a tracée la doctrine, suivant le principe de l'interdépendance de tous les droits.

599. Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, *Promotion de la réalisation du droit d'accès de tous à l'eau potable et aux services d'assainissement* (1997), Résolution 1997/18, 35<sup>e</sup> session, 27 août (adoptée sans vote).

600. CESCR (2002). *The Right to Water*, General Comment No. 15, UN Economic and Social Council, E/C.12/2000/11 (26 novembre), paragr. 2.

601. S.C. McCaffrey, « A Human Right to Water... », *loc. cit.*, un des rares spécialistes de ce champ du droit international à y avoir accordé une analyse spécifique, avec T.J. Schorn, *loc. cit.*, et N. Nelson (1996). « Water Allocation », *Colorado J. of Int'l Env't L. & P.*, Yearbook. Si d'autres auteurs s'y rallient – E. Hey, E. Benvenisti ou P.H. Gleick – c'est sans en approfondir le contenu et en se basant largement sur l'analyse doctrinale de McCaffrey.

602. Une partie seulement, car toute une tendance du droit international de l'environnement s'oriente plutôt vers la définition d'un droit essentiellement procédural.

Par ailleurs, l'interprétation, dans la doctrine des droits de l'homme, du droit à la vie en tant que « droit de vivre », que « droit à une certaine qualité de vie<sup>603</sup> », ouvre la porte à la considération de l'accès aux ressources vitales en tant que droit humain et rejoint le droit à un environnement sain ainsi que le droit au développement : « Le droit de vivre n'est donc pas seulement une conception élargie du droit à la vie, il vise le contenu même et les conditions de la vie humaine. Tous les droits, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels en sont les prolongements naturels<sup>604</sup>. »

Deux tendances sont donc identifiables dans la doctrine : d'une part, une école qui cherche à élargir et renforcer l'interprétation et l'application des droits traditionnellement reconnus en ce sens ; et, d'autre part, une école qui, se fondant sur le caractère évolutif des droits, considère l'émergence d'une catégorie nouvelle, celle des droits de troisième génération, dits « droits de solidarité<sup>605</sup> ». Quelle que soit l'école doctrinale cependant, toutes deux tendent à élargir la portée des droits humains et de l'interdépendance<sup>606</sup>. Les droits de solidarité, qu'il s'agisse de la paix, du développement ou de l'environnement, ont été largement identifiés à l'humanité<sup>607</sup>, « c'est bien du **droit de la communauté internationale** comme tout indivisible, c'est-à-dire de l'humanité prise comme sujet juridique, qu'il est question<sup>608</sup> ».

L'objectif de la Déclaration universelle des droits de l'homme, inscrit au préambule, celui de garantir la « dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables », sert généralement de critère pour définir la nature des droits humains, puisque les droits inscrits dans cette déclaration, dans leur contenu, visent quatre fonctions permettant de donner un contenu concret à cette dignité humaine : « protéger la vie et l'intégrité physique des

603. W.A. Schabas (1997). *Précis du droit international des droits de la personne*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 41.

604. H. Gros Espiell (1992). « La complémentarité entre les notions de droit à la vie et de droit de vivre », dans *Actes du symposium sur le droit à la vie quarante ans après l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme : évolution conceptuelle, normative et jurisprudentielle*, Genève, CID, 5.

605. Voir sur ce sujet K. Vasak (1990). « Les différentes catégories des droits de l'homme », dans Lapeyre, Tinguy et Vasak (dir.), *Les dimensions universelles des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, v. 1, p. 297-316.

606. Il existe aussi une tendance doctrinale « conservatrice », mais celle-ci n'apporte rien à notre propos.

607. Ces tendances doctrinales sont issues des réflexions philosophiques sur le rapport de l'être humain à la nature et les conditions de survie de l'humanité, voir H. Jonas (1993). *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, Paris, Éditions Du Cerf, 3<sup>e</sup> édition, 336 p. ; ou D. Birnbacher (1988). *La responsabilité envers les générations futures*, Paris, Presses universitaires de France, 290 p.

608. A. Lejbowicz, *op. cit.*, p. 159. Les caractères gras sont en italique dans le texte.

personnes humaines ; garantir l'exercice des droits fondamentaux et des libertés individuelles ; éliminer les discriminations ; assurer des conditions de vie minimales<sup>609</sup> ». Ces droits sont universels, critère de base à partir duquel sera jugé tout droit émergent<sup>610</sup>.

C'est sur ces critères que s'est construit le droit à l'environnement<sup>611</sup>, généralement qualifié de droit à un environnement *sain* ou *de qualité*<sup>612</sup>. Ce droit, consacré par la Déclaration de Stockholm au principe 1, se trouve aussi inscrit dans la Constitution de plusieurs pays<sup>613</sup>. Parmi les droits dits de solidarité, le droit à un environnement sain, avec le droit au développement<sup>614</sup>, est probablement celui qui bénéficie de la reconnaissance la plus certaine en droit national et international. Par sa nature, ce droit a réintroduit dans le corpus des droits humains la dimension temporelle, à la fois du point de vue de la préservation, pour l'avenir, d'un environnement sain dans lequel il soit possible de « vivre dans la dignité » et du point de vue de la préservation des ressources nécessaires aux générations futures pour répondre à leurs propres besoins. La théorie de l'équité intergénérationnelle<sup>615</sup> trouve ainsi, elle aussi, son fondement dans le préambule de la Déclaration universelle, dans la mesure où l'expression « tous les membres de la famille humaine » ne peut en aucune manière se limiter aux personnes existantes à un moment donné.

De fait, l'obligation de protection de l'environnement et de préservation des ressources existe bel et bien, que soit reconnu ou non un droit à l'environnement spécifique, puisque la réalisation des droits économiques et sociaux des générations futures en dépend directement<sup>616</sup>. Or, dit la Déclaration, la dignité est *inhérente* à tous les membres

609. A.-C. Kiss (1987). « Définition et nature juridique d'un droit de l'homme à l'environnement », dans P. Kromarek (dir.), *Environnement et droits de l'homme*, Paris, Unesco, p. 14.

610. J. Lee (2000). « The Underlying Legal Theory to Support a Well-Defined Human Right to a Healthy Environment as a Principle of Customary International Law », *Columbia J. of Env'l L.*, vol. 25, p. 287-288.

611. La doctrine est divisée sur la reconnaissance de ce droit. M.A. Mekouar, « Le droit à l'environnement dans ses rapports avec les autres droits de l'homme », dans P. Kromarek, *op. cit.*, p. 92-93.

612. Il n'est pas de notre propos ici d'approfondir ce droit *in se*, qui fait l'objet d'une abondante littérature, mais simplement en ce qu'il « contiendrait » le droit d'accès à l'eau.

613. A.-C. Kiss, dans P. Kromarek, *op. cit.*, p. 19. Il est aussi inscrit dans le *Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme sur les droits économiques, sociaux et culturels* (1988), 17 novembre, STOEA n° 69, p. 28 ILM (1989) 161. [Protocole de San Salvador] en vigueur le 16 novembre 1999, article 11-1.

614. F. Hassan (1983). « Solidarity Rights : Progressive Evolution of International Human Rights Law ? », *Human Rights Annual*, vol. 1, p. 54.

615. Dont la théoricienne la plus connue est sans nul doute E. Brown-Weiss (1989).

616. T.J. Schorn, *loc. cit.*, p. 130.

de cette famille humaine et leurs droits sont *égaux* et *inaliénables*. Cette approche introduit directement la problématique de préservation de l'environnement et des ressources dans le champ juridique du droit international des droits humains<sup>617</sup>.

Comme le concept de *développement durable*<sup>618</sup> tel qu'il avait été à l'origine proposé par la Commission Brundtland, la théorie de l'équité intergénérationnelle suppose aussi l'équité intragénérationnelle puisque chaque génération est à la fois fiduciaire et bénéficiaire<sup>619</sup>.

Plusieurs dans la doctrine ne souhaitent pas voir la création de « nouveaux droits » pour répondre à ces enjeux, mais cherchent plutôt à les introduire en tant que dimension spécifique de droits déjà consacrés, tels que le droit à l'égalité par exemple<sup>620</sup> ou le droit à la santé, qui comprendrait le droit à un environnement et à des ressources non pollués<sup>621</sup>. On retrouve d'ailleurs aussi l'application d'une telle logique dans le droit au développement<sup>622</sup>. Plus généralement, le débat doctrinal à cet égard peut s'appliquer à l'ensemble des droits dits de troisième génération : paix, environnement, développement, droit au patrimoine commun de l'humanité<sup>623</sup>, sont-ils des droits autonomes émergents ou des conditions de réalisation de l'ensemble des droits humains déjà reconnus ? Nous ne trancherons certes pas ici ce débat, évoqué simplement afin de mieux situer le droit d'accès à l'eau potable, pour lequel les mêmes questions se posent dans la doctrine.

617. Tirant sa source de l'universalité des droits humains, la théorie de l'équité intergénérationnelle induit cependant une dimension collective. Voir J. Waldron (1987). « Can Communal Goods be Human Rights ? », *European Journal of Sociology*, vol. 17, p. 296-322 ; et E. Brown-Weiss (1989). *In Fairness to Future Generations : International Law, Common Patrimony, and Intergenerational Equity*, Tokyo, UN University Press, p. 114-115.

618. Pour un aperçu des principes juridiques qui auraient dû être intégrés à cette approche : *Environment Protection and Sustainable Development : Experts Group on Environmental Law of the World Commission on Environment and Development*, juin 1986 (1987). Londres/Dordrecht/Boston, Graham & Trotman/ M. Nijhoff, 196 p.

619. E. Brown-Weiss (1990). « Our Rights and Obligations to Future Generations for the Environment », dans A. D'Amato, E. Brown-Weiss et L. Gündling, « Agora : What Obligation Does our Generation Owe to the Next ? An Approach to Global Environmental Responsibility », *AJIL*, vol. 84, p. 201.

620. M.A. Mekouar, dans P. Kromarek, *op. cit.*, p. 97.

621. P.-M. Dupuy (1979). « Le droit à la santé et la protection de l'environnement » dans *Le droit à la santé en tant que droit de l'homme*, Colloque de l'Académie de droit international de La Haye (La Haye 1978), Dordrecht/Boston, M. Nijhoff Pub., p. 340-429.

622. M. Gandhi (1992). « Right to Development as a Right to Equal Resources », dans S.R. Chowdhury, E.M.G. Denters et P.J.I.M. de Waart, *The Right to Development in International Law*, Dordrecht, M. Nijhoff Pub., p. 142.

623. Tels qu'ils sont définis dans le rapport de l'UNESCO (1978). *Human Rights, Human Needs and the Establishment of a New International Economic Order*, UNESCO, Doc. SS-78/CONF. 630/COL.2. Furent ajoutés à cette liste le droit d'être différent et le droit de communiquer : *UNESCO Colloquium on the New Human Rights* (1980). Mexico, Doc. SS-80/CONF. 806/COL.7.

Le droit d'accès à l'eau est essentiellement, comme les droits de solidarité, un droit mixte : droit individuel, collectif, civil et politique, social, économique et culturel, il est essentiel pour l'être humain et la vie en société. Il touche l'ensemble des secteurs sociaux, économiques et culturels. La Conférence de Dublin, comme nous le verrons plus loin, identifie clairement ces caractéristiques : « L'eau douce – ressource fragile et non renouvelable – est indispensable à la vie, au développement et à l'environnement<sup>624</sup>. » Le *droit de vivre* de chaque être est dénié lorsque l'accès à une eau potable n'est pas assuré : « [...] Elle est, avec l'air notamment, l'un des éléments abiotiques de la biosphère nécessaires à l'existence des êtres vivants. [...] sans elle, la vie est impossible ; tout simplement<sup>625</sup>. »

La nature du droit d'accès à l'eau dans ses composantes individuelles et collectives, satisfait aux critères propres à la détermination du caractère juridique « d'un droit<sup>626</sup> ». Il a un « titulaire certain » : l'être humain et/ou les peuples/communautés humaines. « Son objet est précis et possible » ; il s'agit d'assurer à toute personne le droit d'avoir accès à l'eau en quantité et qualité suffisante, afin d'assurer ses besoins essentiels et d'assurer aux peuples/communautés humaines de tous les pays l'accès à l'eau pour les activités essentielles à leur fonctionnement et à leur pérennité<sup>627</sup>. Enfin, il est par sa nature « opposable » à un tiers, l'État – et la communauté internationale au titre de la coopération dans certains cas – responsable de prendre des mesures permettant d'assurer l'approvisionnement en eau potable à l'ensemble de sa population<sup>628</sup>.

Droit autonome en lui-même ou condition de mise en œuvre des droits explicitement reconnus, le débat reste ouvert, mais il n'en demeure pas moins que, malgré l'absence de mention explicite générale, on peut considérer que le droit d'accès à l'eau potable répond aux critères les plus exigeants<sup>629</sup>, s'agissant de la reconnaissance de « nouveaux droits<sup>630</sup> » : il représente une valeur sociale fondamentale ; il

624. Principe 1 de la *Conférence de Dublin*, *op. cit.*

625. S. Doumbé-Billé (1994). « L'Agenda 21 et les eaux douces », dans M. Prieur et S. Doumbé-Billé, *Droit de l'environnement et développement durable*, Limoges, PULIM, p. 197-198.

626. Selon F. Sudre (1989). *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de France, p. 164.

627. *Action 21*, *op. cit.*, en traite globalement au paragr. 18.72.

628. *Ibid.*, notamment aux paragr. 18.12 et 18.50 les mesures que tous les États pourraient mettre en œuvre pour assurer un approvisionnement en eau adéquat.

629. Nous référons ici aux critères proposés par P. Alston (1984). « Conjuring Up New Human Rights : A Proposal for Quality Control », *AJIL*, vol. 78, p. 607-614.

630. Nous utilisons l'expression « nouveaux » pour qualifier l'ensemble des droits qui ne sont pas explicitement reconnus, même si les débats sur leur reconnaissance sont relativement anciens.

concerne toutes les cultures ; il trouve son fondement dans le droit international existant ; il n'entre pas en contradiction avec les droits déjà reconnus, il en est même une condition ; bien qu'il n'y ait pas à proprement parler de consensus sur sa reconnaissance explicite, l'observation générale récente du Comité des droits économiques, sociaux et culturels<sup>631</sup>, diverses déclarations, de même que son inscription dans une Convention largement ratifiée, celle des droits de l'enfant, indiquent tout de même une reconnaissance large du principe ; il semble généralement compatible avec la pratique des États<sup>632</sup> ; enfin, son contenu peut être aussi précis que bien d'autres droits déjà reconnus.

L'existence d'un tel droit humain devrait en conséquence induire la reconnaissance explicite dans le droit international des cours d'eau d'une priorité des usages, propre à assurer la protection, la promotion et la mise en œuvre de ce droit dans ses différentes dimensions.

#### 4.2. LES OBLIGATIONS DES ÉTATS EN VERTU DES TRAITÉS DE DROITS HUMAINS

Rappelons d'emblée que la Charte des Nations Unies impose à tous les États membres une obligation de promouvoir « le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>633</sup> », en vertu de laquelle les États membres s'engagent, à l'article 56, à agir « tant conjointement que séparément ». L'obligation de respect, de promotion et de mise en œuvre des droits humains est donc une obligation commune à tous les États et universelle.

Le principe de l'interdépendance de tous les droits, dans ce contexte, impose à tous les États trois obligations distinctes en vue de la mise en œuvre des droits : les respecter, donc s'abstenir d'interférer ; les protéger, donc une obligation positive d'intervenir ; leur donner un contenu, donc prendre des mesures pour les satisfaire<sup>634</sup>.

Par ailleurs, bien que les Pactes relatifs aux droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels adoptés en 1966 n'aient, comme tout

631. Observation générale n° 15, *op. cit.*

632. Si les États qui reconnaissent explicitement l'accès à l'eau potable comme droit humain sont peu nombreux, la pratique des États d'en faire un service public corrobore la reconnaissance d'une responsabilité. Selon les informations récentes, la privatisation des services de distribution d'eau ne concernerait encore que moins de 10 % à l'échelle mondiale. Données dans le document *No Profits from Water*, PSI, mars 2000.

633. Charte des Nations Unies, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n° 7, Stat. 1031, 145 U.K.F.S. 905, article 55.

634. L. Lamarche (1995). *Perspectives occidentales du droit international des droits économiques de la personne*, Bruxelles, Bruylant, p. 418. Elle présente ce qu'il est convenu d'appeler le modèle de *Eide*. Ces obligations sont réitérées au parag. 20 de l'observation générale n° 15 du CESCR, *op. cit.*

traité international, de valeur contraignante que pour les États qui les ont ratifiés, le niveau de ratification de ces traités est significatif d'une large adhésion de la communauté internationale aux règles qui y sont énoncées<sup>635</sup>. Or, chaque État ayant ratifié les Pactes a l'obligation de protéger, promouvoir et mettre en œuvre tous les droits humains. Cette obligation doit s'appliquer dans la conduite des États en toutes matières, y compris en matière de ressources en eau ou de cours d'eau transfrontalier, s'agissant de l'état actuel du droit international de l'eau.

On sait déjà que les obligations contractées par les États en vertu du Pacte sur les droits civils et politiques, dont le droit à la vie, ont un caractère d'immédiateté : « Les États parties s'engagent à respecter et à garantir [...] », ainsi qu'à prendre les mesures « propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte [...] »<sup>636</sup>. On interprète par ailleurs souvent les obligations du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels comme ayant un caractère plus relatif parce que les États s'engagent à « assurer progressivement le plein exercice [...] »<sup>637</sup> des droits qui y sont reconnus. Pourtant, comme l'a largement explicité le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, l'article 2 de ce Pacte comprend à la fois des obligations de comportement et des obligations de résultat, ayant un caractère immédiat<sup>638</sup>.

Parmi ces obligations immédiates et qui nous intéressent plus particulièrement ici, mentionnons l'exercice sans discrimination des droits reconnus, l'obligation de « prendre des mesures » (paragr. 2), qui comporte entre autres, « [...] l'obligation fondamentale minimum d'assurer, au moins, la satisfaction de l'essentiel de chacun des droits » (paragr. 10), ainsi qu'une exigence de « non-régression » (paragr. 9).

En ce sens, eu égard à l'ensemble des droits reconnus dans le Pacte, et malgré la reconnaissance que le temps est nécessaire à la mise en œuvre complète de tous les droits économiques, sociaux et culturels, les États auraient l'obligation immédiate de répondre aux besoins essentiels<sup>639</sup> sans discrimination, et ils auraient aussi l'obligation de tenir compte de ces droits dans le choix des politiques sociales et économiques qu'ils adoptent<sup>640</sup> afin de ne pas faire régresser la mise en œuvre de ces droits :

635. En août 2004, le nombre d'États parties était respectivement de 149 pour le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et de 152 pour le Pacte relatif aux droits civils et politiques.

636. *Pacte relatif aux droits civils et politiques*, *op. cit.*, article 2, paragraphes 1 et 2.

637. *Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, *op. cit.*, article 2, paragraphe 1.

638. CESCR (1990). *La nature des obligations des États parties (art. 2, paragr. 1, du Pacte)*, Observation générale n° 3, 5<sup>e</sup> session, 14 décembre, E/1991/23, paragraphe 1.

639. L. Lamarche, *op. cit.*, p. 416.

640. *Ibid.*, p. 417.

[...] la ratification du Pacte constitue pour chaque personne le droit immédiat de voir l'État dont il est le ressortissant évaluer systématiquement les effets sur les droits économiques et sociaux de la population de chacune des lois et politiques qu'il adopte, **au-delà du fait que cette loi ou politique concerne directement ou non les droits** économiques de la personne<sup>641</sup>.

De plus, conformément à la Charte des Nations Unies, articles 55 et 56, la coopération internationale en vue de promouvoir les droits humains, y compris les droits économiques, sociaux et culturels, incombe à tous les États. Les critères énoncés au paragraphe précédent devraient donc en toute logique s'appliquer également en matière de coopération internationale.

L'obligation de protection, promotion et mise en œuvre de tous les droits humains, dans un tel cadre, serait donc opposable à tous les acteurs. Quelles seraient, dès lors, les conséquences juridiques eu égard aux ressources en eau ? Pour répondre à cette question, il importe d'abord de situer le droit d'accès à l'eau potable et à l'assainissement dans le droit international des droits de la personne.

Nous l'avons dit, le droit à l'eau potable n'est pas mentionné explicitement dans les deux Pactes. Plusieurs, dans la doctrine<sup>642</sup>, considèrent cependant que ce droit est partie intégrante d'autres droits explicitement reconnus, ce que corroborent les observations des comités chargés d'interpréter ces traités, et clairement l'observation générale n° 15 adoptée récemment par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels portant spécifiquement sur le droit à l'eau<sup>643</sup>. Les observations générales de ces comités nous informeront sur l'interprétation à donner aux Pactes. Il faut d'ailleurs signaler que l'accès à l'eau est abordé dans 37 % des commentaires du Comité des droits économiques, sociaux et culturels relatifs aux rapports des États, sur une période de cinq ans précédant l'adoption de l'Observation générale sur le sujet<sup>644</sup>.

641. *Ibid.*, p. 444. Les caractères gras sont de nous.

642. On peut à titre d'exemple mentionner P.H. Gleick (1998). « The Human Right to Water », *Water Policy*, vol. 1, p. 487-503, ou S.C. McCaffrey, « A Human Right to Water... », *loc. cit.*

643. *Op. cit.* Le Comité mentionne au paragraphe 1 de cette observation avoir été continuellement confronté au déni de ce droit tant par les pays développés que par ceux en voie de développement. La plupart des constats qui suivent sont repris dans cette observation, qui n'était cependant pas disponible au moment où nous rédigeons cette partie.

644. De 1998 à 2002, l'accès à l'eau est abordé dans 20 des 54 commentaires sur les rapports des États parties.  
<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/webdocsbytreatyfr?OpenView&Start=1&Count=750&Expand=6.3>

### 4.3. INTERDÉPENDANCE DE TOUS LES DROITS: LE DROIT D'ACCÈS À L'EAU ET LES DROITS RECONNUS DANS LES INSTRUMENTS GÉNÉRAUX

Le droit d'accès à l'eau potable peut être considéré comme une composante de plusieurs des droits mentionnés dans les Pactes internationaux relatifs aux droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, principalement<sup>645</sup> le droit à la vie, le droit à un niveau de vie suffisant (Art. 11,1), comprenant le droit au logement, le droit d'être à l'abri de la faim (Art. 11,2) et le droit à la santé (Art. 12). Aucun de ces droits, en effet, ne peut être mis en œuvre sans accès à l'eau potable et à l'assainissement, comme le signale le Comité dans son observation au paragraphe 3. Il relève aussi de l'article premier des deux Pactes.

#### 4.3.1. Du droit des peuples à disposer de leurs ressources

Le droit des peuples, seul droit collectif clairement précisé, se distingue de la souveraineté des États sur leurs ressources naturelles<sup>646</sup>. Ce sont en effet les *peuples* qui disposent de ce droit. La seule mention des *États* à l'article premier des deux Pactes se trouve au paragraphe 3 et vise à établir une responsabilité de ces derniers à l'égard des peuples. L'article 1(2) commun aux deux Pactes précise : « Pour atteindre leurs fins, tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles [...] En aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance. »

Selon l'interprétation du Comité des droits de l'homme :

Ce droit revêt une importance particulière, parce que sa réalisation est une condition essentielle de la garantie et du respect effectif des droits individuels de l'homme ainsi que de la promotion et du renforcement de ces droits. C'est pour cette raison que les États ont fait du droit des peuples de disposer d'eux-mêmes, dans les deux Pactes, une **disposition de droit positif**, qu'ils ont placée, en tant qu'article premier, séparément et en tête de tous les autres droits énoncés dans ces Pactes<sup>647</sup>.

Le *droit inaliénable aux moyens de subsistance* s'articule à la reconnaissance du fait que cette subsistance – comprenant la réponse aux besoins de base tels que boire, se nourrir, se loger, se vêtir – est essentielle à la vie et à la dignité humaine consacrées dans la *Déclaration*

645. On invoque aussi d'autres droits que nous n'examinerons pas ici, tels que le droit à l'égalité.

646. Celle-ci en effet n'a valeur principielle qu'à travers une résolution de l'Assemblée générale. A/Rés. 1803 (XVII) du 14 décembre 1962. Une seule résolution peut-elle créer une coutume ou la valeur juridique de ce principe est-elle « inachevée » ? : voir S. Sur.

647. CCPR, *Le droit des peuples à disposer (art. 1)* 13/03/84. Observation générale 12 (vingt et unième session, 1984), paragraphe 1. Les caractères gras sont de nous.

*universelle des droits de l'homme*. Il comprendrait donc, de manière indirecte, le maintien en l'état d'un environnement hydrique propre à produire et reproduire d'abord une eau propre à la consommation humaine et ensuite des ressources alimentaires de base destinées à la communauté, comme le suppose l'interprétation du Comité des droits de l'homme déjà citée, ainsi que le Comité des droits économiques, sociaux et culturels dans son observation n° 15 au paragraphe 7 :

*What should be evident to all is that everyone has the entitlement to enough water to fulfil their basic needs, and that this is irrespective of any political situation in their region or country. It is in this respect that the only meaningful and inviolable sovereignty over water belongs with the people who need it*<sup>648</sup>.

Le droit d'accès à l'eau potable doit donc être entendu, au sens de l'article premier des Pactes, comme doté d'une composante proprement collective. Il est nécessaire non seulement à la subsistance des individus, mais également à celle des peuples en tant que tels<sup>649</sup>, puisqu'il est à la base de toutes les activités humaines et sociales importantes. Les Pactes semblent bien couvrir cet aspect puisqu'ils proclament « en aucun cas un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance ».

Dans cette perspective, s'agissant de la terre comme moyen de subsistance, elle suppose le droit d'accès à l'eau nécessaire à la productivité de cette terre, car « l'eau s'y incorpore et devient même l'élément essentiel de la propriété, puisqu'en son absence la terre est frappée d'une stérilité pouvant aller jusqu'à l'absolu<sup>650</sup> ». En ce sens, le déni d'accès à l'eau nécessaire à l'agriculture de survivance, au minimum, pourrait être interprété comme une privation arbitraire du droit aux moyens de subsistance prévu au premier article des deux Pactes, le droit à la terre étant lui-même implicitement reconnu dans le cadre du Pacte au titre de la nécessité de *réforme agraire*<sup>651</sup> en tant que mesure de mise en œuvre du droit à une nourriture suffisante.

Le droit aux moyens de subsistance est intimement lié à la réalisation effective de plusieurs droits humains, et on constate, s'agissant des populations autochtones, une interprétation large d'une forme de « droit aux ressources pour vivre » dans les interprétations du Comité des droits économiques, sociaux et culturels : « De nombreux groupes de population autochtones, dont l'accès à leurs terres ancestrales

648. *National Sovereignty and International Watercourses* (2000). Genève, Green Cross Int'l, mars, p. 50.

649. T. van Boven (1995). « Human Rights and Rights of Peoples », *EJIL*, vol. 6, n° 3.

650. T. Majzoub (1998). « L'Éthiopie, le Nil et le droit international public », Congrès de Kaslik, p. 22.

651. *Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, *op. cit.*, article 11, paragraphe 2-b).

peut être menacé, sont particulièrement vulnérables<sup>652</sup>. » Les *ressources naturelles* et leur préservation sont ici considérées comme la base matérielle de la mise en œuvre effective des droits de ces populations.

Cette interprétation serait d'ailleurs corroborée par l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui stipule que : « Dans les États où il existe des minorités [...], les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle [...] ». Cette disposition confère des droits à des personnes, alors que l'article 1 des Pactes s'applique aux peuples<sup>653</sup>.

Cette stipulation s'applique de toute évidence aux membres des peuples indigènes pour lesquels la valeur particulière des ressources en eau pour la structure sociale, la culture et la tradition<sup>654</sup> est reconnue dans le préambule du projet de Déclaration portant sur leurs droits<sup>655</sup>, ce que souligne également le Comité des droits de l'homme<sup>656</sup>. La Convention 169 de l'Organisation internationale du travail<sup>657</sup> va d'ailleurs dans le même sens lorsqu'elle oblige à sauvegarder les ressources naturelles des peuples indigènes<sup>658</sup>, « ce qui inclut les ressources en eau potable susceptibles d'être polluées par des substances toxiques ou pétrolières ou épuisées par de grandes plantations avides d'eau<sup>659</sup> ».

#### 4.3.2. Le droit à la vie

Le Comité des droits de l'homme a depuis plusieurs années appelé à l'élargissement de l'interprétation du droit à la vie prévu à l'article 6 du Pacte sur les droits civils et politiques :

[...] le Comité a noté que le droit à la vie était trop souvent interprété de façon étroite. L'expression « le droit à la vie [...] inhérent à la personne humaine » ne peut pas être entendue de façon restrictive, et la protection de ce droit exige que les États adoptent des mesures positives. À cet égard, le Comité estime qu'il serait souhaitable que les États parties prennent

652. CESCR, *Le droit à une nourriture suffisante*, *op. cit.*, paragraphe 13.

653. CCPR, *Les droits des minorités* (art. 27) (1994) 8 avril, observation générale 23, paragraphe 3.1.

654. CCPR/C/21/Rev.1, 45<sup>e</sup> session, suppl. n° 40 (A/45/40), vol. II, annexe IX, section A, communication n° 167/1984 – *Bernard Ominayak, chef de la bande du Lac Lubikon c. Canada* – constatations adoptées 26-03-1990.

655. UN Doc. E/CN.4/1995/2-E/CN.4/Sub.2/1994/56, 28 octobre 1994, 34 I.L.M. 541 (1995).

656. CCPR, *Les droits des minorités*, *op. cit.*, paragraphe 3.2.

657. *Convention relative aux peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants* (1989). 28 novembre, OIT, convention n° 169, 28 ILM (1989) 1382.

658. Article 15.

659. H. Smets (2002). *Le droit à l'eau*, Strasbourg, Conseil européen du droit de l'environnement, p. 27, [www.carteleau.org/a\\_propos/](http://www.carteleau.org/a_propos/).

toutes les mesures possibles pour diminuer la mortalité infantile et pour accroître l'espérance de vie, et en particulier des mesures permettant d'éliminer la malnutrition et les épidémies<sup>660</sup>.

Le Comité se réfère ainsi explicitement aux droits économiques et sociaux nécessaires au maintien de la vie, tels que le droit à une nourriture suffisante ou le droit à la santé, et sur la base de l'interdépendance de tous les droits, en appelle à l'obligation de prendre des mesures positives.

Le droit à la vie ne saurait donc être interprété dans la perspective traditionnelle, c'est-à-dire à titre de droit civil et politique exigeant seulement de l'État de s'abstenir de porter atteinte à la vie de ses citoyens et citoyennes<sup>661</sup>. En effet, bien qu'on ne retrouve pas le droit à la vie dans le cadre du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, à la lumière de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, on peut conclure qu'« il est [...] tant un droit économique qu'un droit civil et sa classification dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques plutôt que le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels témoigne d'une certaine absurdité de distinction<sup>662</sup> ».

Dans le cadre de la Déclaration universelle, le droit à la vie « tend », du fait de la présence du droit à un niveau de vie décent, vers la notion de « droit de vivre », interprétation que renforce la *Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant*, puisque dans un même article, elle traite non seulement du droit à la vie, mais également d'un engagement des États d'assurer « dans toute la mesure possible la survie et le développement de l'enfant<sup>663</sup> ».

Dans le cadre d'une telle interprétation du droit à la vie<sup>664</sup>, la reconnaissance du droit d'accès à l'eau potable comme composante de ce

660. CCPR, *Le droit à la vie* (art. 6) 30/04/82. Observation générale 6 (16) a). (16<sup>e</sup> session, 1982), paragr. 5.

661. Traditionnellement, l'interprétation de la portée du droit à la vie protégé en vertu du Pacte international relatif aux droits civils et politiques établissait à l'effet que l'État doit « [...] s'abstenir d'enlever la vie de ses citoyens. » W. Schabas, *op. cit.*, p. 41.

662. *Idem*.

663. *Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant* (1989), Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies Rés. 44/25, 20 novembre : 28 ILM 1448. [Entrée en vigueur le 2 septembre 1990], article 6. Il importe de souligner que cette Convention a été ratifiée par 191 États au 20-09-01.

664. F. Menghistu (1985). « The Satisfaction of Survival Requirements », dans B.G. Ramcharan, *The Right to Life in International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Pub., p. 63-83.

droit serait indiscutable puisque : « Chez l'être humain, une perte d'eau peut avoir des conséquences graves si elle atteint 10 % de la masse contenue dans le corps et peut entraîner la mort à partir de 20 % <sup>665</sup>. »

Ainsi donc, l'interprétation du droit à la vie comme exigeant de la part des États des mesures positives supposerait à tout le moins de répondre aux besoins essentiels en eau, conformément aux obligations précisées dans les Pactes et, s'agissant des besoins essentiels, cette obligation ne serait pas nuancée par les limites de ressources, financières ou naturelles<sup>666</sup>, puisque concomitante aux obligations de coopération internationale en cette matière.

#### 4.3.3. Le droit à la santé

L'accès à l'eau et à l'assainissement est aussi essentiel à la santé<sup>667</sup>. L'OMS estime que 80 % des maladies et le tiers des décès dans les pays en développement sont causés par de l'eau contaminée<sup>668</sup>. Le *Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* stipule que :

Les États parties au présent Pacte reconnaissent le **droit** qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mental qu'elle soit capable d'atteindre. Les mesures que les États parties au présent Pacte prendront en vue d'assurer le plein exercice de ce droit **devront comprendre les mesures nécessaires pour assurer** : a) la diminution de la mortalité et de la mortalité infantile, ainsi que le développement sain de l'enfant ; b) l'amélioration de tous les aspects de l'**hygiène du milieu** et de l'hygiène industrielle ; c) la prophylaxie et le **traitement des maladies épidémiques, endémiques** [...] <sup>669</sup>

La portée de ce droit et les obligations des États parties qui en découlent ont été précisées récemment avec force détails par le comité du Pacte :

Lors de la rédaction de l'article 12 [...] la formulation [...] ne se limite pas au droit aux soins de santé. Au contraire, comme il ressort du processus d'élaboration et du libellé spécifique du paragraphe 2 de l'article 12, le droit à la santé englobe une grande diversité de facteurs socioéconomiques de nature à promouvoir des conditions dans lesquelles les êtres humains

665. *Le droit d'accès de tous à l'eau potable et aux services d'assainissement* (1998) établi par M. El Hadji Guissé, Rapporteur spécial, 50<sup>e</sup> session, E/CN.4/Sub.2/1998/7, 10 juin, p. 2. L'observation générale n° 15 du CESCR, *op. cit.*, renvoie aussi au droit à la vie au paragr. 3.

666. S.C. McCaffrey, « A Human Right to Water... », *loc. cit.*, p. 12.

667. Le Comité CESCR, dans les lignes directrices pour la préparation des rapports nationaux sur la mise en œuvre de l'article 12 du Pacte, demande de préciser les personnes ayant accès à l'eau (E31992/23).

668. *Agenda 21*, *op. cit.*, paragr. 18.47.

669. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, *op. cit.*, article 12. Les caractères gras sont de nous.

peuvent mener une vie saine et s'étend aux facteurs fondamentaux déterminants de la santé tels que l'alimentation et la nutrition, le logement, **l'accès à l'eau salubre et potable et à un système adéquat d'assainissement**, [...] <sup>670</sup>

Si le droit à la santé crée des obligations de « mise en œuvre progressive » selon les moyens dont disposent les États parties, le comité interprète cependant l'accès à l'eau potable et à l'assainissement comme un des éléments fondamentaux déterminants qui ne semblent pas devoir être soumis à des conditions de moyens :

12. Le droit à la santé [...] suppose l'existence des éléments interdépendants et essentiels suivants, **dont la mise en œuvre précise dépendra des conditions existant dans chacun des États parties** :
  - a) Disponibilité. [...] La nature précise des installations, des biens et des services dépendra de nombreux facteurs, notamment du niveau de développement de l'État partie. Ces installations, biens et services **comprendront toutefois les éléments fondamentaux déterminants de la santé tels que l'eau salubre et potable et des installations d'assainissement appropriées**, [...] <sup>671</sup>

L'accès à l'eau potable étant considéré comme une condition *sine qua non* de la santé, cela crée pour les États des obligations de nature préventive, visant à assurer la qualité de l'eau à la source par la prévention de la pollution, d'une part, mais aussi la mise en place d'infrastructures minimales d'assainissement et de distribution de telle sorte que l'ensemble de la population ait accès à une eau de qualité suffisante pour préserver sa santé.

L'obligation de mettre en œuvre le droit à la santé requiert des États parties, entre autres, [...] de garantir l'égalité d'accès à tous les éléments déterminants de la santé tels qu'une alimentation sûre sur le plan nutritif **et de l'eau potable, un assainissement minimum** [...] Les États sont également tenus d'adopter des mesures contre les dangers pesant sur l'hygiène du milieu et du travail et contre toute autre menace mise en évidence par des données épidémiologiques. À cet effet, **ils devraient élaborer et mettre en œuvre des politiques nationales visant à réduire et à éliminer la pollution de l'air, de l'eau et du sol**, [...] <sup>672</sup>

670. CESCR, *Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint* 11/08/2000. E/C.12/2000/4, Observation générale 14, 22<sup>e</sup> session Genève, 25 avril-12 mai 2000, paragr. 4. Les caractères gras sont de nous.

671. *Ibid.* ; les caractères gras sont de nous : l'accès à l'eau semble si stratégique pour la mise en œuvre du droit à la santé qu'on le retrouve à plusieurs endroits de cette observation : paragr. 11, 12b), 12c), 15, 34, 43c) et 51.

672. *Ibid.*, paragraphe 36. Les caractères gras sont de nous.

L'absence d'accès à une eau potable de qualité et d'installations sanitaires, parce qu'elle atteint la santé, atteint aussi d'autres droits humains, y compris le droit à l'éducation<sup>673</sup> et le droit au développement<sup>674</sup>, puisque aucun pays ne peut se développer durablement sans une population en santé: « *Diarrhoeal episodes leave millions more children underweight, mentally and physically stunted, easy prey for deadly diseases and so drained of energy that they are ill equipped for the primary task of childhood: learning*<sup>675</sup>. » Illustration, encore une fois, de l'interdépendance de tous les droits.

#### 4.3.4. Le droit à un niveau de vie suffisant

L'article 11(1) du Pacte spécifie qu'un niveau de vie suffisant doit permettre entre autres<sup>676</sup> l'accès à « une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence ». Le niveau de vie suffisant ne se définit pas selon une mesure matérielle objective fixe mais bien en fonction du niveau de développement d'une société donnée et des conditions d'exercice de l'ensemble des droits dans ce contexte<sup>677</sup>. Il suppose cependant, au minimum, les conditions nécessaires à la dignité humaine et, dans tous les cas, l'accès à l'eau potable et à l'assainissement est une condition indispensable pour assurer le bien-être et la santé, tel que le prévoit l'article 25 de la Déclaration universelle des droits de l'homme<sup>678</sup>.

#### **Le droit au logement**

Le logement, explicitement mentionné dans la liste des biens auxquels un niveau de vie suffisant doit permettre d'accéder, a été par la suite précisé, dans son contenu, par le Comité du Pacte, qui spécifie que :

Un logement convenable doit comprendre certains équipements essentiels à la santé, à la sécurité, au confort et à la nutrition. Tous les bénéficiaires du droit à un logement convenable doivent avoir un accès

673. Les conditions difficiles d'approvisionnement en eau touchent particulièrement les femmes et les petites filles en milieu rural : H. Guissé, rapport 1998, *op. cit.*, paragr. 23 ; CESCR, observation n° 15, *op. cit.*, paragr. 16.

674. *Déclaration sur le droit au développement* (1986). Rés. 41/28 du 4 déc., Doc. Off. A.G. 41<sup>e</sup> session, suppl. 53.

675. A.H. Khan (1997). « The Sanitation Gap : Development's Deadly Menace », *Unicef*, information.

676. Voir pour le caractère non exhaustif de cette énumération, L. Lamarche, *op. cit.*, p. 336 ; ainsi que l'observation générale n° 15 du CESCR, *op. cit.*, paragr. 3.

677. L. Lamarche, *op. cit.*, p. 443-444.

678. P.H. Gleick, « The Human Right to Water », *loc. cit.*, p. 491.

permanent à des ressources naturelles et communes: **de l'eau potable**, de l'énergie pour cuisiner, le chauffage et l'éclairage, **des installations sanitaires et de lavage**, [...]<sup>679</sup>

Le droit à un logement suffisant a été défini dans le cadre plus général du droit à un revenu suffisant, en tenant compte du critère de base de la dignité humaine: « [...] le droit à un lieu où l'on puisse vivre en sécurité, dans la paix et la dignité<sup>680</sup>. »

### **Le droit à une nourriture suffisante**

L'accès à l'eau doit aussi être analysé comme partie intégrante du droit d'être à l'abri de la faim, défini dans le *Pacte* comme « le droit de chaque être humain d'avoir accès à une nourriture saine et nutritive [...] de manière à pouvoir développer pleinement ses capacités physiques et mentales et les conserver ».

Même s'il existe une certaine controverse au plan international quant à la responsabilité des États en matière de garantie de « biens économiques<sup>681</sup> » la faim, elle, fait l'objet d'une reconnaissance particulière quant à la responsabilité des États: « Les États parties au présent Pacte, reconnaissant le droit fondamental qu'a toute personne d'être à l'abri de la faim, adopteront, individuellement et au moyen de la coopération internationale, les mesures nécessaires, y compris des programmes concrets [...] <sup>682</sup>. » Cela concerne notamment « la réforme des régimes agraires, et une répartition équitable des ressources alimentaires mondiales » (Art. 11,2 b). Au-delà donc, des obligations générales prévues à l'article 2 du Pacte, les États se sont engagés à des moyens spécifiques de mise en œuvre à l'égard du droit d'être à l'abri de la faim<sup>683</sup>, considéré comme indissociable de la dignité humaine<sup>684</sup>.

L'eau peut être considérée comme partie intégrante de ce droit à deux titres; d'une part, aucune alimentation saine ne peut faire abstraction de cet élément essentiel à la survie et d'autre part, l'eau est

679. CESCR, *Le droit à un logement suffisant (art. 11, parag. 1 du Pacte)* 13/12/91. Observation générale 4. (Sixième session, 1991), Paragraphe 8.b). Les caractères gras sont de nous.

680. *Ibid.*, parag. 7.

681. Voir à ce sujet les discussions entourant le « droit au logement », *Y a-t-il un droit au logement?* (1996). Département de l'information, ONU, février; cette interprétation libérale est soutenue par les États-Unis; pour un point de vue contraire voir T. Buergenthal (1991). « Human Rights Revolution », *St. Mary Law Journal*, vol. 23, p. 3-13.

682. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, *op. cit.*, article 11 (2).

683. L. Lamarche, *op. cit.*, p. 75.

684. CESCR, *Le droit à une nourriture suffisante (art. 11)* 12/05/99. E/C.12/1999/5, Observation générale 12. (General Comments) Vingtième session, 26 avril – 14 mai 1999, paragraphe 4.

aussi nécessaire et non substituable pour la production des denrées alimentaires de base<sup>685</sup>. Le Comité, dans son observation générale à cet égard, précise que : « le droit à une nourriture suffisante est réalisé lorsque chaque homme, chaque femme et chaque enfant, seul ou en communauté avec d'autres, a physiquement et économiquement accès à tout moment à une nourriture suffisante ou aux moyens de se la procurer<sup>686</sup> ». L'eau fait ici partie de la nourriture suffisante et des moyens de se la procurer.

Par ailleurs, l'ensemble des critères applicables pour déterminer le contenu de ce droit peut s'appliquer à l'eau : elle doit être exempte de substances nocives et son accessibilité doit être durable<sup>687</sup> ; les États doivent « s'abstenir de prendre des mesures qui aient pour effet de priver quiconque de cet accès [...] et] veiller à ce que des entreprises ou des particuliers ne privent pas des individus de l'accès [...] »<sup>688</sup>. Selon le Comité, dans le cas où un individu ou un groupe se trouve dans l'impossibilité d'exercer son droit à une nourriture suffisante par ses propres moyens, l'État doit « donner effet directement à ce droit<sup>689</sup> ».

Enfin, estime le Comité, la mise en œuvre du droit à une nourriture suffisante exige de « veiller à assurer la gestion et l'utilisation les plus durables des ressources naturelles et autres servant à la production alimentaire aux niveaux national, régional, local et à celui des ménages » (paragr. 25). La mise en œuvre de ce droit comprendrait donc l'obligation d'une politique de gestion durable des ressources en eau<sup>690</sup>.

#### 4.4. POPULATIONS VULNÉRABLES ET SITUATIONS EXCEPTIONNELLES

Malgré l'absence de mention explicite dans les deux Pactes, on retrouvera le droit d'accès à l'eau potable et à l'assainissement sous différentes formes dans d'autres instruments de droits humains visant à protéger les droits de certains groupes plus vulnérables. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels aura aussi le souci, dans ses interprétations, de préciser les droits des personnes appartenant à ces groupes eu égard au droit d'accès à l'eau, explicitement<sup>691</sup>. Dans un cas spécifique,

685. P.H. Gleick (dir.), *The World's Water 2000-2001...*, *op. cit.*, p. 6.

686. CESCR, Observation générale 12, *op. cit.*, paragr.6.

687. *Ibid.*, paragr. 8 ; ainsi que CESCR, observation générale n° 15, *op. cit.*, paragr. 12.

688. *Ibid.*, paragr. 15. Les coupures d'eau peuvent être considérées dans cette interdiction.

689. *Ibid.*, ce qui signifie clairement de *donner des vivres* précisera le Comité.

690. CESCR, Observation générale n° 15, *op. cit.*, paragr. 11.

691. Dans son observation générale n° 15, *op. cit.*, paragr. 16, il aborde spécifiquement le cas des femmes (a), des enfants (b), des populations rurales et urbaines pauvres (c), des populations indigènes (d), des populations nomades (e), des réfugiés (f), des prisonniers (g), et des personnes ayant des difficultés physiques d'accès (h).

celui des populations indigènes, les interprétations du Comité en plusieurs matières dépasseront la considération stricte de l'accès à l'eau potable et à l'assainissement pour circonscrire l'espace des droits humains liés aux ressources en eau. Enfin, le contenu et l'interprétation donnés au droit d'accès à l'eau dans certaines situations exceptionnelles nous renseignent sur son importance dans le droit international des droits de la personne.

#### 4.4.1. Les groupes vulnérables

Est-ce parce qu'ils sont plus récents ou parce qu'ils visent des groupes particulièrement vulnérables que certains instruments explicitent le droit à l'eau? C'est le cas de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* adoptée en 1979<sup>692</sup>, qui stipule à son article 14(2) que :

Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans les zones rurales afin d'assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, leur participation au développement rural et à ses avantages et, en particulier, ils leur assurent le droit : [...]

h) De bénéficier de conditions de vie convenables, notamment en ce qui concerne le logement, l'assainissement, l'approvisionnement en électricité et en eau, les transports et les communications.

Plus précise encore, la *Convention relative aux droits de l'enfant*, adoptée en 1989, stipule à son article 24 que :

1. Les États parties reconnaissent le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible et de bénéficier de services médicaux et de rééducation. Ils s'efforcent de garantir qu'aucun enfant ne soit privé du droit d'avoir accès à ces services.

2. Les États parties s'efforcent d'assurer la réalisation intégrale du droit susmentionné et, en particulier, prennent les mesures appropriées pour : [...]

c) lutter contre la maladie et la malnutrition, y compris dans le cadre de soins de santé primaires, grâce notamment à l'utilisation de techniques aisément disponibles et à la fourniture d'aliments nutritifs et d'eau potable, compte tenu des dangers et des risques de pollution du milieu naturel ;

Cet article vient corroborer l'interprétation selon laquelle le droit d'accès à l'eau potable doit être considéré comme partie intégrante du droit à la santé. Il indique clairement, de plus, une obligation positive des États. Une telle responsabilité suppose au minimum, du point de

---

692. Communément appelée CEDAW ; Rés. Assemblée générale des Nations Unies 34/180, 18-12-1979, en vigueur le 3-09-81, ratifiée par 177 États en août 2004. L'article 14(2) constitue l'une des rares obligations immédiates prévues par cette Convention.

vue des rapports interétatiques, qu'aucun État ne puisse dénier à un autre la possibilité de mettre en œuvre ce droit en le privant des ressources en eau d'un cours d'eau international<sup>693</sup>. Ce droit supposerait en outre une priorité absolue aux usages domestiques de l'eau puisque là réside l'accès principal des enfants à l'eau potable.

Il faut souligner que cette Convention, entrée en vigueur en 1990, a été très largement ratifiée. On peut presque parler d'une Convention universelle dans la mesure où 192 États y sont parties en août 2004.

Par ailleurs, s'agissant des enfants, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, dans son observation portant sur l'éducation, précisera au titre des *dotations* nécessaires à la mise en œuvre effective de ce droit que : « [...] dans tous les cas, il faudra probablement prévoir des bâtiments ou autres structures offrant un abri contre les éléments naturels, des toilettes tant pour les filles que les garçons, un approvisionnement en eau potable, [...] »<sup>694</sup>

De la même manière le comité jugera-t-il bon de rappeler dans son observation générale portant sur les droits des personnes âgées que : « Les personnes âgées devraient avoir accès, en suffisance, aux vivres, à l'eau, au logement, [...] grâce à leurs revenus, au soutien des familles et de la communauté et à l'auto-assistance<sup>695</sup>. »

#### 4.4.2. L'application des droits humains en situation de sanctions économiques

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a jugé nécessaire de préciser les obligations des États en matière de protection, promotion et mise en œuvre des droits, même en situation de sanctions économiques, considérant que ces dernières avaient de graves répercussions sur l'exercice de ces droits :

Bien souvent elles perturbent considérablement la distribution de vivres, de produits pharmaceutiques et d'articles d'hygiène ; elles compromettent la qualité des produits alimentaires et l'approvisionnement en eau potable ; elles entravent sérieusement le fonctionnement des systèmes de santé et d'éducation de base et elles portent atteinte au droit au travail<sup>696</sup>.

693. CESCR, Observation générale n° 15, *op. cit.*, paragr. 31.

694. CESCR, *Le droit à l'éducation (art. 13)* (1999). 8 décembre, 21<sup>e</sup> session, Observation générale 13, E/C.12/1999/10, paragraphe 6 a).

695. CESCR, *Droits économiques, sociaux et culturels des personnes âgées* (1995). 8 décembre, Observation générale 6, 13<sup>e</sup> session, E/1996/22, paragraphe 32.

696. CESCR, *Relation entre les sanctions économiques et le respect des droits économiques, sociaux et culturels* (1997). 12 décembre, Observation générale 8, E/C.12/1997/8, paragraphe 3.

Insistant sur les conséquences de telles sanctions sur les groupes vulnérables, le Comité souligne l'inefficacité des exemptions humanitaires, s'agissant par exemple de « la réparation des infrastructures indispensables pour fournir de l'eau propre ou des soins de santé adéquats<sup>697</sup> ». Le Comité rappelle à cet égard la responsabilité, non seulement de l'État en question, mais aussi de la communauté internationale qui décide de ces sanctions et doit en évaluer les conséquences sur les droits reconnus.

#### 4.4.3. Le droit humanitaire

Il est particulièrement significatif de constater que le droit humanitaire comporte des clauses spécifiques s'agissant de l'eau, dans la mesure où, en général, ce qui doit être protégé en temps de guerre devrait l'être aussi en temps de paix<sup>698</sup>. Il serait en effet un peu particulier de considérer qu'un droit protégé en temps de guerre n'ait pas d'existence légale en temps de paix<sup>699</sup>. C'est dans ce champ du droit international que l'on retrouve les premières mentions relatives à l'importance de l'accès à l'eau potable et à l'assainissement dans des instruments juridiques contraignants, en l'occurrence dans les deux protocoles additionnels à la Convention de Genève, mis en vigueur en 1978, soit un an avant l'adoption de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*. Nous accordons notre attention à ces protocoles, plus précis, bien que la Convention elle-même proscrivait déjà les installations hydrauliques comme objectifs militaires.

Le premier protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949, relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, adopté en 1977, stipule à son article 54(2) que :

**Il est interdit d'attaquer, de détruire, d'enlever ou de mettre hors d'usage des biens indispensables à la survie de la population civile, tels que des denrées alimentaires et les zones agricoles qui les produisent, les récoltes, le bétail, les installations et réserves d'eau potable et les ouvrages d'irrigation, en vue d'en priver, en raison de leur valeur de subsistance, la population civile ou la partie adverse, quel que soit le motif dont on s'inspire, que ce soit pour affamer des personnes civiles, provoquer leur déplacement ou pour toute autre raison<sup>700</sup>.**

De plus, le second protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949, relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, adopté lui aussi en 1977, précise à son

697. *Ibid.*, paragr. 5.

698. S.C. McCaffrey, « A Human Right to Water... », *loc. cit.*, p. 21.

699. J. Sohnle, *op. cit.*, p. 417.

700. *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux* (Protocole I), adopté le 8 juin 1977 et entré en vigueur le 7 décembre 1978. Les caractères gras sont de nous.

article 5(1)b): « Les personnes visées au présent paragraphe recevront dans la même mesure que la population civile locale des vivres et de l'eau potable [...] ». En outre, l'article 14 de ce protocole prévoit la protection des biens indispensables à la survie de la population civile, presque dans les mêmes termes que l'article 54 du premier protocole.

De fait, il peut être soutenu que le droit d'accès à l'eau potable est, en pratique, partie intégrante de tous les droits humains puisque sans eau, le premier de ces droits, le droit à la vie, ne peut être respecté.

#### **4.5. LA PORTÉE DES « BESOINS HUMAINS ESSENTIELS » DANS LA CONVENTION DE NEW YORK**

Au-delà des conflits qui peuvent surgir entre États concernant le partage des ressources en eau, essentielles au développement, la problématique de l'eau au plan international recèle donc aussi une dimension de droit humain majeure puisque près du quart de la population mondiale n'a actuellement pas accès à cette ressource vitale en quantité et qualité suffisantes. Signalons que près de 30 000 personnes meurent chaque jour de ce manque d'accès à l'eau et à l'assainissement.

Pourtant, malgré l'existence de traités contraignants largement ratifiés, la Convention de New York, destinée à régler les rapports entre États, ne prend pas en compte la nature et la portée des engagements pris par ailleurs. Un tel instrument juridique classique peut-il tenir compte de cet aspect de la problématique de l'eau ?

##### **4.5.1. Une absence de qualification explicite : besoins essentiels et droits humains**

Nulle part dans la Convention de New York, ni dans les commentaires intégrés au projet de la CDI, n'est utilisé nommément le concept de droit humain. La considération d'un droit d'accès à l'eau potable exige que les États aient des obligations au plan national, envers leurs populations, pas seulement les uns envers les autres. Or, au plan juridique strict, la Convention ne crée aucune obligation de cette sorte. L'affirmation des besoins humains essentiels ne s'accompagne d'aucune obligation juridique de protection, de promotion et de mise en œuvre d'un droit humain correspondant, qui aurait exigé une priorité explicite. Bien que les besoins domestiques soient de plus en plus considérés comme devant l'emporter sur d'autres utilisations, il n'existe aucune règle impérative en ce sens<sup>701</sup>.

701. J. Sohnle, *op. cit.*, p. 183.

Les débats à la 6<sup>e</sup> Commission<sup>702</sup>, ont montré par ailleurs qu'il n'y avait pas unanimité<sup>703</sup> sur la signification des besoins humains de base définis dans le commentaire : « [...] en **quantité suffisante** pour la vie humaine, qu'il s'agisse de l'eau potable ou de l'eau réservée aux productions vivrières destinées à empêcher la famine ». Certains États auraient préféré restreindre la portée des besoins humains essentiels à l'eau potable et aux usages domestiques<sup>704</sup>.

#### 4.5.2. Une priorité qui n'en est pas une

La Convention de New York, non seulement ne reconnaît pas formellement l'accès à l'eau potable comme un droit humain, ni aucune priorité à un tel droit<sup>705</sup>, mais, selon certains auteurs, sa formulation risque même de nuire à l'implantation des recommandations de l'Agenda 21 à cet égard, dans la mesure où, ne reconnaissant pas de priorité claire, elle fournit des arguments légaux aux États qui voudraient soutenir que d'autres usages priment sur celui-là<sup>706</sup>.

En fait, la Convention de New York est quasi muette sur ce sujet. La seule mention qu'on y retrouve est le paragraphe 2 de l'article 10 qui stipule que « En cas de conflit entre les utilisations d'un cours d'eau international, le conflit est résolu eu égard aux articles 5 à 7, une **attention spéciale** étant accordée à la satisfaction des besoins humains essentiels<sup>707</sup> ».

Selon l'interprétation de certains auteurs<sup>708</sup>, il s'agirait là d'une véritable priorité, mais comme le paragraphe précédent vise justement à préciser qu'aucun usage n'est prioritaire, et que l'expression employée ici n'est pas « une priorité sera accordée » mais « une attention spéciale », on doute que cette dernière puisse être interprétée comme une obligation réelle de donner la priorité aux besoins humains de base. Le commentaire de la CDI stipule que :

702. S.C. McCaffrey, dans M.A.S. Salman, *loc. cit.*, p. 25, affirme que : « Cette expression [...] a été longuement débattue... »

703. Il reste malgré tout que ce sujet n'a pas fait l'objet de divisions aussi tranchées que d'autres aspects de la Convention ; il y a peut-être lieu de parler ici de consensus.

704. Dont l'Afrique du Sud, Israël et les Pays-Bas : dans L. Cafilisch, « La Convention du 21 mai 1997... », *loc. cit.*, p. 782.

705. N. Nelson, *loc. cit.*

706. E. Hey, « Sustainable Use of Shared Water Resources... », *loc. cit.*, p. 132. C'est aussi l'interprétation de C. Golay, *op. cit.*, que nous partageons après avoir examiné les commentaires de la CDI.

707. Convention de New York, *op. cit.*, article 10, paragr. 2, les caractères gras sont de nous.

708. P.H. Gleick, « The Human Right to Water », *loc. cit.*, p. 495.

Cependant, en arrêtant la façon dont ils vont résoudre un conflit de ce genre, les États du cours d'eau doivent faire de « la satisfaction des besoins humains essentiels... une considération primordiale », c'est-à-dire qu'ils doivent veiller à fournir de l'eau en **quantité suffisante** pour la vie humaine, qu'il s'agisse de l'eau potable ou de l'eau réservée aux productions vivrières destinées à empêcher la famine. Ce critère est **une forme accentuée du facteur défini à l'article 6, paragraphe 1b)** qui fait état des « besoins économiques et sociaux des États du cours d'eau concerné ». Étant donné que le paragraphe 2 renvoie à l'article 6, ce facteur est de toute façon **l'un de ceux dont les États du cours d'eau intéressés devront tenir compte** pour trouver une solution à un conflit entre les utilisations du cours d'eau<sup>709</sup>.

Dans la mesure où la considération des facteurs énoncés à l'article 6 est fondée, d'une part, sur le fait que la liste n'est pas exhaustive et, d'autre part sur le fait qu'aucun n'a en soi la priorité sur les autres, on peut se demander quelle est la portée réelle du second paragraphe de l'article 10. L'article 6, dans un premier temps, semble en effet laisser à la discrétion des États le poids relatif à donner aux besoins vitaux humains par rapport à d'autres besoins économiques et sociaux et aux autres facteurs énumérés<sup>710</sup>. Le fait qu'on ait ajouté au projet de la CDI le facteur de « la population tributaire du cours d'eau dans chaque État du cours d'eau<sup>711</sup> » n'y change rien par ailleurs, dans la mesure où la CDI considère approprié d'inscrire, dans son commentaire, que ce critère est « un de ceux dont les États devront tenir compte ». Il ne semble pas que l'objectif de l'inclusion de ce paragraphe ait été de donner un caractère impératif aux besoins humains de base. Il ne constitue pas, selon nous, une reconnaissance, même implicite, d'un droit d'accès à l'eau potable en tant que droit humain, une telle reconnaissance comportant une obligation de mise en œuvre.

Plus encore, le paragraphe 2 de l'article 10 commence par les mots « en cas de conflit ». Une telle considération des besoins humains essentiels ne recevrait donc une « attention spéciale » que s'il y avait conflit entre États portant sur les utilisations<sup>712</sup>. Or, un droit humain suppose la reconnaissance de l'obligation, pour les États, d'assurer un tel accès aux populations sous leur juridiction, comprenant au moins trois dimensions : fournir à toute personne sous sa juridiction la quantité minimale pour une existence décente et assurer l'amélioration

709. *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 46<sup>e</sup> session*, *op. cit.*, commentaire de l'article 10, paragr. 4. Les caractères gras sont de nous.

710. E. Hey, « Sustainable Use of Shared Water Resources... », *loc. cit.*, p. 131.

711. *Convention de New York*, *op. cit.*, article 6 (1) c).

712. Pour la différence entre conflits de partage et conflits d'utilisation, voir C. Golay, *op. cit.*

progressive dans la fourniture d'eau de qualité selon les moyens<sup>713</sup> de l'État, pour le présent. Cela voudrait dire aussi que, dans leurs relations mutuelles, les États ont, entre eux, au minimum le devoir de ne pas nuire à la mise en œuvre de ce droit<sup>714</sup>, et même de concourir à sa réalisation effective selon les termes de la Charte des Nations Unies, article 3. La reconnaissance d'un droit humain imposant des obligations impératives aux États, le droit d'un État riverain à recevoir de l'eau en quantité et qualité suffisantes pour satisfaire les besoins de base de sa population devrait constituer un critère « non négociable » dans le cadre du droit interétatique contractuel<sup>715</sup>. Et, enfin, troisième dimension, l'existence et la reconnaissance juridique d'un droit humain d'accès à l'eau potable posent la question d'un droit au développement soutenable des ressources en eau, au minimum pour assurer la réalisation effective de ce droit, et des autres droits qui en dépendent, pour les prochaines générations.

Les grandes atteintes aux droits humains et l'absence de règles – ou de mécanismes quand les règles existent – propres à les combattre demeurent une des principales faiblesses du droit international de l'eau, dans la mesure où les conflits autour de cette ressource vitale ne sont pas que des conflits entre États; ils sont aussi, souvent, des conflits entre un État et un ou des groupes de population, même lorsqu'il s'agit d'utilisations ayant des répercussions internationales et ayant fait l'objet d'ententes entre les États concernés. Ces ententes entre États pour les utilisations des ressources communes en eau, en général, ne permettent pas aux populations de se faire entendre<sup>716</sup> et n'ouvrent de recours, quand ils existent, qu'aux États. Or trop souvent, les « besoins économiques et sociaux » de larges groupes de la population ne sont pas représentés effectivement par les États :

---

713. E. Benvenisti, *loc. cit.*, p. 406.

714. S.C. McCaffrey « A Human Right to Water... », *loc. cit.*

715. Si dans les sociétés internes les droits humains font partie de la loi et s'imposent au-dessus de la liberté contractuelle, il devrait en toute logique en être de même au plan international, qu'il s'agisse de traités entre États ou de contrats entre État et entreprises. On peut se demander si la reconnaissance de la nécessité d'une loi au-dessus des contrats, dans leur intérêt bien senti, n'est pas ce qui motive la position des multinationales françaises de l'eau qui plaident pour la reconnaissance du droit. G. Mestrallet (2001). « La vraie bataille de l'eau », *Le Monde*, 26 octobre.

716. Il faut souligner ici l'exception que constitue la Commission mixte internationale Canada/ États-Unis qui, au sujet des prélèvements massifs dans le système Grands Lacs/ Saint-Laurent, a pris l'initiative de consulter la population des deux côtés de la frontière. Aucun recours formel n'existe cependant.

*The right to water can also be extended to include consideration for the millions of people who faced forced migration due to national policies. [...] Important cases where representation on the state level becomes inadequate is where peoples lack statehood, or recognition of statehood (obvious examples being the Palestinians, the Kurds and many indigenous peoples) [need] a better codification of the status of water in international law to avoid these loop-holes for injustice in the state-system*<sup>717</sup>.

La Convention de New York ne contient à l'évidence aucune norme propre à garantir la protection des droits de ces groupes ou communautés. Le cadre des relations interétatiques ne garantit pas en soi que tous les besoins de l'ensemble des populations seront pris en compte dans la balance des divers facteurs destinés à déterminer l'équité. Que l'on pense au Soudan, où les relocalisations représentent pratiquement une sentence de mort pour des milliers de personnes, majoritairement chrétiennes ou animistes, qu'elles privent d'accès à l'eau<sup>718</sup>, ou aux multiples cas de déplacements forcés comme conséquence de projets étatiques ou interétatiques de développement des ressources hydriques<sup>719</sup>.

La protection des droits humains relève d'abord et avant tout de la responsabilité de l'État à l'égard de la population qu'il représente<sup>720</sup>. Mais, dans les faits, une grande partie des ressources planétaires en eau est située dans des bassins hydrographiques transfrontaliers. Il s'ensuit que la mise en œuvre du droit d'accès à l'eau potable repose en partie sur le partage de ces ressources communes. La reconnaissance d'un droit d'accès à l'eau potable en tant que droit humain suppose donc non seulement une obligation de l'État à l'égard de ses citoyens et citoyennes, mais aussi le droit d'un État riverain à prélever du cours d'eau international, une quantité d'eau suffisante, de qualité adéquate, pour répondre aux besoins de base de sa propre population, dans la mesure où le débit de ce cours d'eau international le permet pour l'ensemble des États riverains. Ainsi interprété, le droit international des droits humains pourrait être appelé à jouer un rôle important dans la résolution des conflits interétatiques autour des ressources en eau, malgré le fait que la Convention de New York ne l'ait pas intégré explicitement.

Dans tous les cas d'ailleurs, où les pays ont ratifié les Pactes, ne devraient-ils pas être soumis de toutes manières à ces obligations et une priorité n'existe-t-elle pas déjà du fait des obligations en matière de droits humains prévues à la Charte des Nations Unies ?

717. *National Sovereignty and International Watercourses*, *op. cit.*, p. 53.

718. S.C. McCaffrey, « A Human Right to Water... », *loc. cit.*, p. 6. Même dans le conflit actuel au Darfour l'accès à l'eau tient une place importante.

719. E. Benvenisti, *loc. cit.*, p. 407.

720. E. Hey, « Sustainable Use of Shared Water Resources... », *loc. cit.*, p. 129.

## CONCLUSION

### Le défi de l'inscription de l'être humain dans le droit international

*However, on the basis of legal-policy consideration, I have come to the conclusion that fundamental changes are required in the draft articles, if these articles are to facilitate instead of hamper the implementation of Chapter 18 of Agenda 21. [...] a paradigmatic shift of emphasis from the discretionary role of states to the functional role of states in international watercourses law. What is needed is a shift of emphasis from states being bound by international law only at their own discretion to states having responsibility to develop and implement international law in order to further interests of humankind<sup>721</sup>.*

Si l'on considère la Convention de New York du point de vue de l'évolution de ce secteur du droit international, malgré un décalage important en regard de la gravité de la situation actuelle, on peut établir les constats suivants : le fait que la souveraineté sur cette ressource soit « limitée » semble très largement accepté par la communauté des États<sup>722</sup> ; la nécessité de protéger les ressources en eau dans une certaine mesure est reconnue, bien que les débats autour du concept de développement durable aient illustré la primauté accordée au développement par encore beaucoup d'États ; et enfin, les besoins humains essentiels ont aussi acquis une certaine reconnaissance dans la mesure où aucun État n'a souhaité retirer au moins l'accès à l'eau potable de l'*attention spéciale* à laquelle appelle la Convention.

La Convention de New York reflète avant tout l'évolution récente, des deux ou trois dernières décennies, dans ce champ du droit international. Elle pose ainsi le principe de l'utilisation équitable, l'obligation de coopérer et l'importance de la protection de l'environnement dans un domaine où, jusqu'à présent, n'étaient assurés que les principes coutumiers de la préséance de la navigation et de l'interdiction de causer des dommages aux autres États. Elle n'ouvre cependant en aucune manière sur une considération globale des enjeux des ressources en eau<sup>723</sup>, ni ne prend en compte le caractère désormais coutumier du droit à la vie.

721. E. Hey, « Sustainable Use of Shared Water Resources... », *loc. cit.*, p. 127.

722. À l'exception de la Chine et du Rwanda. A. Schwabach, « The United Nations Convention... », *loc. cit.*, p. 279.

723. E. Hey, « The Watercourses Convention... », *loc. cit.*, p. 291.

La Convention de New York ne fournira assurément pas le cadre juridique nécessaire à une considération de l'eau en tant que ressource vitale commune de l'humanité. N'ayant pas réussi à dépasser le paradigme traditionnel des relations interétatiques, fondé sur la compétition et la concurrence des usages et des usagers, cette Convention n'ouvre l'espace de la considération d'un intérêt commun ni du point de vue de la préservation, ni du point de vue de la répartition de l'eau<sup>724</sup>.

La Convention de New York ne peut être considérée comme un cadre général susceptible de favoriser, sinon de garantir, la préservation adéquate des ressources planétaires en eau, pour la reproduction des écosystèmes et donc pour les générations futures. Elle n'est pas apte non plus à répondre aux enjeux de redistribution que soulève le droit d'accès à l'eau potable, qui devrait s'imposer dans ce domaine comme ailleurs, par des règles de priorité au plan substantif et par des recours effectifs au plan procédural. On peut même se demander si elle contribuera véritablement à l'atteinte de son objectif formel, celui de permettre la résolution pacifique des conflits entre États autour de cette ressource commune. En somme, le droit international ne fournit toujours aucun instrument général adapté à la complexité de la problématique de l'eau et pouvant fournir des réponses normatives pertinentes.

---

724. J. Brunnée et S.J. Toope, *loc. cit.*, p. 49.

# Chapitre

# 5

## **Développement inégal des outils politiques et juridiques dans les différentes parties du monde**

*[...] la grande majorité des institutions qui ont été mises en place pour organiser la collaboration dans le domaine des eaux non maritimes fonctionnent en utilisant comme champ d'application le fleuve international. En second lieu tout démontre que les États ont fait en sorte que l'institutionnalisation de la coopération ne génère aucune structure qui échappe à leur contrôle<sup>725</sup>.*

Le droit international des cours d'eau, jusqu'à l'adoption de la Convention de New York, était essentiellement formé d'accords bilatéraux ou multilatéraux. Nombreux, ceux-ci ne couvrent cependant pas tous les

---

725. R. Marchario, *op. cit.*, p. 290.

cours d'eau internationaux, loin s'en faut<sup>726</sup> et, dans la majorité des cas, tous les pays riverains d'un même cours d'eau ne sont pas parties à de tels accords<sup>727</sup>.

Nous verrons ci-après que, si la tendance générale de ces accords est assez fidèlement reflétée par la Convention de New York, malgré quelques retardataires<sup>728</sup> (section 5.1), il existe des accords qui ont tenté d'aller plus loin et de prendre en compte plus efficacement certains aspects de la problématique de l'eau (section 5.2). Nous examinerons certains aspects de ces accords, du point de vue des règles qu'ils énoncent, en toute conscience du fait que matériellement<sup>729</sup> ou politiquement<sup>730</sup>, la mise en œuvre de ces textes subit parfois des contraintes importantes<sup>731</sup>.

Il importe d'ailleurs de rappeler que la Convention de New York, contrairement aux Conventions cadres adoptées à Rio ou à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, ne contient aucune clause visant à assurer le soutien financier et technique des pays en développement afin qu'ils puissent effectivement mettre en œuvre la Convention<sup>732</sup>. Or, dans plusieurs régions du monde, la mise en œuvre de traités bilatéraux ou multilatéraux portant sur le développement des ressources

726. J. Sironneau (1993) évalue à 61 le nombre de bassins couverts par des accords internationaux dans « Solutions techniques, institutionnelles et juridiques », *L'eau, enjeu planétaire : Dossier, Géopolitique*, p. 63.

727. À titre d'exemples, si la Guinée est partie aux premiers accords sur le fleuve Sénégal, elle ne l'est pas aux accords de 1972 ; l'Accord sur le Kagera ne comprend pas l'Ouganda, et bien que dans l'Accord sur le Zambèze, les parties signataires acceptent l'idée que le plan d'action devrait aussi s'appliquer à l'Angola, au Malawi et à la Namibie, ces derniers n'y sont pas parties.

728. Les rapporteurs spéciaux successifs ont fondé leur travail sur l'étude de ces accords. Voir en particulier, le troisième rapport de Schwebel (1981). Doc. A/CN.4/348 ; ainsi que les rapports de 1986 à 1990 de S. McCaffrey qui examinent thématiquement la pratique des États : Doc. A/CN.4/399 et Add.1 et 2 de 1986 sur l'utilisation équitable ; Doc. A/CN.4/406 et Add.1 et 2 de 1987 sur les principes de coopération ; Doc. A/CN.4/412 et Add.1 et 2 de 1988 sur la protection de l'environnement ; Doc. A/CN.4/421 de 1989 sur les risques et dangers de l'eau ; Doc. A/CN.4/427 et Add. 1 de 1990 sur la gestion, la sécurité des installations et le règlement des différends.

729. Par exemple, le manque de ressources financières et techniques doit être considéré dans la difficulté de mise en œuvre de certains accords africains fondés sur la gestion intégrée. Voir P. Wouters (1997). *International Water Law: Selected Writings of Professor Charles B. Bourne*, p. xvi de la préface, *op. cit.*

730. Le plan Johnston sur le Jourdain est un exemple d'accord dont la réalisation a été entravée pour des raisons politiques. T. Majzoub, *op. cit.*, p. 113-119.

731. Malgré l'approbation par le Congrès des États-Unis du *Colorado River Basin Salinity Control Act* en juin 1974, le gigantesque plan de dessalement de Yuma, en Arizona, n'était toujours pas en fonction à l'été 1994. N. Kliot, *loc. cit.*, p. 196. La faiblesse de mise en œuvre ne dépend donc pas toujours des moyens matériels.

732. D.J. Lazerwitz, *loc. cit.*, p. 12 ; qui donne comme exemple le cas de la Russie.

hydrauliques se trouve largement conditionnée par le financement international. Certains vont d'ailleurs jusqu'à qualifier la gestion des cours d'eau internationaux de « bien public mondial<sup>733</sup> ».

Rappelons, enfin, que les arguments voulant qu'il soit impossible de dégager des règles générales<sup>734</sup>, vu la très grande diversité des cours d'eau, ont largement soutenu un tel développement normatif sectoriel qui recèle pourtant, à l'analyse, des principes généraux similaires malgré la spécificité des cours d'eau auxquels ils s'appliquent. Les réticences demeurent fortes à reconnaître que des principes généraux peuvent et doivent s'appliquer à tous les cours d'eau internationaux, comme en fait foi d'ailleurs l'insistance des États pour que les normes de la Convention de New York n'aient qu'un caractère supplétif : « *General principles of international law cannot cope with the reality that each watercourse system has its own physical peculiarities and it is governed by nations with their own particular sensitivity regarding development*<sup>735</sup>. »

Au-delà de l'argument récurrent de la spécificité de chaque cours d'eau ou de chaque bassin, il est ici considéré que la « sensibilité particulière » des États doit, elle aussi, avoir prépondérance sur des règles générales, eu égard au droit au développement, considéré par cet auteur comme *jus cogens*<sup>736</sup>.

Comme les rapporteurs successifs de la CDI ont examiné minutieusement les accords existants et que de nombreux travaux ont porté sur plusieurs de ces accords bilatéraux et multilatéraux, notamment l'ouvrage récent de Jochen Sohnle<sup>737</sup>, nous nous en tiendrons ici à faire ressortir les principaux éléments qui semblent constituer soit un frein aux principes largement reconnus, soit un développement progressif plus avancé que celui inscrit dans la Convention de New York.

## 5.1. L'ACCEPTATION DE LIMITES À LA SOUVERAINETÉ

Qu'ils soient de stricte répartition des ressources en eau ou qu'ils visent une certaine gestion commune, tous les traités internationaux en matière de cours d'eau reconnaissent, par définition pourrait-on dire,

733. A. Ershammar (dir.) (2001). *Transboundary Water Management as an International Public Good*, Stockholm, Odi/Arcadis/Euroconsult, Étude préparée pour le ministre des Affaires étrangères de la Suède, 129 p.

734. J. Sohnle, *op. cit.*, p. 40-41.

735. S. Upadhye, *loc. cit.*, p. 101.

736. S. Upadhye argumente que le droit au développement relève du *jus cogens* et qu'en ce sens il a prépondérance sur les « règles floues » de droit de l'environnement.

737. *Le droit international des ressources en eau douce : solidarité contre souveraineté* (2002). Paris, La Documentation française, coll. « Monde européen et international », 608 p.

certaines limites à la souveraineté des États qui acceptent d'en être parties. Le fait même de signer un traité en la matière signifie qu'il faut aménager quelque chose, même entre États souverains, et qu'il y a donc des limites à cette souveraineté. Mais accepter qu'il y ait certaines limites à la souveraineté, ce n'est pas reconnaître une communauté d'intérêts sur la gestion des ressources en eau d'un bassin versant ni la nécessité d'une gestion intégrée de ces ressources. Le recul de la souveraineté est, dans bien des cas, timide et obligé. Ce recul n'est pas non plus homogène puisqu'en l'absence d'une véritable communauté d'intérêts, le recul de la souveraineté sera transigé et reproduira les rapports de force.

Le Traité du bassin du rio de la Plata<sup>738</sup>, par exemple, demeure dans de tels cadres traditionnels. Les parties au Traité, « se gardent bien de reconnaître l'existence d'une communauté fluviale ou encore, de la notion moderne de bassin international. Il n'est à aucun moment question des eaux souterraines et atmosphériques [...] La notion de souveraineté est maintenue dans sa conception la plus classique<sup>739</sup> ».

De même, malgré son titre, le Traité de coopération amazonienne n'a de cesse de réaffirmer les souverainetés étatiques sur l'Amazonie<sup>740</sup>. Un projet d'article prévoyant un « programme de coopération en matière d'inspection et de contrôle, pour garantir l'efficacité des mesures de conservation adoptées sur les territoires amazoniens respectifs » aurait même été rejeté par crainte qu'il ne soit interprété comme un mécanisme supranational<sup>741</sup>. Le droit souverain de chaque État d'exploiter les ressources sur son territoire comme il l'entend demeure ici le principe cardinal<sup>742</sup>.

Même à l'intérieur des traités et parmi les États signataires, la concurrence des souverainetés prend le pas sur les intérêts communs. En 1975, la Déclaration de principes conjointe portant sur le Mékong stipulait que : « *The sovereign jurisdiction of a riparian State over mainstream waters is subject to the equal rights of the other riparian States to use the waters.* » Cet engagement ne fut pas réitéré dans l'Accord de 1995. On a reproché à cet accord plus récent de reculer sur le plan de la coopération par rapport à l'accord de 1975 et d'avoir une orientation d'abord

738. *Traité du bassin du rio de la Plata* (1969). Brasilia, 23 avril, RTNU, vol. 875, p. 3. [Argentine, Bolivie, Brésil, Paraguay et Uruguay].

739. J.T. Calasans, *op. cit.*, p. 340.

740. *Ibid.*, p. 342. Particulièrement le préambule et les articles 4, 16 et 19 de cet accord. *Traité en vue de la coopération amazonienne* (1978). Brasilia, 3 juillet, RTNU, vol. 1202, p. 51 ; ILM, vol. 17, p. 1045. [Bolivie, Brésil, Colombie, Équateur, Guyane, Pérou, Suriname et Venezuela].

741. *Ibid.*, p. 345.

742. C.O. Okidi, « Preservation and Protection... », *loc. cit.*, p. 165.

de construction de barrages. C'est un sujet de préoccupation pour les États d'aval, particulièrement pour le Viêt Nam du point de vue de l'effet sur son agriculture<sup>743</sup>.

Limites à la souveraineté donc, pour une ressource qui se joue des frontières, mais pas plus que ne l'exigent les circonstances ; reflet en quelque sorte, du difficile équilibre qu'a tenté d'atteindre la CDI dans le cadre de son travail de codification.

### 5.1.1. Les tendances générales reflétées par les accords régionaux

Les différents rapporteurs de la CDI, dans leur travail de codification, se sont largement appuyés, pour justifier les principes mis de l'avant dans le projet d'articles, sur la pratique des États. Il n'est donc nullement surprenant de retrouver dans de nombreuses conventions multilatérales ou bilatérales, plusieurs des principes inscrits dans la Convention de New York. Les similitudes entre de nombreux accords antécédents à cette Convention<sup>744</sup> ont permis de contourner, dans une certaine mesure, l'argument de la spécificité de chaque cours d'eau, tout en reconnaissant cette spécificité<sup>745</sup>.

#### *Un voisinage encore restreint*

Avant même d'en examiner le contenu, rappelons que les accords portant sur les cours d'eau internationaux ne comprennent pas nécessairement l'ensemble des États du bassin d'une part, et que les traités bilatéraux, même quand les États riverains sont plus de deux, sont de loin les plus nombreux, contournant ainsi l'un des principes qu'aurait souhaité voir consacrer la CDI, soit celui du droit de tous les États à être partie prenante d'une entente qui puisse les affecter<sup>746</sup>.

Les accords qui ne comprennent pas tous les États du bassin peuvent compromettre la mise en œuvre de principes par ailleurs adéquats. C'est le cas notamment de l'Accord du Mékong, auquel la Chine

743. *National Sovereignty and International Watercourses*, *op. cit.*, p. 42.

744. Voir : *Problèmes juridiques posés par les utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation : rapport supplémentaire du Secrétaire général* (1974) Doc. A/CN.4/274, Annuaire de la CDI 1974, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, p. 291-407 ; et Doc. A/5409, p. 37-290, pour une revue relativement exhaustive du droit en la matière au début des années 1970.

745. C.B. Bourne, « The International Law Commissions's Draft Articles... », *loc. cit.*, p. 65.

746. Voir les débats sur les articles 3 et 4 dans *Rapport de la CDI sur les travaux de sa 46<sup>e</sup> session*, *op. cit.* ; ainsi que les *Comptes rendus analytiques de la 35<sup>e</sup> session 3 mai – 22 juillet 1983* (1984) A/CN.4/SER.A/1983, volume 1, p. 175-176, portant alors sur les articles 3-4-5 et les *Comptes rendus analytiques de la 37<sup>e</sup> session 6 mai – 26 juillet 1985* (1985) A/CN.4/SER.A/1985, volume 1, paragr. 37 ; dans *Annuaire de la CDI*.

n'est pas partie<sup>747</sup>. La tendance à faire prévaloir la souveraineté a parfois un effet d'exclusion – volonté des cocontractants d'exclure certains États ou volonté de certains États de s'exclure eux-mêmes lorsque le rapport de puissance les avantage – qui limite la capacité de ces instruments à résoudre véritablement les problèmes.

Par ailleurs, l'ensemble des eaux partagées d'un bassin hydrographique n'est pas nécessairement couvert par les traités. On peut ici penser à la Commission mixte internationale Canada-États-Unis, souvent citée en exemple<sup>748</sup>. Malgré l'existence de cette Commission et le traité sur les eaux limitrophes<sup>749</sup>, les États-Unis continuent à considérer le lac Michigan comme de souveraineté états-unienne puisque entièrement situé sur leur territoire, faisant fi de la réalité hydrographique du bassin des Grands Lacs et procédant sporadiquement à des prélèvements et détournements sans consultation<sup>750</sup>.

### **Des principes largement reconnus**

S'agissant du principe-clé de la Convention de New York, à savoir l'utilisation équitable, les rapporteurs successifs de la CDI ont bien démontré qu'il était dans les faits appliqué depuis longtemps par de nombreux États, dans toutes les parties du monde<sup>751</sup>. Quelle que soit la forme qu'elle prend selon les divers accords, l'utilisation équitable s'y retrouve très généralement : « ils ont pour thème unifiant la reconnaissance des droits égaux et corrélatifs des parties à l'utilisation et aux avantages des cours d'eau internationaux<sup>752</sup> ».

Au Moyen-Orient, par exemple, où la répartition des débits demeure la préoccupation principale<sup>753</sup>, les divers accords prévoient une telle répartition, présumée équitable, sous différentes formes. Qu'il s'agisse de répartition quantitative (l'Helmand)<sup>754</sup> ou territoriale (l'Indus).

747. *Agreement on the Cooperation for the Sustainable Development of the Mekong River Basin* (1995) signé le 5 avril [Cambodge, Laos, Thaïlande et Viêt Nam] Chiang Rai, Thaïlande, 34 ILM 864.

748. Ce n'est pas le bassin qui est considéré dans ce traité : J. Sohnle, *op. cit.*, note 6, p. 94.

749. *Traité relatif aux eaux limitrophes et aux questions relatives à la frontière entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, Washington (1909) Washington D.C., 11 janvier, *British and Foreign State Papers 1908-1909*, vol. 102, p. 137. Canada, Actes du Parlement, vol. 1, actes privés et locaux, Ottawa, 1911 ; Textes législatifs, p. 260, n° 79. [Grande-Bretagne et États-Unis d'Amérique].

750. P. K. Wouters, « Allocation of the Non-Navigational Uses ... », *loc. cit.*, p. 44-88.

751. S.C. McCaffrey, *Deuxième rapport, op. cit.* Se reporter aux annexes pour une recension des dispositions conventionnelles relatives à l'utilisation équitable.

752. *Ibid.*, p. 106-107.

753. D. Momtaz (1993). « Le régime juridique des ressources en eau des cours d'eau internationaux du Moyen-Orient », *AFDI*, 39, p. 875.

754. *Attributions de la Commission du delta de la rivière Helmand et déclaration y relative* (1950). Série législative NU, n° 82, p. 270-273.

En règle générale, les eaux des cours d'eau contigus sont réparties sur une base égalitaire entre les riverains ; c'est le cas entre la Turquie et l'ex-URSS ou entre l'Iran et l'Irak en ce qui concerne quatre affluents orientaux du Tigre : le Banava, le Souta, le Kouretou et le Guenguir<sup>755</sup>. Que ces répartitions puissent se voir contestées à l'occasion, remises en cause et rediscutées, ne change pas le constat qu'au moment de leur inscription, elles sont présumées perçues équitables par les signataires<sup>756</sup>.

On retrouve aussi inscrit dans plusieurs accords internationaux le principe de l'interdiction de causer des dommages appréciables sur le territoire d'autres États, mais pas plus que dans la Convention de New York, la place réelle de ce principe au cœur du partage équitable n'est clairement déterminée<sup>757</sup>.

### ***Des mécanismes de coopération incontournables dans la pratique***

Corollaire du constat précédent, les exigences de coopération propres à une utilisation équitable, surtout l'échange d'informations et la notification préalable, se retrouvent souvent dans les traités bilatéraux ou multilatéraux, dans la quasi-totalité en fait.

Bien sûr, en matière de développement hydroélectrique, de tels échanges d'informations sont essentiels, mais la régulation des débits en dépend tout autant, comme en fait foi par exemple l'accord entre la Turquie et l'Irak de 1946, qui prévoit l'installation de stations permanentes d'observation, et ce, en territoire turc, et qui stipule la régularité avec laquelle ces informations doivent être transmises<sup>758</sup>.

Dans les cas où des institutions communes sont mises en place, le mandat d'information leur revient souvent<sup>759</sup>. De fait, sans échange d'informations, ni l'utilisation équitable, ni la protection des ressources en eau ne peuvent être mises en œuvre, ce qui explique que, dans presque tous les accords, on trouve inscrit, parfois en détail, cet aspect de la coopération.

755. D. Momtaz, *loc. cit.*, p. 878, et RTNU, vol. 1017, p. 255.

756. À moins de rapport de force particulièrement inégal.

757. S. M. Schwebel, *Troisième rapport, op. cit.*, paragr. 111-186.

758. *Protocole relatif à la régularisation des eaux du Tigre et de l'Euphrate et de leurs affluents* (Protocole n° 1), annexé au Traité d'amitié et de bon voisinage entre l'Irak et la Turquie (1946). Ankara, 29 mars, RTNU, vol. 37, p. 227. Aux paragraphes 341 à 346.

759. C'est le cas par exemple de la Commission internationale des frontières et des eaux Mexique/États-Unis : *Traité entre les États-Unis d'Amérique et le Mexique relatif à l'utilisation des eaux du Colorado...*, *op. cit.*, paragr. 211-216, ou de celle du fleuve Niger : *Acte de 1964 relatif à la Commission du fleuve Niger et à la navigation et aux transports sur le fleuve Niger*, RTNU, vol. 587, article 2 c).

L'obligation de notification préalable pour de nouveaux projets est, elle aussi, largement consacrée<sup>760</sup>. En effet, la plupart des accords portant sur les grands fleuves africains prévoient cette obligation<sup>761</sup> ; même les conventions qui sont les plus « conservatrices » du point de vue de la coopération, comme le traité entre l'Inde et le Pakistan dont l'objectif se limite clairement à la répartition de la ressource<sup>762</sup> qui stipule cette obligation à l'article 7, paragraphe 2. Ce traité ne vise pas le développement intégré des ressources en eau dans ce bassin, mais il prévoit le consentement des parties à utiliser l'eau et à la diviser de manière équitable, ce qui exige la notification préalable tout autant que l'échange d'informations<sup>763</sup>. Il représente l'un des rares exemples dans les années 1960 de répartition/allocation, ces deux pays cherchant à éviter les conflits, mais aussi la gestion commune de la ressource. Ils ont donc choisi de « diviser » la ressource en octroyant à chaque État l'usage exclusif de certains tributaires de l'Indus<sup>764</sup>. Même si ce traité comprend des obligations en termes d'échange d'informations et d'inspection mutuelle, aux articles 8 et 9, la coopération y est fort limitée.

### 5.1.2. L'inscription des rapports de force

La signature de traités entre deux ou plusieurs parties de forces inégales ne garantit pas en soi un partage équitable des ressources en eau. Dans bien des cas, la capacité de l'un des contractants à « imposer » sa volonté lui permet d'inscrire en droit sa domination de fait. On peut penser aux États-Unis, au Brésil, à l'Inde, à Israël, à l'Égypte, à la Turquie, à la Chine qui tous, par leur position dominante, sur les plans économiques, militaires ou géographiques, ont su protéger leurs intérêts au détriment de leurs voisins, que ce soit *de facto* ou dans des accords contractuels : « [...] *agreements on the Nile generally favor Egypt, while those on the Jordan River favor Israel because of their respective power*<sup>765</sup>. »

760. S.C. McCaffrey, *Troisième rapport* (1987). Doc. A/CN.4/406 et Add.1 et 2, paragr. 63-72 et p. 47.

761. Par exemple, *Acte relatif à la navigation et à la coopération économique entre les États du bassin du Niger* (1963). Niamey, 26 octobre, RTNU, vol. 587, p. 9, aux articles 4 à 12.

762. *Traité de 1960 relatif à l'utilisation des eaux de l'Indus* (1960) Karachi. 19 septembre, RTNU, vol. 419, p. 125. [Inde, Pakistan, BIRD]. L'Inde n'a pas toujours respecté cette obligation par le passé.

763. N. Kliot, *loc. cit.*, p. 191.

764. J.W. Dellapenna, « Treaties as Instruments... », *loc. cit.*, p. 46 ; *Traité sur les eaux de l'Indus, op. cit.*

765. J.H. Hamner et A.T. Wolf (1997). « Patterns in International Water Resource Treaties : The Transboundary Freshwater Dispute Database », *Colorado J. of Int'l Env'l L. & P.*, Yearbook, p. 157 et suivantes.

De tels accords, reflétant l'infériorité d'un État qui doit s'y plier, peuvent mener tout autant, à terme, à des conflits que l'absence d'accord. Ainsi en est-il par exemple des accords qui ont délimité la frontière entre l'Irak et l'Iran sur le Chatt-al-Arab au gré des rapports de force et qui ont alimenté de graves conflits dans cette région<sup>766</sup>.

### ***Une prédilection pour les accords bilatéraux: un voisinage choisi.***

Dans une recherche systématique effectuée sur les textes complets ou partiels de 145 traités, conclus après 1870 et portant sur les ressources en eau, à l'exclusion des traités de frontières, de navigation ou de droits de pêche, des chercheurs américains ont constaté que 124 de ces accords, soit 86 %, étaient bilatéraux et que 21, soit 14 %, étaient des traités multilatéraux<sup>767</sup>.

*It is unclear whether so many of the treaties are bilateral because only two states share a majority of international watersheds or because, according to negotiation theory, the difficulty of negotiation increases as the number of parties increases [...] In multilateral basins, this preference towards bilateral agreements can preclude the regional management long advocated by water resource managers*<sup>768</sup>.

Dans certains bassins internationaux traversant le territoire de plusieurs États, il y a une tendance de la part des pays les plus puissants à préférer des accords bilatéraux avec leurs voisins, car ceux-ci servent bien souvent à maintenir leur suprématie sur le bassin. L'Inde en est un exemple type. Considérer séparément le Gange et son tributaire le Mahakali, sur lequel d'importants projets de production hydroélectrique se développent par entente entre l'Inde et le Népal, risque d'avoir des conséquences sur le Bangladesh puisque ces projets peuvent affecter le débit du Gange, à terme, de même que les projets, eux aussi bilatéraux, décidés en 1991 et 1992, sur les rivières Karnali, Pancheswar, Saptkosi et Buri Gandaki, tous tributaires du Gange<sup>769</sup>. Malgré la signature du Traité de Farakka<sup>770</sup> donc, entre le Bangladesh et l'Inde, rien ne garantit, à l'heure actuelle, une utilisation équitable et raisonnable des eaux de

766. J. Sironneau (1993). « Les données géopolitiques : la permanence historique », dans *L'eau, enjeu planétaire : Dossier, Géopolitique*, p. 46.

767. Deux de ces accords multilatéraux en étaient toujours, au moment de la compilation, à l'état de projet ou n'étaient pas ratifiés. Voir J.H. Hamner et A.T. Wolf, « Patterns in International Water Resource Treaties... », *loc. cit.* ; la liste des traités étudiés est présentée en annexe 4.

768. J.H. Hamner et A.T. Wolf, « Trends in Transboundary Water Disputes and Disputes Resolution », dans *Water for Peace in the Middle East and Southern*, *op. cit.*, p. 59.

769. M. Asafuddowlah, *loc. cit.*, p. 218.

770. *Farakka Water Treaty* (1996). Dacca, 12 décembre, 36 ILM 523 (1997) <http://www.tuns.ca/abidmr/forum/news/28.html>

ce bassin, celui-ci faisant essentiellement l'objet d'accords partiels, portant sur des secteurs spécifiques, au gré des intérêts particuliers des États concernés.

On pourrait aussi à cet égard citer l'exemple du Nil – sur lequel nous reviendrons plus loin – et de l'entente entre l'Égypte et le Soudan sur la répartition des eaux de ce grand fleuve, qui ne prennent naissance dans le territoire d'aucun de ces deux États<sup>771</sup>.

Autre cas de figure illustrant le poids des rapports de force dans les accords sur les cours d'eau internationaux: celui de la Chine. En effet, s'il est loisible à un État plus puissant d'obtenir, par la voie d'accords négociés, des conditions qui lui sont favorables quant à la répartition des ressources en eau, il est également possible à un État puissant de ne pas tenir compte du droit international et de ses règles, d'établir de fait une utilisation à son avantage, si sa situation géographique ne l'oblige pas à négocier avec ses voisins. État d'amont sur le Mékong, la Chine construit des barrages qui affectent nécessairement les pays d'aval<sup>772</sup>.

Le 21 février 2002, annonçait France 2, la Chine a encore lancé les premiers travaux d'un gigantesque barrage de 292 mètres sur le Mékong dans la province du Yunan qui inondera sur son propre territoire 22 villes et une centaine de villages. Tout cela, sans consultation des pays d'aval: «*Either there exists a customary international law calling for consultation with downstream riparian states and China has chosen to ignore it or such a law does not exist*<sup>773</sup>. »

En ce sens, malgré l'existence d'un traité de coopération entre les États du bas Mékong, les possibilités d'une gestion intégrée et d'une utilisation équitable des eaux de ce bassin se heurtent au comportement souverain de l'État d'amont.

*However, the real shortcoming of the Mekong Treaty is that it does not include Myanmar (Burma) and China, both upstream States on the Mekong. China plans to proceed with a series of ten dams on the upper stretches of the Mekong and this will clearly adversely affect the supply to downstream States. Since China has its own financing for the dams, the restrictions often imposed by international funding agencies, such as the World Bank, will not preclude*

771. C.O. Okidi, « International Law and Water Scarcity in Africa », dans E.H.P. Brans *et al.*, *op. cit.*, p. 172.

772. P. Chomchai, « Management of Transboundary Water Resources : A Case Study of the Mekong », dans G.H. Blake, *op. cit.*, p. 245.

773. *Ibid.*, p. 246.

*China's unilateral move to development. What rules of international law apply to such unilateral action which threatens to adversely affect downstream users*<sup>774</sup> ?

Les institutions internationales de financement telles que la Banque mondiale peuvent renforcer le jeu de ces rapports de force inégaux par leurs conditions d'entente entre les États<sup>775</sup>, préalable au financement des projets. Si l'effet peut être inverse lorsque les projets sont le fait des pays les plus puissants, comme dans le cas de la Turquie<sup>776</sup>, on a constaté que l'Égypte a ainsi contribué à bloquer le financement éventuel de projets en Éthiopie et que Israël est parvenu à bloquer des projets de la Jordanie sur le Yarmouk.

Les institutions financières internationales jouent un rôle important dans toutes les régions du monde où les fonds internationaux sont essentiels à la réalisation des projets, introduisant une certaine « inégalité de souveraineté » entre les États, selon leurs capacités financières. Ainsi, les pays qui peuvent sans cette aide procéder aux développements souhaités n'auront pas à se soumettre aux conditions mises de l'avant par ces institutions, qui ne vont pas toujours, d'ailleurs, dans le sens d'une gestion mieux intégrée des bassins versants dans leur ensemble<sup>777</sup>.

#### ***Faiblesse des mécanismes de mise en œuvre et absence de mécanismes de résolution des conflits***

L'étude déjà citée de Hamner et Wolf démontre à travers les accords examinés que, s'agissant du règlement des différends, 36 % (52) des organismes mis en place ont une fonction de conseil seulement ; 10 % (14) se réfèrent à une tierce partie ou aux Nations Unies ; 22 % (32) n'ont aucune clause sur le règlement des différends et 32 % (47) sont incomplets ou ambigus... Une instance conseil peut-elle véritablement trancher un différend si le traité ne précise qu'une possibilité<sup>778</sup> ? La prépondérance des mécanismes consultatifs est évidente.

*The 145 treaties that govern the world's international watersheds, and the international law on which they are based, are in their respective infancies.*

774. G.W. Sherk, P. Wouters, S. Rochford, *loc. cit.* <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/volume3.html>

775. Effet que contestent les représentants de la Banque mondiale. Voir D. Goldberg, *loc. cit.*, p. 153-165.

776. Les projets de développements hydroélectriques de la Turquie sont ainsi exclusivement financés par des fonds domestiques. S.C. McCaffrey, *The Law of International Watercourses...*, *op. cit.*, p. 282.

777. V.O. Bisant (1998). « Institutional and Legal Frameworks for Preventing and Resolving Disputes Concerning the Development and Management of Africa's Shared River Basins », *Colorado J. of Int'l Env'l L. & P.*, vol. 9, n° 2, p. 354.

778. J.H. Hamner, et A.T. Wolf, « Patterns in International Water Resource Treaties... », *loc. cit.*

*More than half of these treaties include no monitoring provisions whatsoever and, perhaps as a consequence, two-thirds do not delineate specific allocations and four-fifths have no enforcement mechanism*<sup>779</sup>.

La souveraineté reste au cœur des préoccupations des États en ce qui concerne les ressources en eau. La plupart d'entre eux continuent à considérer, malgré les réalités physiques en cause, que la souveraineté sur les ressources naturelles demeure le principe juridique pertinent en l'espèce. Ils sont réticents à toute éventualité de s'en remettre à une juridiction obligatoire, s'agissant de ressources pourtant de fait partagées.

*L'Accord de coopération amazonienne* signé le 3 juillet 1978 par huit pays de ce bassin en est une illustration typique. Loin de procéder au partage d'une ressource commune et d'établir des mécanismes utiles à une mise en œuvre efficace, y compris pour le règlement des différends, cet Accord réaffirme la souveraineté des pays impliqués : « on a même parlé à son sujet d'allergie institutionnelle<sup>780</sup> ».

Même dans les cas où l'institutionnalisation permet d'œuvrer dans une certaine mesure aux intérêts communs, les États acceptent rarement de se soumettre à des mécanismes supranationaux véritables et à des mécanismes obligatoires de règlement des différends. Ainsi du bassin du Mékong, souvent considéré comme un modèle :

*The requirement of consensus in all decision-making has helped to stabilize the situation. Nevertheless, despite certain joint statements of principles, the Mekong Committee does not possess supra-national authority and member states are not compelled to submit to the committee all their proposals to abstract or otherwise use Mekong waters. Furthermore, if disputes should occur, there is no ready mechanism for adjudication*<sup>781</sup>.

Mais une telle évaluation est relative aux critères de classification retenus. Se basant sur une étude plus ancienne, un rapporteur de la CDI relève que 25 traités recensés prévoiraient expressément le recours à la négociation comme méthode de règlement des différends ; que dans cinq traités, les États ont expressément accepté les bons offices et la médiation comme méthode de règlement des différends juridiques concernant les eaux partagées ; qu'il existerait 116 accords en vertu desquels les parties ont expressément convenu de régler par voie d'arbitrage les différends en matière de cours d'eau et 46 accords prévoyant le recours à un règlement judiciaire<sup>782</sup>. À partir de ce constat, le rap-

779. *Idem.*

780. C. Delaunay, *op. cit.*, p. 212.

781. P. Chomchai, *loc. cit.*, p. 245.

782. S.C. McCaffrey, *Sixième rapport sur le droit relatif aux utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation* (1990). Doc. A/CN.4/427 et Add. 1, Ann. de la CDI, 1990, vol. II, 1<sup>re</sup> partie, paragr. 49.

porteur proposait d'inclure à la Convention de New York la possibilité pour toute partie de recourir à l'arbitrage obligatoire en cas d'échec des autres modalités de règlement, proposition qui ne sera pas retenue<sup>783</sup>.

Même sur le continent africain, la mise en place de mécanismes efficaces ne va pas de soi. Les 14 États membres de la Southern African Development Community (SADC), ont signé un protocole sur les systèmes de cours d'eau partagés en 1995. Les deux tiers des États l'ont ratifié et il est donc en vigueur. Dans cette région, 70 % des ressources en eau sont partagées par deux ou plusieurs États. Ce protocole constitue un document légalement contraignant et comprenant un mécanisme obligatoire de règlement des différends. Il concerne l'Accord sur la Commission du bassin de la rivière Okavango (Angola, Namibie et Botswana), le plan d'action du Zambèze (Mozambique, Zambie, Zimbabwe et Angola) et le Comité du bassin de la Limpopo (Mozambique, Botswana, Afrique du Sud et Zimbabwe).<sup>784</sup> Il faut cependant rappeler qu'il existe plusieurs lieux de tension hydropolitique dans cette région et il reste à savoir si les États laisseront à leur organisation régionale la marge de manœuvre nécessaire à une gestion équitable et rationnelle des ressources en eau de la région. Pour certains, la SADC, comme l'Autorité du bassin du Niger, serait inefficace notamment parce qu'elle n'a pas su développer des mécanismes efficaces de résolution des conflits<sup>785</sup>.

On peut cependant noter une évolution, de mécanismes consacrés à l'atteinte d'objectifs particuliers, souvent des grands projets, vers des mécanismes visant une coopération plus large<sup>786</sup>, d'une autonomie fonctionnelle ponctuelle à une action polyvalente<sup>787</sup> et, même lorsque les mécanismes de coopération sont limités, par exemple à la collecte et à l'échange d'information, il peut y avoir ainsi réduction du potentiel conflictuel<sup>788</sup>.

### ***La protection des droits de première utilisation et l'équité à géométrie variable***

Comme nous l'avons déjà mentionné, on retrouve dans plusieurs accords internationaux le principe de l'interdiction de dommages appréciables, sans que, pour autant, la hiérarchie de ce principe ne soit

783. *Ibid.*, p. 83.

784. *National Sovereignty and International Watercourses*, *op. cit.*, p. 88.

785. V.O. Bisant, *loc. cit.*, p. 342.

786. *National Sovereignty and International Watercourses*, *op. cit.*, p. 46 ; J. Sohnle, *op. cit.*, p. 170.

787. J. Sohnle, *op. cit.* p. 376.

788. J.H. Hamner et A.T. Wolf, « Patterns in International Water Resource Treaties... », *loc. cit.*

clarifiée en regard du principe de l'utilisation équitable, ce qui tend à favoriser l'État qui utilise déjà les ressources en eau. C'est très certainement l'attitude adoptée par l'Égypte à l'égard de la gestion des eaux du Nil ou de l'Irak, qui, cependant, ne se trouve pas dans le même rapport de force pour faire respecter dans les faits une telle priorité des usages existants : « *This grants the state that first uses the waters an effective veto power, for any new use will arguably cause appreciable harm. In this scenario, the weaker state in terms of no harm rule is often, in economic reality, the stronger state [...]*<sup>789</sup> ».

Pour plusieurs auteurs, cette priorité ne peut être équitable, notamment parce que si les besoins en irrigation ont été depuis longtemps un usage des cours d'eau internationaux, principalement par les pays d'aval plus arides, la capacité de construire des barrages et de produire de l'hydroélectricité pour le développement est, quant à elle, récente<sup>790</sup> : « Le cas du Nil illustre l'un des obstacles majeurs au désir de coopération : l'existence de « droits de propriété acquis » ou considérés comme tels par leur bénéficiaire qui refuse de les voir mis en cause<sup>791</sup>. »

Si la priorité des usages existants est loin de faire partie d'une pratique générale<sup>792</sup>, il reste que, dans certains cas conflictuels, les États d'aval n'entreront pas dans une convention à moins de voir ces usages protégés. C'est le cas de l'Égypte notamment alors qu'une coopération institutionnalisée pourrait pourtant permettre un bien meilleur usage des eaux du Nil<sup>793</sup>.

*Egypt also reached an agreement with Ethiopia, although not until 1993 Included a clause by which each nation agreed not to undertake any activity relating to the Nile that would harm the other, and to consult and cooperate on mutually beneficial projects on the basis of the principles of international law [...] The Egyptian-Ethiopian agreement did have one immediate effect: Egypt thereafter did not object to a loan application by the Ethiopians for a small-scale irrigation project on the Blue Nile [...]*<sup>794</sup>

Du point de vue de l'utilisation équitable, en tenant compte des différents facteurs proposés dans la Convention de New York, le droit de l'Éthiopie à une plus grande part des eaux du Nil Bleu, qui prend sa source sur son territoire, ne fait aucun doute<sup>795</sup>. Cette situation ne se

789. P. Wouters, « Allocation of the Non-Navigational Uses... », *loc. cit.*, p. 82.

790. S.C. McCaffrey « Water, Water Everywhere, but too Few Drops to Drink... », *loc. cit.*, p. 332.

791. G. Meublât (2001). « De la gestion des fleuves internationaux en Afrique et du bassin du Sénégal en particulier », dans G. Meublât (dir.), « Les nouvelles politiques de l'eau », *Revue Tiers Monde*, avril-juin, tome XLII, p. 439.

792. J. Sohnle, *op. cit.*, p. 185.

793. E. Benvenisti, *loc. cit.*, p. 390.

794. J.W. Dellapenna, « The Nile as a Legal and Political Structure », dans E.H.P. Brans *et al.*, *op. cit.*, p. 132-133.

795. *Ibid.*, p. 130.

limite pas à titre exceptionnel à la problématique du Nil : « *existing uses, when mentioned, are always protected*<sup>796</sup>. » Pour certains, on doit aux emprunts effectués par le droit international aux lois internes états-uniennes cette consécration des droits de première utilisation<sup>797</sup>.

On peut encore citer le traité de paix entre Israël et la Jordanie ; ou les Accords d'Oslo entre Israël et la Palestine :

*What is striking in this Interim Agreement*<sup>798</sup> *is that there is barely any discussion of a redistribution of the water from the Mountain Aquifer. [...] Also notable is that in general the surface water of the Jordan is not discussed. [...] The word redistribution is not used in this document. [...] Through the various agreements which have been concluded between Israel and the other two parties, Israel, being the most powerful party, has been able to secure its water interests*<sup>799</sup>.

Les exemples pourraient être multipliés. La détermination de l'équité dans le cadre de traités bilatéraux, et même de traités multilatéraux parfois, en l'absence d'un cadre normatif obligatoire ou de l'intervention d'une tierce partie pouvant déterminer l'équité, reproduit largement les rapports de force entre les États.

Cela peut aussi s'appliquer aux considérations environnementales, puisque, par exemple, le traité entre les États-Unis et le Mexique n'accordait que peu d'importance à la question de la qualité des eaux reçues au Mexique à partir du Colorado<sup>800</sup>. Or, lorsque s'est posé un problème de salinité tel que ces eaux étaient inutilisables pour les usages domestiques, pour l'irrigation ou pour le maintien de l'intégrité de l'écosystème du delta du Colorado, il a fallu attendre 1973 et la crise du pétrole pour que les États-Unis consentent à négocier véritablement une entente prévoyant le taux maximum de salinité de ces eaux à leur entrée sur le territoire mexicain<sup>801</sup>.

### 5.1.3. L'inégale considération des préoccupations environnementales

Au XIX<sup>e</sup> siècle apparaît une certaine préoccupation pour la qualité des eaux dans quelques accords, mais il s'agit surtout d'une préoccupation axée sur la préservation des pêcheries et la santé publique. Dans les traités relativement anciens qui posent des règles de fond, une comparaison permet d'identifier les enjeux de pollution au principe interdisant

796. J.H. Hamner et A.T. Wolf, « Patterns in International Water Resource Treaties... », *loc. cit.*

797. A.D. Tarlock, *loc. cit.*, p. 187.

798. *Israeli-Palestinian Interim Agreement on the West Bank and Gaza Strip* (1995). Washington, D.C., 28 septembre, 36 ILM 551 (1997).

799. H. Donkers, *loc. cit.*, p. 156-157.

800. S.P. Mumme, « New Challenges for US-Mexico Water Resources Management », dans Blake *et al.*, *op. cit.*, p. 266.

801. S.M. Schwebel, *Troisième rapport, op. cit.*, p. 153, paragr. 257.

de causer des dommages ayant une certaine importance<sup>802</sup>. Le premier traité bilatéral qui prend en considération la pollution en général sera le Traité des eaux limitrophes Canada / États-Unis, au début du xx<sup>e</sup> siècle, à l'article 4.

La pollution continue aujourd'hui à faire l'objet de définitions diverses<sup>803</sup> et les textes conventionnels sont aussi très variables dans les obligations qu'ils édictent, certains engageant les parties à des obligations de résultat, d'autres se limitant à des obligations de comportement.

L'Accord de 1978 entre les États-Unis et Canada<sup>804</sup>, qui vise à restaurer et maintenir l'intégrité chimique, physique et biologique des eaux de l'écosystème des Grands Lacs (Art. II), ou la Convention de 1976 relative à la protection du Rhin<sup>805</sup> peuvent être rangés dans la première catégorie ; mais en Amérique latine et en Afrique, on rencontre surtout des clauses générales qui, si elles prennent en compte la notion d'écosystème, n'établissent pas de critères précis et laissent aux institutions mises en place le soin de mettre en œuvre ou de proposer les mesures pertinentes. Ainsi, par exemple, l'Autorité du bassin du Niger a la responsabilité des mesures de contrôle et de préservation, y compris l'établissement de normes et de mesures, la prévention et la réduction de la pollution, la préservation de la santé humaine et des ressources génétiques<sup>806</sup>. Or, malgré une appréhension large de la problématique en principe, la considération écosystémique de l'eau requiert une expertise qui n'est pas toujours, dans les faits, disponible, et les principes généraux ainsi mis de l'avant trouvent donc difficilement à s'appliquer :

*Except for a few African nations (including Egypt, Kenya, and South Africa), most basin countries do not have the technological capacity to determine the extent and gravity of impacts that development activities have on shared regional waters. [...], countries are unable to adequately enforce agreements because they neither share enough environmental information nor are they able to mitigate the adverse impacts of development activities on waterways*<sup>807</sup>.

802. L. Cafilisch, *Règles générales du droit des cours d'eau internationaux*, op. cit., p. 174.

803. J.G. Lammers, op. cit., 724 p.

804. *Accord de 1978 relatif à la qualité de l'eau dans les Grands Lacs* (1978). Ottawa, 22 novembre, US Treaties 1978-79, vol. 30-2, p. 1383.

805. *Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution chimique et Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures* (1976). Bonn, 3 déc., ILM, vol. 16, n° 2, 1977.

806. Art. 4(2)(d) *Convention portant création de l'Autorité du bassin du Niger* (1980). Faranah, RTNU, vol. 587, p. 56. [Bénin, Cameroun, Côte-d'Ivoire, Guinée, Haute-Volta (Burkina Faso), Mali, Niger, Nigéria et Tchad].

807. V.O. Bisant, loc. cit., p. 341.

On doit enfin constater que si la préoccupation de la pollution des eaux commence à être assez largement partagée, les enjeux écologiques liés à l'eau, beaucoup plus vastes, sont encore assez généralement marginalisés. On peut penser notamment aux questions liées au débit minimal, aux transferts massifs, à l'exploitation des nappes souterraines au-delà des capacités de recharge, etc., qui ne seront prises en compte que dans le cadre d'une définition large de la pollution, dépassant la stricte introduction de matières polluantes.

### **Le peu de considération pour les eaux souterraines**

En exceptant les clauses relatives à la délimitation de frontières, le rapporteur McCaffrey relève dans son dernier rapport une quinzaine d'accords internationaux qui, soit incluent expressément les eaux souterraines dans leur champ d'application tout en ayant un caractère global (5), soit sont des accords qui reconnaissent les effets réciproques de l'exploitation entre eaux souterraines et eaux de surface (10)<sup>808</sup>. Plusieurs de ces accords concernent des pays de l'ancien bloc de l'Est<sup>809</sup>.

Très peu de conventions traitent donc des eaux souterraines<sup>810</sup>, bien que l'on puisse aussi considérer, en principe, que les accords qui utilisent la notion de bassin devraient s'appliquer de fait aux eaux souterraines. C'est le cas de l'Accord sur le Plan d'action pour la gestion écologiquement rationnelle du bassin commun du Zambèze<sup>811</sup>, de l'Accord de 1963 relatif à la navigation et à la coopération économique entre les États du bassin du Niger<sup>812</sup>, de la Convention sur la mise en valeur du bassin du Tchad<sup>813</sup>, de l'Accord portant sur le bassin de la Kagera<sup>814</sup>, du traité sur le bassin du rio de la Plata<sup>815</sup> en Amérique latine, du bassin

808. Pour l'analyse spécifique de ces accords, voir L. Teclaff et A.E. Utton (1981). *International Groundwater Law*, Londres/Rome/N.Y., Oceana Publisher, p. 193-281.

809. Notamment l'ancienne Yougoslavie. S.C. McCaffrey, *Septième rapport*, op. cit., paragr. 34-35.

810. D.A. Caponera, « Shared Waters and International Law », dans G.H. Blake *et al.*, op. cit., p. 124.

811. (1987) Harare, 28 mai, ILM, vol. 27, 1988, p. 1109.

812. *Acte relatif à la navigation et à la coopération économique entre les États du bassin du Niger*, op. cit.

813. *Convention et statut relatifs à la mise en valeur du bassin du Tchad* (1964). Fort-Lamy, 22 mai, Nations Unies, *Traité concernant l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation – Afrique*, Ressources naturelles/Série eau n° 13, p. 8.

814. *Accord portant création de l'Organisation pour l'aménagement et le développement du bassin de la rivière Kagera* (1977). Rusumo, 24 août, RTNU, vol. 1089, p.165.

815. *Traité du bassin du rio de la Plata*, op. cit.

du Mékong en Asie<sup>816</sup> ou, dans les pays industrialisés, du Traité sur le bassin du fleuve Columbia<sup>817</sup>. Malgré tout, de cette liste, seul l'Accord du lac Tchad intègre explicitement les eaux souterraines<sup>818</sup>.

Certains traités anciens de délimitations de frontières prévoient l'usage commun d'eaux souterraines<sup>819</sup>, mais la répartition des eaux des nappes aquifères demeure aujourd'hui l'exception<sup>820</sup>, alors même qu'elles comptent pour une part de plus en plus importante de l'approvisionnement en eau douce de nombreux pays.

Les exemples de traités ou d'accords existants sont aussi relativement restreints dans leur portée. Ainsi, l'accord de 1973 entre les États-Unis et le Mexique par exemple, appelé *Minute 242*<sup>821</sup>, dont l'objet principal n'est pas les eaux souterraines mais la qualité des eaux du Colorado, restreint les prélèvements annuels possibles dans la zone Arizona-Sonora, mais ne fournit aucun principe sur la base duquel une telle restriction peut se fonder et s'ajuster dans le temps<sup>822</sup>. Il s'agit, en matière d'eaux souterraines, des dispositions les plus connues, qui limitent les prélèvements dans les zones frontières, mais : « *At present, a number of lesser surface streams and all transboundary groundwater aquifers remain unapportioned.* »<sup>823</sup> Or, les eaux souterraines représentent 60% de la consommation d'eau du Texas et de l'Arizona<sup>824</sup> et, du côté mexicain, certaines villes en dépendent entièrement.

On peut aussi mentionner l'accord entre la France et la Suisse sur le Genevois<sup>825</sup> qui, par une convention datant du 9 juin 1978, ont créé une Commission d'exploitation de la nappe souterraine. Ses fonctions comprennent entre autres l'élaboration d'un plan annuel d'utilisation

816. *Agreement on the Cooperation for the Sustainable Development of the Mekong River Basin*, op. cit.

817. *Traité relatif à la mise en valeur des ressources hydrauliques du bassin du fleuve Columbia* (1961). Washington, D.C., 17 janvier, RTNU, vol. 542, p. 245.

818. M. Kamto (1990). « Le droit international des ressources en eau continentales africaines », *AFDI*, XXXVI, p. 858. Article 4 de l'Accord.

819. J.A. Barberis, *Le statut des eaux souterraines en droit international*, op. cit., p. 75-76.

820. J.H. Hamner et A.T. Wolf, « Patterns in International Water Resource Treaties... », *loc. cit.*

821. *Agreement Approving Minute 242 of the International Boundary and Water Commission Setting Forth a Permanent and Definitive Solution to the International Problem of Salinity of the Colorado River* (1973). 30 août, 24 UST 1968, TIAS n° 7708. [États-Unis et Mexique.]

822. J.A. Barberis, *Le statut des eaux souterraines en droit international*, op. cit., p. 75-76. Cet accord devait d'ailleurs être intérimaire, mais aucun traité spécifique n'a été négocié depuis.

823. S.P. Mumme, *loc. cit.*, p. 271.

824. J.T. Calasans, *op. cit.*, p. 362.

825. J.A. Barberis, *Le statut des eaux souterraines en droit international*, op. cit., p. 75.

des eaux de l'aquifère. Cet organisme est aussi responsable du contrôle, tant de la qualité des eaux que du niveau d'exploitation de la nappe aquifère.

Les nappes souterraines connues pour les conflits qu'elles peuvent générer sont pourtant nombreuses. Le *Mountain Aquifer*, sous-jacent aux territoires d'Israël et de la Palestine<sup>826</sup>, est probablement l'un des plus disputés et les accords qui font mention des eaux souterraines de cette région n'ont pas, pour l'heure, un contenu propre à résoudre les conflits autour de cette ressource très convoitée dans une région où le niveau de stress hydrique est l'un des plus élevés au monde. Ainsi, si le traité de paix jordano-israélien de 1994 définit une répartition des ressources en eaux souterraines entre les deux États, il n'y est nulle part fait mention du principe de l'utilisation équitable comme fondement de cette répartition<sup>827</sup>, et la répartition proposée par les Accords d'Oslo – et accords subséquents – ne permettrait pas l'atteinte de l'équité à l'égard des besoins de la population palestinienne<sup>828</sup>. Surtout, aucun de ces accords ne prévoit expressément la considération d'une utilisation soutenable de ces ressources en eau dans un contexte où, selon plusieurs, cette nappe est déjà surexploitée.

Il faut cependant relever, dans une tendance plus positive, « l'élaboration par la Libye, l'Algérie et la Tunisie d'une Charte pour l'exploitation commune du grand aquifère septentrional du Sahara<sup>829</sup> ».

### ***L'absence d'allocations spécifiques et de considération des variations de débits***

Le bassin du Gange est le plus densément peuplé du monde, avec 300 millions de personnes approximativement. Les États riverains sont au nombre de six : l'Inde, le Bangladesh, le Népal, la Chine, le Bhoutan et le Myanmar, mais les conflits ont surtout surgi jusqu'à maintenant entre le Bangladesh et l'Inde, le premier exigeant un débit minimal à la saison sèche malgré les développements poursuivis par l'Inde. Un traité a été signé en 1996, le Farakka Water Treaty<sup>830</sup>, qui établit une formule de partage des eaux du Gange pendant la saison sèche, mais dès 1997, le débit ne fut pas suffisant pour fournir les parts respectives prévues au traité<sup>831</sup>.

826. *National Sovereignty and International Watercourses*, op. cit., p. 26.

827. *Treaty of Peace between the State of Israël and the Hashemite Kingdom of Jordan* (1994). 34 ILM, vol. 46 ; voir article 6 ainsi que l'annexe II.

828. *Israeli-Palestinian Interim Agreement on the West Bank and Gaza Strip* 36 ILM, vol. 551 (1997).

829. G. Meublât, *loc. cit.*, p. 431.

830. *Farakka Water Treaty*, op. cit.

831. *National Sovereignty and International Watercourses*, op. cit., p. 34.

La formule de partage établie par ce traité a été négociée entre les deux parties, mais est-elle pour autant équitable ? Et surtout, permet-elle de respecter le débit nécessaire au maintien de l'intégrité des écosystèmes concernés ?

L'objectif du barrage de Farakka, mis en opération au milieu des années 1970, était, par diversion, d'alimenter en débit suffisant le port de Calcutta. Mais en dérivant une partie des eaux du Gange, les conséquences pour le Bangladesh furent importantes particulièrement du point de vue de l'intégrité des écosystèmes.

En septembre 1976, le Bangladesh décida de porter l'affaire devant les Nations Unies, conformément à l'article 14 de la Charte. [...] L'Inde mettait en doute, pour sa part, l'opportunité de l'intervention de l'AGNU, conformément à sa position voulant qu'un litige bilatéral soit réglé de manière bilatérale : elle avançait que le litige se trouverait compliqué et politisé par l'effet même de son internationalisation. [...] La décision de l'AGNU no 31/404 du 26 novembre 1976 suivit la conclusion de l'Inde [...] recommandait ainsi un mode de négociation qui avait fait la preuve de son inefficacité par le passé<sup>832</sup>.

En novembre 1977, les deux pays arrivent à un accord temporaire pour cinq ans qui répartit les débits du Gange pour la saison sèche, mais aucune solution n'est proposée pour le long terme. Cette entente de répartition s'applique jusqu'en 1982, elle sera renouvelée en 1983 et 1984 ; en 1985, il n'y aura aucun accord ; les saisons sèches 1986-1987-1988 feront l'objet d'un accord de répartition, puis plus rien jusqu'en 1996. Les conséquences seront désastreuses au Bangladesh.

Le traité de 1996 est pour une grande part semblable à celui de 1977 puisqu'il n'est qu'un traité de partage des eaux du Gange à la saison sèche, du 1<sup>er</sup> janvier au 31 mai ; fondamentalement, seule sa durée l'en différencie. Les articles IV à VII instituent un comité conjoint qui, entre autres mandats, doit chercher à résoudre les différends qui, s'ils ne sont pas réglés, aboutissent aux deux gouvernements dont le bilatéralisme a maintes fois démontré son inefficacité. Il subsiste aussi des lacunes dans les dispositions relatives au calcul des parts respectives, surtout si le débit tombe en deçà des moyennes calculées entre 1949 et 1988 : les deux gouvernements doivent alors s'entendre sur des mesures d'urgence<sup>833</sup>. Comme le traité ne crée aucun organe autonome de

832. V. Richard (1999). « Le partage des ressources en eau des cours d'eau internationaux : l'exemple du barrage de Farakka (Inde/Bangladesh) », *L'Observateur des Nations Unies*, vol. 6, p. 115.

833. *Ibid.*, p. 125.

contrôle qui ait un pouvoir d'enquête, il sera difficile de savoir si une telle baisse du débit est naturelle ou due à une surutilisation par l'Inde en amont, pour l'irrigation par exemple<sup>834</sup>.

Surtout, étant donné les conséquences environnementales graves qui ont été observées pendant la période de 1988 à 1996, l'absence de disposition, même générale, sur l'environnement, est assez frappante : « Aucune allusion n'est faite à la préservation de l'équilibre écologique, le traité indo-bangladais n'ayant pour fonction que de régler le partage quantitatif du Gange<sup>835</sup>. » Cet accord ne fournit aucun critère ni aucune règle quant au débit minimal nécessaire aux écosystèmes, ni quant aux questions reliées à la qualité des eaux pour un fleuve déjà très pollué.

La situation sur le Gange n'est pas exceptionnelle, même si les conséquences écologiques ressenties au Bangladesh furent d'une gravité exceptionnelle : peu de traités définissent les allocations respectives en eau, surtout en tenant compte des besoins des écosystèmes et des variabilités potentielles. L'accord du Mékong par exemple, fait face à cet obstacle puisqu'il ne prévoit pas d'allocations spécifiques<sup>836</sup>.

De telles allocations se retrouvent dans seulement 54 (37 %) des 145 accords de l'étude précédemment citée et, de ce nombre, 15 (28 %) établissent des proportions égales et 39 (72 %) définissent une allocation spécifique. Seulement trois accords multilatéraux fixent des répartitions<sup>837</sup>. « *Moreover, those treaties that do allocate specific quantities allocate a fixed amount to all riparian states but one – that one state must then accept the balance of the river flow, regardless of fluctuations*<sup>838</sup>. »

Or, les accords internationaux qui font état d'allocations de quantités fixes d'eau risquent d'être désuets au regard des changements climatiques parce qu'ils ne peuvent tenir compte des variations importantes de débit induites par ces changements. En l'absence d'une répartition proportionnelle ou de clauses spécifiques visant à réévaluer périodiquement la répartition en fonction des débits, on risque de revenir de fait au principe de la priorité des usages existants<sup>839</sup>.

834. C'est l'hypothèse soutenue par plusieurs experts concernant la situation de 1997. *Ibid.*, p. 126.

835. *Ibid.*, p. 132.

836. *National Sovereignty and International Watercourses*, *op. cit.*, p. 92.

837. J.H. Hamner et A.T. Wolf, « Patterns in International Water Resource Treaties... », *loc. cit.*

838. *Ibid.*

839. D.J. Lazerwitz, *loc. cit.*, p. 12.

### ***Intérêts bien sentis des riverains et protection de l'environnement***

Si certains traités bilatéraux ou multilatéraux réussissent largement à coordonner et à faire coopérer les États pour la réalisation de leurs intérêts économiques, particulièrement dans les régions où les ressources en eau sont abondantes, cette coopération ne signifie nullement une plus grande prise en compte des enjeux environnementaux, au contraire. Là où la ressource est abondante, les préoccupations écosystémiques viennent loin derrière celles de développement.

En Amérique latine par exemple, si les traités multilatéraux, dans les textes, mettent l'accent sur « le développement harmonieux et équilibré ainsi que l'exploitation optimale des ressources naturelles et grâce à leur utilisation rationnelle, leur conservation pour les générations futures<sup>840</sup> », l'exploitation optimale semble prendre le pas sur la préservation. Le traité-cadre portant sur le rio de la Plata et celui portant sur le bassin de l'Amazone<sup>841</sup> se complètent en effet de toute une série d'accords bilatéraux de coopération qui, la plupart du temps, concernent des projets de développement hydroélectrique, nombreux et controversés<sup>842</sup>.

Ce sont des « portions » des fleuves qui sont considérées comme *condominium* dans plusieurs accords bilatéraux en Amérique latine<sup>843</sup> et il est donc dans ces circonstances peu surprenant que les effets écosystémiques globaux soient négligés<sup>844</sup> : « le régime de condominium ne s'applique pas, contrairement à ce qu'on pourrait croire, au tronçon contigu du fleuve Parana mais uniquement aux ressources hydrauliques du fleuve sur ce secteur<sup>845</sup> ». Ressource commune peut-être, mais découpée territorialement et fonctionnellement.

Cette approche de « ressources communes » est loin de correspondre à une approche globale prenant en considération dans cette « communauté » l'ensemble du bassin hydrographique, comme l'a bien illustré le contentieux entre le Brésil et l'Argentine au sujet du fameux barrage d'Itaipu, contentieux au cours duquel le Brésil a longtemps nié le principe de l'obligation d'information envers les États pouvant être affectés par un projet. L'Argentine craignait les conséquences du barrage

840. Préambule du *Traité du bassin du rio de la Plata*, *op. cit.*

841. *Traité en vue de la coopération amazonienne*, *op. cit.*

842. J.T. Calasans, *op. cit.*, p. 314.

843. *Ibid.*, p. 325.

844. On ne retrouve exprimée une préoccupation pour les effets environnementaux que dans un traité de 1980 entre le Brésil et l'Argentine relatif à l'exploitation des fleuves Uruguay et Pepiriguaçu, voir *Ibid.*, p. 328.

845. *Ibid.*, p. 326.

d'Itaipu pour ses propres projets de développement hydroélectrique, celui de Corpus notamment<sup>846</sup>. Deux projets, tous deux internationaux<sup>847</sup>, donc de coopération, mettaient en scène une forte compétition pour des intérêts particuliers et stratégiques, résolue en définitive par un accord, signé en 1979<sup>848</sup>; les conséquences environnementales de ces deux projets ne sont certes pas au cœur des préoccupations.

L'Amérique du Sud disposant de ressources en eau abondantes, la coopération se révèle plus facile dans la mesure où il ne s'agit pas de partager des restrictions mais de développer ces ressources. Ce genre de principe de coopération et de développement en commun de ressources communes ne garantit cependant ni la protection des communautés, ni celle de l'environnement et des écosystèmes.

On retrouve aussi dans d'autres traités, dans d'autres régions du monde, cette difficulté à atteindre un équilibre pourtant essentiel entre développement et préservation. Les principes sont affirmés, de plus en plus souvent, mais la prépondérance de la souveraineté et de l'objectif de développement des ressources en eau en tant que ressources économiques demeure.

## 5.2. DES AVANCÉES SIGNIFICATIVES DANS CERTAINS ACCORDS RÉGIONAUX

Les avancées que l'on peut constater dans certains traités bilatéraux, multilatéraux ou même régionaux dans certains cas, correspondent aux problématiques spécifiques ressenties avec plus d'acuité dans certaines parties du monde. Ainsi, le monde industriel, préoccupé des enjeux de pollution, a davantage développé des instruments juridiques en ce sens et les pays du Sud, confrontés à des besoins en eau sans cesse croissants, ont privilégié une gestion intégrée des ressources en eau. Dans les deux cas cependant, il fallait reconnaître l'unité de la ressource dans le cadre du bassin hydrographique, ce que n'a pas réussi à imposer, au plan général, le processus d'élaboration de la Convention de New York<sup>849</sup>.

---

846. *Ibid.*, p. 320.

847. Itaipu est un projet conjoint Brésil-Paraguay et Corpus est un projet conjoint Argentine-Paraguay.

848. J.T. Calasans, *op. cit.*, p. 321.

849. C.O. Okidi, « Preservation and Protection... », *loc. cit.*, p. 172.

### 5.2.1. De la souveraineté limitée à la communauté d'intérêts

Dans son travail de codification, la CDI a tenté une certaine ouverture vers une conception plus globale des ressources en eau internationales, selon laquelle il existe une « communauté d'intérêts » des États sur un même bassin hydrographique<sup>850</sup>. Cette idée fut émise par la Cour permanente de justice en 1929<sup>851</sup>, et ce qui est le plus surprenant, c'est qu'on trouve aux XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles plusieurs traités ou déclarations usant du concept de rivière commune ou se référant aux cours d'eau en tant que propriété commune, mais on la retrouve beaucoup moins dans les instruments du XX<sup>e</sup> siècle<sup>852</sup>. C'est en Afrique que, au plan des textes contemporains, on la retrouve le plus souvent énoncée.

À l'opposé de l'approche bilatérale, l'approche globale qui « fait des ressources en eau continentales une manière de patrimoine commun des États du bassin, et répudie toute idée d'utilisation exclusive par l'une quelconque des parties intéressées [... privilégie] la primauté du traité collectif<sup>853</sup> ». Il faut cependant relever que cette approche intégrée s'explique aussi, partiellement, par le fait que la plupart des travaux d'aménagement en Afrique nécessitent le concours de l'aide internationale, qui exige généralement l'accord de tous les pays intéressés<sup>854</sup>.

#### **Une ressource commune à l'échelle des bassins hydrographiques**

C'est donc notamment sur les traités africains que s'appuieront les rapporteurs successifs de la CDI pour tenter de donner au droit international des cours d'eau une dimension correspondant à l'unité naturelle de la ressource considérée<sup>855</sup>.

Les accords africains des années 1960 seront les premiers, dans l'air du temps, à reconnaître l'interdépendance des bassins hydrographiques et à fonder l'élaboration des normes sur ce constat. Les plus souvent cités en exemple sont les régimes du bassin du Niger<sup>856</sup>, du

850. S.C. McCaffrey, *The Law of International Watercourses...*, op. cit., p.149.

851. *Affaire de la juridiction territoriale de la Commission internationale de la rivière Oder*, op. cit.

852. S.C. McCaffrey *The Law of International Watercourses...*, op. cit., p. 156.

853. M. Kamto, *loc. cit.*, p. 861.

854. *Ibid.*, p. 867.

855. S.M. Schwebel, *Troisième rapport*, op. cit., p. 98. Repris dans le deuxième rapport de S.C. McCaffrey, op. cit., p. 107.

856. *Convention portant création de l'Autorité du bassin du Niger*, op. cit.

fleuve Sénégal<sup>857</sup> et du bassin du Tchad<sup>858</sup>. Sur ce continent, il semble que seul l'Accord sur le Nil de 1959 développe une conception stricte de la zone géographique des eaux du fleuve<sup>859</sup>.

Les pays africains, dans les accords signés entre eux depuis la décolonisation, intègrent en général l'évolution des principes du droit international qui peuvent fournir un cadre normatif apte à garantir les contrôles, les transferts et la distribution des ressources en eau<sup>860</sup> : « Centrée autour d'une finalité économique, l'approche globale est dictée par la perception de l'existence d'une communauté d'intérêts entre les États d'un même bassin hydrographique<sup>861</sup>. »

En ce sens, on peut relever les caractéristiques suivantes, dans la plupart des traités portant sur les eaux dans ce continent : la plupart exigent que les États parties fassent les choses en commun ; les accords sont multifonctionnels ; les pays africains semblent accepter le principe selon lequel le bassin de drainage doit être l'unité de base géographique de la coopération y compris dans les secteurs de développement non reliés à l'eau ; enfin, il y a une tendance vers le partage des responsabilités financières et les traités exigent des initiatives conjointes de recherche<sup>862</sup>.

L'idée que les cours d'eau internationaux sont une ressource commune ou partagée est prédominante dans le Protocole du Southern African Development Community (SADC) de 1995<sup>863</sup> et l'accord entre la Namibie et l'Afrique du Sud mentionne à son premier article le « développement et l'utilisation des ressources en eau d'intérêt commun [...] »<sup>864</sup>.

En dehors de l'Afrique, le bas Mékong fournit un exemple intéressant de coopération à long terme à travers la Commission du Mékong et ses précurseurs depuis 1957, malgré le fait que les ententes antérieures aient été plus fortes du point de vue de la coopération qu'aujourd'hui. Un principe de non-obstruction était intégré aux accords et a

857. *Convention relative au statut du fleuve Sénégal et Convention portant création de l'Organisation pour la mise en valeur du fleuve Sénégal*, 11 mars 1972, Nouakchott, Mauritanie, *Ressources naturelles/Série eau* n° 13, *op. cit.*, p. 16-21. [Mali, Mauritanie et Sénégal.]

858. *Convention et statut relatifs à la mise en valeur du bassin du Tchad*, *op. cit.*

859. M. Kamto, *loc. cit.*, p. 857.

860. C.O. Okidi, dans E.H.P. Brans *et al.*, *op. cit.*, p. 166.

861. M. Kamto, *loc. cit.*, p. 861.

862. C.O. Okidi, dans E.H.P. Brans *et al.*, *op. cit.*, p. 178.

863. *Protocol on Shared Watercourse Systems in the Southern African Development Community Region* (SADC) (1995). 28 août ; entré en vigueur le 29 septembre 1998 : article 1.1 pour la définition et article 2.2 pour la mention d'une communauté d'intérêts.

864. *Agreement between Namibia and South Africa on the Establishment of a Permanent Water Commission* (1992). 14 septembre, 32 ILM 1147 (1993).

été réitéré jusqu'en 1975. L'accord de 1975 reconnaissait que les ressources en eau du Mékong étaient d'intérêt commun (art. X). Une approbation unanime était requise pour tout projet. Le document révisé de 1978 reculait cependant sur cet engagement et reprenait une orientation plus nationaliste et moins intégrée. L'accord de 1995 ne contient aucune clause contraignante concernant les usages des ressources en eau du Mékong<sup>865</sup>.

On retrouve aussi cette approche de communauté d'intérêts dans l'accord entre la Bolivie et le Pérou portant sur le lac Titicaca, qui remonte à 1957 : on y mentionne la propriété conjointe, *indivisible* et exclusive des deux pays sur les eaux du lac<sup>866</sup>.

Si le statut de *ressource partagée* appliqué à l'eau n'a pas obtenu l'accord des États dans le processus de codification de la CDI, il reste que certains accords mettent de fait en application le principe de *partage équitable* de la ressource, au-delà de l'utilisation équitable<sup>867</sup>, sur la base de trois critères : la répartition actuelle n'est pas définitive et elle est donc toujours révisable ; aucun État ne peut entreprendre quoi que ce soit qui modifierait la répartition sans obtenir l'accord des autres États riverains ; si l'accord n'est pas atteint par la négociation, un mécanisme obligatoire de règlement des différends est prévu et peut être déclenché par un seul État<sup>868</sup>. On retrouve notamment ces critères respectés dans les conventions sur le fleuve Sénégal<sup>869</sup>, à l'article 18 de la Convention sur le statut du fleuve en ce qui concerne le règlement des différends, qui prévoit en dernier recours la saisine de la Cour internationale de justice.

C'est principalement, sinon exclusivement, dans des accords entre pays en développement que l'on retrouve exprimée au xx<sup>e</sup> siècle l'idée d'une communauté d'intérêts à l'égard des ressources en eau internationales en tant que ressources partagées, mais l'idée que les États riverains d'un cours d'eau international ont des intérêts communs reçoit une application concrète, même lorsqu'elle n'est pas clairement reconnue et exprimée, dans l'établissement de mécanismes institutionnels visant la gestion commune de ces ressources<sup>870</sup>.

865. *National Sovereignty and International Watercourses*, op. cit., p. 90.

866. Article 1. *Agreement Between Bolivia and Peru Concerning a Preliminary Economic Study of the Joint Utilization of the Waters of Lake Titicaca* (1957). 19 février, Legislative Texts, Treaty n° 45, p. 168 [ratifié en 1987 par la Bolivie].

867. Voir C. Delaunay, op. cit., p. 217-219, pour les différences substantielles entre partage équitable et utilisation équitable.

868. *Ibid.*, p. 228.

869. *Convention relative au statut du fleuve Sénégal et Convention portant création de l'Organisation pour la mise en valeur du fleuve Sénégal*, op. cit.

870. S.C. McCaffrey, *The Law of International Watercourses...*, op. cit., p. 160.

***L'acceptation d'une coopération fortement institutionnalisée***

Reconnaître le caractère de ressource commune aux eaux internationales ainsi que l'intérêt commun des États d'un bassin impose de se doter de mécanismes et d'institutions propres à mettre en œuvre cet intérêt commun, et certains accords africains reflètent bien cette nécessité<sup>871</sup>. Parmi la douzaine d'institutions internationales de bassin en Afrique, Guy Meublat, quant à lui, en identifie deux qui relèvent effectivement de l'intégration, sur le Sénégal et sur le Kagera, six qui relèvent de la coopération, les autres relevant de la simple concertation ou coordination<sup>872</sup>. L'institutionnalisation découlant de la reconnaissance d'une communauté d'intérêts n'est pas toujours au rendez-vous au même degré.

Le bassin du fleuve Sénégal est un bon exemple de coopération fondée sur la considération de ce fleuve comme ressource commune. Dès la fin de la colonisation, la gestion de ce bassin revient à une approche traditionnelle, qui envisage le fleuve au plan régional et non sur la base de frontières artificielles, et les traités ultérieurs maintiennent cette approche :

L'OMVS (Organisation de mise en valeur du fleuve Sénégal) fut donc mise en place en 1972 par le Mali, la Mauritanie et le Sénégal, à l'exclusion du pays « source » la Guinée. [...] L'OMVS réunit dans un dispositif apparemment cohérent un ensemble d'engagements de type juridique, un pouvoir politique partagé (les décisions doivent être prises à l'unanimité), une organisation vouée à l'action concrète et un projet<sup>873</sup>.

Dans ce type d'institutionnalisation, les procédures d'information et de collecte de données sont centralisées, mises en commun ; c'est le cas dans les accords africains sur le Kagera, la Gambie, le Sénégal, le Niger et le lac Tchad mais aussi, en Asie, sur le Mékong inférieur<sup>874</sup>, alors que sur le Nil ou l'Indus par exemple, plus loin d'une approche intégrée, l'échange d'informations est la seule procédure requise.

Mais si la pratique des États illustre une prise de conscience de la nécessité de mécanismes conjoints pour gérer les ressources en eau internationales, il faut examiner la portée effective de ces diverses institutionnalisations de la coopération entre États riverains. Dans bien des cas, si elle ne comprend pas de mécanisme obligatoire de règlement

871. C.O. Okidi, « Preservation and Protection... », *loc. cit.*, p. 167.

872. G. Meublat, *loc. cit.*, p. 437.

873. *Ibid.*, p. 441. Mais, souligne l'auteur : « *Laissée à elle-même par les États membres, l'agence de l'OMVS s'était transformée en une structure ouvertement prédatrice, rigide dans ses projets et son organisation interne...* »

874. S.M. Schwebel, *Troisième rapport*, *op. cit.*, p. 145.

des différends, les rapports de force s'y reproduiront. L'éventualité de mécanismes juridictionnels obligatoires est un élément qui, dans certaines circonstances, peut compenser un rapport de forces inégales<sup>875</sup>.

*A fully developed institutional framework is essential for any region facing increasingly desperate water shortages. Institution builders, to get beyond the limits of custom, must combine the sophisticated insights of international lawyers with the practical structures created by political actors through treaties creating institutions appropriate for managing cooperative activities and for resolving conflict before its escalates to injurious levels*<sup>876</sup>.

Même dans les accords africains faisant une large place à une gestion intégrée et à la reconnaissance d'intérêts communs, pour les mécanismes de règlement des différends, on note une préférence marquée pour le règlement non juridictionnel<sup>877</sup>.

Dans le cas du Niger, la Commission a le mandat de coordination et de résolution des conflits en ce qui concerne l'interprétation ou l'application de l'Acte de Niamey. Les riverains sont tenus d'informer la Commission de toute étude ou de tous travaux, et doivent donner notification préalable<sup>878</sup>. La Commission du bassin du lac Tchad *peut*, elle aussi, agir comme organe de règlement de différends, mais, comme nous l'avons signalé précédemment, une telle possibilité crée un flou, une absence de précision juridique, néfaste en cas de conflits réels<sup>879</sup>.

Au-delà de ces exemples africains, il y a peu de cas actuellement d'institutions qui ont des fonctions multiples et des pouvoirs effectifs : « Cette approche juridique concertée contraste avec la pratique des traités bilatéraux qui l'emporte en Europe et en Amérique latine<sup>880</sup>. »

On peut cependant rappeler la Commission mixte internationale Canada / États-Unis qui, malgré ses lacunes, est souvent citée en exemple. Si, du point de vue de la coopération générale – études et recherches conjointes, échanges d'information, etc. –, la Commission mixte internationale a un mandat large, il reste que malgré le fait qu'elle ait pris part à de nombreux débats entourant divers projets conflictuels, les deux pays ne lui ont généralement pas soumis ces disputes<sup>881</sup>.

875. Voir E. Benvenisti, *loc. cit.*, qui oppose négociation et règlement juridictionnel sans prise en compte du rapport de force relatif entre les parties, p. 409 et suivantes.

876. J.W. Dellapenna (1996). « The Two Rivers and the Lands Between : Mesopotamia and the International Law of Transboundary Waters », *BYU Journal of Public Law*, vol. 10, p. 243.

877. M. Kamto, *loc. cit.*, p. 907.

878. N. Kliot, *loc. cit.*, p. 197. Elle a été remplacée en 1980 par l'Autorité du bassin du Niger.

879. *Ibid.*, p. 198.

880. M. Kamto, *loc. cit.*, p. 866.

881. P. Wouters, « Allocation of Non-Navigational Uses... », *loc. cit.*, p. 78-79.

Et bien que les enjeux récents aient eu pour effet d'étendre le rôle de la Commission<sup>882</sup>, les deux gouvernements restent les décideurs ultimes. L'histoire montre cependant que, dans la majorité des cas, ils suivent les recommandations de la Commission<sup>883</sup>.

En Europe, on peut citer l'exemple du lac de Constance pour lequel un accord prévoit que : « chaque État riverain intéressé pourra exiger que l'affaire soit soumise à une commission d'arbitrage<sup>884</sup> ». Il reste cependant, comme le montrent les études récentes, que l'autonomie décisionnelle de ces institutions est limitée et que le caractère obligatoire de leurs décisions demeure l'exception<sup>885</sup>.

### 5.2.2. Du point de vue de la préservation des écosystèmes et des ressources

De manière assez générale, les accords entre États sur un fleuve international ou un bassin fluvial vont rarement plus loin que les termes de la Convention de New York en ce qui concerne les préoccupations environnementales et la préservation des écosystèmes. Mais les enjeux de pollution ont commencé à occuper une place plus grande : « Les accords récents sont beaucoup plus précis. Ils fixent à la fois les normes de qualité à atteindre ou à maintenir et la politique générale à moyen et à long terme d'une réglementation des rejets dans l'eau<sup>886</sup>. »

#### *Des accords récents pour le contrôle de la pollution*

C'est en Europe surtout que l'on retrouve des accords portant spécifiquement sur la pollution des eaux<sup>887</sup>. La pollution des grands fleuves de ce continent, dont plusieurs sont internationaux, a suscité depuis longtemps des inquiétudes de la part des pays les plus touchés. On connaît par exemple depuis le milieu du XX<sup>e</sup> siècle la gravité de la pollution des eaux du Rhin<sup>888</sup>. Un accord a été signé en 1963 officialisant la création d'une « Commission internationale pour la protection du

882. La CMI a joué un rôle important autour de l'éventualité de prélèvements massifs, depuis l'entrée en vigueur de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA, RT Can. 1994 n° 2 ; 32 ILM 289). S. Paquerot et E. Revil (2001). « Vers une zone de libre-échange des Amériques : mise à l'encan de l'eau du Canada », *Le Monde diplomatique*, avril, p. 8. ; ainsi que E.J. de Haan, *loc. cit.*, p. 245-259.

883. P. Wouters, « Allocation of the Non-Navigational Uses... », *loc. cit.*, p. 80.

884. *Accord concernant la réglementation des prélèvements d'eau opérés dans le Lac de Constance*, Berne, 30 avril 1966, RTNU, vol. 620, p. 191. [RFA, Autriche, Suisse] Article 9.

885. J. Sohnle, *op. cit.*, p. 390.

886. R. Marchario, *op. cit.*, p. 212.

887. P. Sands, *op. cit.*, p. 354.

888. À lui seul, le Rhin fait l'objet de cinq traités : *Ibid.*, p. 355.

Rhin contre la pollution»<sup>889</sup> et deux conventions ont été adoptées à Bonn en 1976 concernant respectivement la pollution chimique, et la pollution par les chlorures. Une convention plus récente relative à la protection du Rhin a été signée à Berne en avril 1999, qui consolide les engagements antérieurs<sup>890</sup>.

Les années récentes ont vu se multiplier les traités internationaux visant à préserver les eaux internationales dans ce continent. Comme dans le cas des accords africains, on pourrait certes questionner l'efficacité réelle de ces textes, bien que pour d'autres motifs<sup>891</sup>. Nous nous attarderons cependant ici à examiner les principes qu'ils contiennent, afin de circonscrire leur contribution à la cristallisation de principes juridiques pertinents en matière de protection des eaux au plan international.

Les rivières Meuse et Escaut, par exemple, jouent un rôle important aux Pays-Bas dans la mesure où elles représentent, principalement la première, une source importante d'eau potable pour les villes de La Haye et de Rotterdam. Des discussions entre les pays riverains perdurent depuis le XIX<sup>e</sup> siècle qui ont finalement abouti à la signature d'accords visant la protection des bassins de ces deux rivières : les accords sur la protection des rivières Meuse<sup>892</sup> et Escaut<sup>893</sup>, du 26 avril 1994, entre les entités fédérées belges concernées, les Pays-Bas et la France, signés à Charleville-Mézières, dont l'objectif est clairement de préserver et d'améliorer la qualité des eaux de ces bassins. De nouveaux accords ont été signés à Gand en 2002 qui remplacent ceux de 1994.

Ces accords affirment l'intérêt commun et l'exigence d'une coopération étroite dans ce but, et créent une commission pour la protection de ces rivières contre la pollution<sup>894</sup>. On y retrouve énoncés les principes de la gestion intégrée, du développement durable ; le principe de précaution, de l'action préventive, le principe de limitation et de réduction des sources de pollution, et le principe de pollueur-payeur<sup>895</sup>.

889. *Accord concernant la Commission internationale pour la protection du Rhin contre la pollution* (1963) Berne, 29 avril, RTNU, vol. 994, p. 3.

890. Mise à jour des conventions sur le Rhin : décision 77/586/CE de la Commission européenne, Journal officiel n° L 289, 16.11.2000.

891. M. Chemillier-Gendreau (1988). « Le crépuscule du Rhin », *Le Monde diplomatique*, février.

892. 34 ILM 854 (1995).

893. 34 ILM 859 (1995).

894. G.W. Sherk, P. Wouters, S. Rochford, *loc. cit.* <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/volume3.html>

895. Dans l'ordre, aux articles 3(4), 3(5), 3(2)a), 3(2)b), 3(2)c) et 3(2)d).

La *Convention sur la coopération pour la protection et l'utilisation durable du Danube* du 5 décembre 1995 signé entre 9 pays<sup>896</sup> représente l'un des plus importants traités dans le même sens, au moins au plan symbolique, bien que la complexité de ce bassin, avec 17 pays riverains, rende difficile la coopération.

Cette Convention, visant à contrôler la qualité des eaux de ce grand bassin européen, trouve ses limites dans le fait que tous les États riverains ne sont pas parties à l'accord. Ainsi le fait que l'ex-Yougoslavie ait été exclue du système conjoint depuis 1991 empêche tout contrôle efficace dans la région des Balkans. Les disparités entre les États d'amont et d'aval, notamment la Bulgarie et la Roumanie, du point de vue des priorités et des capacités économiques, rendent aussi difficile une application efficace de la Convention. Une mise en œuvre efficace exigerait plus de coopération économique pour une mise à niveau des différents pays du bassin. L'article 2,1 définit l'objectif global du traité :

*Achieving the goals of sustainable and equitable water management, including the conservation, improvement and the rational use of surface waters and ground water in the catchment area as far as possible; [and] endeavour to contribute to reducing the pollution loads of the Black Sea from sources in the catchment area.*

C'est donc là une véritable approche globale, des sources du Danube à la mer Noire, qui est mise de l'avant et, malgré les difficultés, six principes contraignants s'imposent par cet accord : le principe de précaution ; l'usage des meilleures techniques ou pratiques environnementales, le contrôle de la pollution à la source, le principe pollueur-payeur, la coopération régionale et le partage de l'information : un pas vers une conception du Danube comme une unité écologique administrative.

Mais au-delà de l'existence d'accords spécifiques visant à protéger certains bassins européens, l'évolution la plus significative des dernières années sur ce continent est sans nul doute l'adoption d'une véritable convention-cadre régionale.

### **L'Europe et la Convention d'Helsinki de 1992**

Bien sûr, la Convention d'Helsinki, adoptée par 20 pays et l'Union européenne<sup>897</sup>, reflète un haut degré d'intégration, mais il faut signaler qu'elle se situe dans la région du monde la plus intégrée, économiquement et politiquement.

896. Allemagne, Autriche, Bulgarie, Croatie, Hongrie, Moldavie, Roumanie, République slovaque, Ukraine et Communauté européenne.

897. D'autres États y ont ensuite adhéré et elle compte maintenant 33 États parties : J. Sohnle, *op. cit.*, p. 46.

Tant la forme que les objectifs de cette Convention régionale diffèrent considérablement de la Convention de New York de 1997 : elle vise la préservation plutôt que les seuls usages et constitue véritablement une convention-cadre que les États doivent respecter dans leurs ententes spécifiques<sup>898</sup>. Largement ratifiée, elle est considérée comme le premier traité multilatéral portant sur les cours d'eau internationaux depuis la Convention de 1923<sup>899</sup>.

L'objectif de cette Convention régionale est de limiter les effets transfrontaliers de l'utilisation des cours d'eau internationaux. Elle comprend 28 articles et 4 annexes. Elle impose, à son article 2, de prendre toutes les mesures appropriées à cette fin. On y retrouve les principes de précaution, de pollueur-payeur, de la gestion des ressources en eau dans l'intérêt des générations présentes et futures, aux paragraphes *a*, *b* et *c* de l'article 5. Bref, elle comporte la plupart des éléments d'une nouvelle approche de protection des cours d'eau<sup>900</sup>. La Convention d'Helsinki de 1992 est aussi l'un des rares instruments à englober l'ensemble des eaux souterraines transfrontalières (Art. 1), leur appliquant les principes de la Convention, dont celui de l'utilisation équitable (Art. 2,2).

### ***La Convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles***

Instrument régional au champ d'application plus large, la Convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles<sup>901</sup>, adoptée à Alger le 15 septembre 1968, contient cependant un certain nombre de principes applicables aux ressources en eau de ce continent. Cette Convention prévoit, à son article V 2), l'obligation des États d'assurer la conservation, la gestion, l'utilisation et le développement des eaux souterraines : « *In points of detail, the paragraph requires the study of water cycles and investigation of catchments, conservation of catchment areas, control of utilization, and the prevention and control of pollution as well as establishment of emission and water quality standards*<sup>902</sup>. »

Cette Convention appelle en outre à diminuer les effets nuisibles des pratiques d'utilisation des eaux et des terres qui pourraient avoir un effet néfaste sur les habitats aquatiques, à l'article VII-1. Demeurant au plan des principes généraux, elle n'en représente pas moins une reconnaissance avant l'heure de l'importance des exigences environnementales en ce qui concerne les ressources en eau.

898. E. Hey, « The Watercourses Convention... », *loc. cit.*, p. 293.

899. P.K. Wouters, « An Assessment of Recent Developments... », *loc. cit.*, p. 425.

900. P. Sands, *op. cit.*, p. 357.

901. RTNU, vol. 1001, p. 3. Révisée et remplacée par une nouvelle convention adoptée par la 2<sup>e</sup> session ordinaire de la Conférence de l'Union africaine à Maputo le 11 juillet 2003.

902. C.O. Okidi, « "Preservation and Protection"... », *loc. cit.*, p. 169.

### 5.2.3. Du point de vue des besoins de base et des droits humains

Nous l'avons vu, le droit d'accès à l'eau en tant que droit humain reste absent du droit international de l'eau, malgré le caractère contraignant des obligations des États à cet égard. Ce constat s'applique tout autant aux accords bilatéraux ou multilatéraux, où l'on n'en retrouve que peu de traces, même indirectes.

#### *Une quasi-absence en ce qui concerne les conventions sur l'eau*

Du point de vue de l'existence d'un droit humain à l'eau, toutes les conventions portant sur les cours d'eau internationaux sont presque muettes, bien que plusieurs accords anciens mentionnent l'accès à l'eau de groupes de population spécifiques<sup>903</sup>. Tout au plus peut-on retrouver dans certaines conventions, rares, une hiérarchisation des usages donnant la priorité aux besoins humains de base, identifiés le plus souvent aux usages domestiques. C'est le cas par exemple du traité de 1944 entre le Mexique et les États-Unis<sup>904</sup> ou du traité de 1909 entre les États-Unis et le Canada<sup>905</sup> qui, dans l'ordre de priorité des usages, posent en premier les usages domestiques et sanitaires, comme la Convention de Montevideo entre l'Argentine et l'Uruguay<sup>906</sup>.

On peut aussi souligner que la récente Convention de protection du Danube<sup>907</sup> prévoit l'identification des ressources en eau souterraines en vue de leur protection à long terme ainsi que la désignation de zones pour protéger la fourniture d'eau potable<sup>908</sup>, indiquant ainsi une préoccupation spécifique pour cet aspect vital.

Même lorsque la situation le commanderait, dans les régions où le problème de l'accès à l'eau potable et à l'assainissement est le plus criant, on ne retrouve pas une telle mention de priorité: « Les conventions

903. J. Sohnle, *op. cit.*, p. 437, note 132. La très grande majorité de ces accords remontent avant le milieu du XX<sup>e</sup> siècle. Il s'agit souvent de considérer les droits des peuples indigènes sans considération de frontière, y compris les populations nomades.

904. *Traité entre les États-Unis d'Amérique et le Mexique relatif à l'utilisation des eaux du Colorado...*, *op. cit.*, art. 3.

905. *Traité relatif aux eaux limitrophes et aux questions relatives à la frontière entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, *op. cit.*, article VIII, parag. 3.

906. Article 3, *Accord concernant l'utilisation des rapides du fleuve Uruguay (Salto Grande)* (1946) Montevideo, 30 déc., Série législative NU, n° 40, Doc NU : ST/LEG/SER.B/12 (1963), p. 160-164.

907. *Convention sur la coopération pour la protection et l'utilisation durable du Danube* (1995). Document conservé sur le site de l'Union européenne 297A1212(03) Acte final Journal officiel n° L 342 du 12/12/1997 p. 0019 – 0043 Modifications : Adopté par 397D0825 (JO L 342 12.12.1997 p.18).

908. A.-C. Kiss et J.-P. Beurier, *op. cit.*, p. 197.

africaines n'introduisent aucune hiérarchisation dans les utilisations des ressources en eau [...] Les usages domestiques et sanitaires sont toutefois historiquement les plus anciens<sup>909</sup>. »

Sans référer explicitement à un tel droit humain, il faut signaler, exception notable, que les États membres de la région européenne de l'OMS ont convenu d'adopter un Protocole à la Convention d'Helsinki portant sur l'eau et la santé et se sont engagés à prendre toutes les mesures pour garantir un assainissement et un approvisionnement adéquat en eau salubre<sup>910</sup>. Ce protocole proclame le principe d'accès équitable pour tous à l'article 6, faute de reconnaître explicitement un droit humain universel. Il précise à l'article 5 que : « les Parties sont guidées en particulier par les principes et orientations ci après : [...] un accès équitable à l'eau, adéquat du point de vue aussi bien quantitatif que qualitatif, devrait être assuré à tous les habitants, notamment aux personnes défavorisées ou socialement exclues ». À l'article 4, les Parties « prennent, en particulier, toutes les mesures appropriées pour assurer : a) un approvisionnement adéquat en eau potable [...], b) un assainissement adéquat [...] ».

On peut considérer ce protocole soit comme une prise en compte des besoins humains dans le cadre d'une convention générale sur l'eau ou comme un instrument spécifique portant sur ce droit, puisque portant sur la santé : il « est sans doute le premier texte international de droit positif qui prenne autant position en faveur de l'accès à l'eau salubre pour tous<sup>911</sup>. »

### ***L'eau dans les instruments régionaux de droits humains***

Du point de vue des instruments juridiques internationaux consacrés aux droits humains, on constate la même absence ou quasi-absence de mention explicite du droit d'accès à l'eau, qui ne peut être, sauf exceptions, déduit que de clauses plus générales, ou considéré comme partie intégrante d'autres droits, comme c'était le cas dans les instruments généraux.

909. M. Kamto, *loc. cit.*, p. 874.

910. *Protocole de Londres sur l'eau et la santé à la Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux* (1999) Doc. MP.WAT/AC.1/1999/1 EHC0 020102 P.

911. Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme *Rapport entre la jouissance des droits économiques, sociaux et culturels et la promotion de la réalisation du droit à l'eau potable et à l'assainissement soumis par M. El Hadji Guissé* (2002) 54<sup>e</sup> session, E/CN.4/Sub.2/2002/10, paragr. 21.

Ainsi, tant la Convention américaine<sup>912</sup> que la Convention européenne<sup>913</sup> « *support the requirement that states take positive, proactive steps to support the right to life*<sup>914</sup> ». Nous avons vu l'interprétation qui a pu être donnée au droit à la vie.

En Afrique, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples<sup>915</sup>, à son article 24, stipule que « *All peoples shall have the right to a general satisfactory environment favourable to their development* ». La Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant de 1990<sup>916</sup> est le seul instrument régional qui mentionne explicitement le droit d'accès à l'eau à l'article 14 :

*Every child shall have the right to enjoy the best attainable state of physical, mental and spiritual health.*

2. *States Parties to the present Charter shall undertake to pursue the full implementation of this right and in particular shall take measures: ... c) to ensure the provision of adequate nutrition and safe drinking water...*

Dans les Amériques, le protocole de San Salvador<sup>917</sup> stipule, à l'article 11, que :

1. *Everyone shall have the right to live in a healthy environment and to have access to basic public services.*

2. *The State Parties shall promote the protection, preservation and improvement of the environment.*

Cette affirmation d'un droit à un environnement sain, couplée au droit d'accès aux services publics de base, ouvre la porte à la double considération de la préservation de la qualité des ressources en eau et de sa distribution.

Comme au plan des instruments généraux de droits humains, on constate donc que, dans les accords bilatéraux ou régionaux, le droit d'accès à l'eau potable et à l'assainissement n'est pas explicitement consacré, à une exception près.

912. *Convention américaine relative aux droits de l'homme* (1969). San José, 22 novembre, en vigueur 18 juillet 1978, STOE A n° 36 (1979) 1144 RTNU 123, ILM (1970) 673.

913. *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (1950) 4 novembre, entrée en vigueur le 3 septembre 1953, STE n°5 (1955) 213 RTNU 221.

914. P.H. Gleick (dir.), *The World's Water 2000-2001...*, op. cit., p. 8.

915. *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* (1981) 21 ILM (1982) 59 [en vigueur 21 octobre 1986].

916. *Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant* (1990) Adoptée par la 26<sup>e</sup> Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement de l'OUA, Addis-Abeba, Éthiopie, juillet, CAB/LEG/24.9 [entrée en vigueur 29-11-1999].

917. Protocole de San Salvador, op. cit.

### **Le Conseil de l'Europe**

Nous ne saurions terminer cette revue, même partielle, des principes élaborés au plan international régional, sans mentionner la contribution du Conseil de l'Europe qui, en précurseur, adoptait le 26 mai 1967, en Comité des ministres, la *Charte européenne de l'eau*, qui reconnaissait à la fois le caractère vital de l'eau (principe I), son caractère de patrimoine commun (principe X), ainsi que sa nature de ressource commune nécessitant une forte coopération internationale (principe XII).

En 1985, le Conseil européen des ministres de l'environnement lançait le « Programme solidarité Eau », fondé sur les mêmes principes et le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a recommandé récemment aux gouvernements « de reconnaître, au niveau national, un droit individuel, universel et justiciable à la satisfaction des besoins matériels élémentaires des personnes en situation d'extrême précarité<sup>918</sup> ». De plus, lors de la révision de la Charte européenne de l'eau datant de 1968, le Conseil y a prévu que : « toute personne a le droit de disposer d'une quantité d'eau suffisante pour satisfaire à ses besoins essentiels<sup>919</sup>. »

Si l'on se fie donc au contenu des accords bilatéraux ou multilatéraux pour connaître la pratique des États et cerner le caractère coutumier de certaines normes, on ne peut déduire une priorité coutumière au profit de l'utilisation domestique, bien que : « on retrouve là le caractère de ressource vitale de l'eau<sup>920</sup> ». Pour l'heure, l'existence d'une telle priorité coutumière ne semble pas clairement établie et reconnue, même si elle est inscrite dans certains textes conventionnels bilatéraux et multilatéraux. D'autres éléments doivent cependant être considérés. Ainsi, le cas de l'Afrique du Sud illustre que, dans l'opinion de certains États, des priorités entre les usages devraient être établies.

918. *Recommandation R(2000) 3 sur le droit à la satisfaction des besoins matériels élémentaires des personnes en situation d'extrême précarité.*

919. Conseil de l'Europe, *Charte européenne des ressources en eau* (2001). Recommandation du Comité des Ministres aux pays membres, 17 octobre, Rec.(2001)14. Révision de la Charte de 1968.

920. H. Ruiz Fabri, *loc. cit.*, p. 831.

***La loi sud-africaine et sa spécificité :  
reflet des tendances et aspirations au plan international***

*Rather than look upstream with anger,  
we must looking downstream with compassion*<sup>921</sup>.

La situation de l'Afrique du Sud, eu égard aux ressources en eau, peut être ainsi caractérisée : ce pays est le troisième plus pauvre en eau du SADC et il est présentement, selon les termes de l'indice de stress hydrique, dans une situation objective de crise quant aux ressources alimentaires et hydriques. Un haut niveau d'investissements technologiques serait nécessaire pour maintenir l'autosuffisance dans ces deux secteurs simultanément<sup>922</sup>. Par ailleurs, l'augmentation de population prévue se situe de 35,2 millions en 1990 à 63, 2 millions en 2025, la compétition pour l'eau étant déjà forte au plan interne<sup>923</sup>. Le secteur agricole blanc, sous l'apartheid, était largement favorisé et drainait une large part des ressources en eau disponibles, tout en ne contribuant que pour une faible proportion au produit national : « [...] les inégalités persistent et 600 000 fermiers blancs consommeraient aux fins d'irrigation 60 % des ressources en eau du pays, alors que 15 millions de personnes parmi la population noire ne disposent toujours pas d'un accès direct à l'eau potable<sup>924</sup>. »

Une réallocation est essentielle mais n'est pas sans engendrer des tensions au plan politique<sup>925</sup>. Dans la mesure où la fin de l'apartheid signifie aussi la fin de l'isolement, les politiques d'autosuffisance agricole, dont le coût en termes de développement durable était peu pris en compte, méritent d'être revues et la politique de l'eau accorde une place significative à l'importation de produits nécessitant un apport intensif en eau.

Dans un tel contexte, où la pénurie pourrait entraîner compétition, accaparement et conflits, tant internes qu'internationaux, l'Afrique du Sud, qui pourtant dans la région est en position dominante du point de vue des rapports de force, semble avoir choisi au moins en principe, la voie de la solidarité, y compris pour les générations futures.

921. Kader Asmal ; Annonce du livre blanc de la politique de l'eau pour l'Afrique du Sud. Il est à noter que des modifications législatives sont actuellement en cours dans le domaine de l'eau en Afrique du Sud.

922. A.R. Turton (1998). *The Hydropolitics of Southern Africa: The Case of the Zambezi River Basin as an Area of Potential Cooperation Based on Allan's Concept of Virtual Water*, Mémoire de maîtrise en politique internationale, University of South Africa, p. 140.

923. *Ibid.*, p. 139.

924. *Questions relatives aux droits de l'homme : situations relatives aux droits de l'homme et rapports des rapporteurs et représentants spéciaux. Le droit à l'alimentation. Note du Secrétaire général* (2001). Rapport préliminaire établi par M. Jean Ziegler, A/56/210, 23 juillet, p. 14.

925. A.R. Turton, *The Hydropolitics of Southern Africa...*, *op. cit.*, p. 143.

Non seulement la Constitution sud-africaine consacre-t-elle l'accès à l'eau potable en tant que droit humain<sup>926</sup>, mais en outre la loi de l'eau dans ce pays est probablement la seule au monde à consacrer dans l'allocation de l'eau un droit légal de l'environnement<sup>927</sup> : « *The water required to meet peoples' basic domestic needs and the needs of the environment should be identified as "the Reserve" and should enjoy priority of use*<sup>928</sup>. »

De plus, dans le cadre de la politique interne de l'Afrique du Sud, les obligations internationales en matière de ressources en eau, si elles viennent après les besoins de base de la population sud-africaine et les besoins des écosystèmes, ont la priorité sur les autres demandes internes telles que l'agriculture et l'industrie<sup>929</sup> : « *International water resources, specifically shared river systems, shall be managed in a manner that optimizes the benefits for all parties, in a spirit of mutual co-operation. Allocations agreed for downstream countries shall be respected*<sup>930</sup>. »

On voit poindre ici, du moins dans les principes affirmés, un sens de l'intérêt général, un esprit public dépassant les intérêts particuliers de l'État considéré, et ce, dans le cadre d'une loi nationale d'un pays qui ne peut être considéré ni au-dessus de la mêlée parce qu'il ne dépendrait pas de ressources en eau transnationales, ni nanti de cette ressource à un point qu'il puisse faire preuve de largesse, au contraire.

Plusieurs lois sud-africaines prévoient des modalités spécifiques de mise en œuvre du droit d'accès à l'eau. Ainsi, le *Water Services Act* de 1997<sup>931</sup> interdit de couper l'eau pour les besoins essentiels si la personne est incapable de payer et le *National Water Act* de 1998<sup>932</sup> permet les tarifs différentiels selon la situation économique. Le département de la santé a établi un guide qui fixe des critères d'évaluation de la qualité de l'eau et qui définit les droits à prestation de la population : quantité minimale d'approvisionnement en eau de 25 litres par personne

926. Article 27 de la Constitution de 1996 : (1) *Everyone has the right to have access to... b) sufficient food and water...* (2) *The State must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve ... Constitution of the Republic of South Africa, Act 108 (1996) 8 mai, amendée 11/10 par l'Assemblée constitutionnelle : Bill of Rights, chapitre 2.*

927. *National Sovereignty and International Watercourses, op. cit.*, p. 51.

928. *National Water Act* n° 36 (1998) RSA, GG vol. 398, n° 19182, 26 août, Principe C.4.

929. A.R. Turton, *The Hydropolitics of Southern Africa...*, *op. cit.*, p. 147.

930. Livre blanc sur la politique de l'eau pour l'Afrique du Sud, principe 11.

931. *Water Services Act* n° 108 (1997) RSA, GG, vol. 390, n° 18522, 19 décembre, article 4.

932. *National Water Act* n° 36 (1998) RSA, GG vol. 398, n° 19182, 26 août, article 56.

par jour, accessible à moins de 200 mètres de l'habitation, débit minimal d'écoulement de 10 litres par minute, et garantie de sécurité d'approvisionnement pour la population locale<sup>933</sup>.

Malgré toutes ces lois et mesures cependant, l'accès à l'eau est encore un problème aigu dans plusieurs parties du pays. Ainsi en 2000, une épidémie de choléra dans le Kwazulu-Natal aurait été causée – ou aggravée – par des coupures d'eau à grande échelle<sup>934</sup>. Devant les difficultés de mise en œuvre, en février 2001, le gouvernement d'Afrique du Sud a modifié sa politique de l'eau pour s'orienter vers la fourniture gratuite de l'eau de base – environ 6 000 litres par mois<sup>935</sup>. Cette réorientation de politique prendra évidemment un certain temps<sup>936</sup> vu la faible disponibilité des ressources financières domestiques à y consacrer et surtout les réticences des institutions financières internationales à l'égard de telles politiques<sup>937</sup>.

### ***Des décisions judiciaires régionales ou nationales pertinentes en matière de droits humains***

On le constate, dans les décisions judiciaires concernant les ressources en eau internationales, si les enjeux environnementaux commencent à être pris en considération, les enjeux de droits humains quant à eux, n'ont pour ainsi dire pas d'existence, sinon dans les opinions individuelles. C'est pourquoi il importe de signaler leur présence dans d'autres instances ou à d'autres niveaux, ne serait-ce qu'indirectement à travers la reconnaissance de l'obligation de mise en œuvre d'autres droits.

Les cours suprêmes d'États comme le Népal, le Bangladesh, le Pakistan, la Turquie et l'Inde ont estimé que le droit constitutionnel à la vie incluait le droit à l'environnement<sup>938</sup>. Par ailleurs, plusieurs pays, dont l'Afrique du Sud, la Colombie et l'Inde ont décidé que l'application des droits économiques, sociaux et culturels pouvait être imposée par la loi, et une jurisprudence en la matière commence à apparaître<sup>939</sup>.

933. Pour le détail de ce guide et les mises à jour récentes, voir le site Internet : [www-dwaf.pwv.gov.za](http://www.dwaf.pwv.gov.za)

934. H. Smets, *op. cit.*, p. 106 et suivantes.

935. Department of Water Affairs and Forestry. Site Internet : [www-dwaf.pwv.gov.za](http://www-dwaf.pwv.gov.za)

936. Selon H. Smets, *op. cit.*, p. 107-108, des débranchements pour impayés ont encore lieu malgré le changement de politique.

937. P.H. Gleick, G. Wolff, E.L. Chalecki et R. Reyes (2002). « The Privatization of Water and Water Systems », dans P.H. Gleick (dir.), *The World's Water 2002-2003: The Biennial Report on Freshwater Resources*, Washington, Island Press, p. 72 et aussi H. Smets, *op. cit.*, sur cette question ; les communautés les plus pauvres transférant à des sources d'eau gratuite mais contaminées. Également « Metered to Death: How Water Experiment Caused Riots and a Cholera Epidemic », dans *The Water Barons* <http://www.icij.org/dtaweb/water/>

938. H. Smets, *op. cit.*, p. 27.

939. J. Ziegler (2001). A/56/210, *op. cit.*, p. 9.

En Inde par exemple, à la demande de l'Union populaire pour les libertés civiles (PUCL) qui se plaignait de l'inaction des autorités en matière de malnutrition, la Cour suprême, dans un jugement contre le ministère indien de la Consommation et de la Distribution, la *Food Corporation of India*, organisme public, et les gouvernements de six États, a admis en mai 2000 que la malnutrition était une question justiciable et concernait tous les États de l'Inde<sup>940</sup>. On peut en déduire que l'inaction en matière de fourniture d'eau potable serait également justiciable devant la Cour suprême indienne.

Dans les pays développés, où l'accès à l'eau est plus généralisé, il reste que cet accès est souvent conditionnel à une tarification qui, dans certains cas, peut remettre en cause l'accès effectif à l'eau des populations les plus démunies, notamment à travers les coupures de service. De telles pratiques ont cependant fait l'objet de sanction par la justice, ce qui tendrait à montrer que le droit à l'eau potable commence à être reconnu et protégé juridiquement par les tribunaux nationaux.

Dans un jugement rendu le 11 mars 1996, le Tribunal de grande instance de Roanne a condamné une société de distribution pour coupure abusive, « estimant qu'un distributeur qui n'est pas payé doit s'adresser au juge pour obtenir l'exécution judiciaire du paiement de sa créance. En l'absence d'une disposition l'y autorisant expressément, il lui est interdit de couper l'eau car la fourniture d'eau fait partie des prestations qui contribuent aux conditions de vie normale d'une famille<sup>941</sup>. »

Au plan régional, des précédents existent aussi. Ainsi, le Zaïre (République démocratique du Congo) a été condamné sur plainte d'ONG déposée en 1996 pour violation de nombreux droits, tant économiques et sociaux que civils et politiques. La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a estimé que le Zaïre avait violé l'article 16 de la Charte africaine<sup>942</sup> du fait que « le Gouvernement [n'a] pas fourni des services aussi essentiels que l'eau potable<sup>943</sup> ». L'accès à l'eau potable est ainsi considéré par la Commission comme partie intégrante du droit à la santé prévu à cet article.

940. Commission des droits de l'homme (2002). *Droits économiques, sociaux et culturels, Le droit à l'alimentation*, Rapport présenté par M. Jean Ziegler, 58<sup>e</sup> session, E/CN.4/2002/58, 10 janvier, paragr. 57.

941. H. Guissé (2002). *Op. cit.*, paragr. 28.

942. *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, op. cit.*

943. Paragr. 47. Opinion 4/4/96 et 10/7/96 – Communications 25/89, 47/90 et 56/91 ; rapporté dans J. Ziegler, E/CN.4/2002/58, *op. cit.*, paragr. 62 et suivants.

De même, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a condamné le Brésil pour des atteintes à la santé des Yaomanis<sup>944</sup> résultant notamment de la pollution de cours d'eau. La pollution chez les Huanoris en Équateur<sup>945</sup> a également été condamnée par cette instance. Selon la Commission interaméricaine, « *l'eau est la vie* », et toute atteinte à l'eau qui affecte la santé est une atteinte au droit à la vie garanti par la Convention américaine des droits de l'homme<sup>946</sup>.

Plus récemment, la Cour interaméricaine a condamné le Nicaragua<sup>947</sup> pour non-respect du droit de propriété collective de la terre d'une communauté indigène, sur la base de l'article 21 de la Convention, portant sur le droit à la propriété privée.

Considérant, d'une part, que la Constitution du Nicaragua reconnaît le droit de propriété collective de la terre des populations indigènes<sup>948</sup> et leur droit de vivre selon des formes d'organisations sociales correspondant à leurs traditions<sup>949</sup> et que, d'autre part, l'article 21 de la Convention américaine ne saurait exclure la propriété collective sous peine de discrimination envers la culture des peuples indigènes<sup>950</sup>, la Cour juge qu'il y a effectivement atteinte au droit de propriété et, prenant en compte le rapport culturel spécifique à la terre des peuples indigènes, atteinte aussi à d'autres droits (paragr. 149), d'autant plus que, stipule-t-elle, il existe une norme de droit international reconnaissant les droits des peuples indigènes sur leurs terres ancestrales (paragr. 140-d).

L'intérêt spécifique des décisions de la Cour interaméricaine portant sur les droits des peuples indigènes tient dans la considération des autres dimensions des ressources naturelles, au-delà de leur caractéristique de bien économique. La sentence examinée ici reconnaît clairement leur caractère de bien culturel, social et spirituel, s'agissant de la terre, de la

944. Rapport sur le Brésil (1997), paragr. 22 (la situation des communautés indigènes est « grave »). Les exactions continuent malgré les mesures prises depuis le Cas n° 7615 du 5 mars 1985 (IACHR 7615 OEA/Ser.L.V./II/66 Doc.10 rev. 1985) Rés. 12/85, Rapport annuel de la Commission interaméricaine des droits de l'homme (DEA/SER.LV/11.66).

945. CIADH : *Rapport sur la situation des droits de l'homme en Équateur* (1997). Voir aussi A. Fabra (1996). « Indigenous Peoples, Environmental Degradation and Human Rights : A Case Study », dans A. Boyle et M. Anderson (dir.), *Human Rights Approaches to Environmental Protection*, Oxford, Clarendon Press, p. 245-264.

946. H. Smets, *op. cit.*, p. 32 ; ainsi que M.M. De Bolivar (1998). « A Comparison of Protecting the Environmental Interests of Latin-American Indigenous Communities from Transnational Corporations under International Human Rights and Environmental Law », *J. of Trans'l L. & Pol'y*, vol. 8, n° 1, p. 145.

947. *The Mayagna (Sumo) Indigenous Community of Awas Tingni*, Judgment of August 31, 2001, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 79 (2001).

948. *Ibid.*, paragr. 153 de la sentence, article 5 de la Constitution du Nicaragua.

949. *Ibid.*, paragr. 118 de la sentence référant à l'article 180 de la Constitution du Nicaragua.

950. *Ibid.*, paragr. 148 de la sentence.

forêt et de l'eau (paragr. 150). Cette considération multidimensionnelle permet la prise en compte effective de l'interdépendance de tous les droits et l'identification des violations indirectes découlant du non-respect du droit de propriété sur ces ressources : droit à la vie, à la dignité, liberté de conscience, protection de la famille, etc. (paragr. 156).

C. Trindade, le président de la Cour interaméricaine, a ainsi interprété le droit à la vie comme incluant les moyens de survie des personnes et des peuples, allant dans le sens de l'interprétation donnée par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies : « *Under the right to life, in its modern and proper sense, not only is protected against any deprivation of life upheld, but furthermore States are under the duty to pursue policies which are designed to ensure access to the means of survival for all individuals and all peoples*<sup>951</sup>. »

Enfin, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme fournit aussi quelques signaux, très indirects cependant. Dans deux affaires à teneur plutôt environnementale, la Cour a jugé qu'il y avait effectivement atteinte à certains droits reconnus. Dans l'*Affaire Zander c. Suède* (25/11/93), concernant la pollution d'un puits par une décharge, elle a considéré qu'il y avait atteinte au droit de jouir de sa propriété, corroborant l'interprétation selon laquelle la propriété de la terre suppose l'accès à l'eau qu'elle contient ou supporte ; et dans l'*Affaire Lopez Ostra c. Espagne* (9/12/94), la Cour reconnaît que des atteintes graves à l'environnement peuvent affecter le bien-être et nuire à la vie privée et à la jouissance du domicile. On demeure loin cependant de la reconnaissance d'un véritable droit d'accès à l'eau qui induirait des obligations positives.

### **Une préoccupation partagée**

D'autres exemples, peu nombreux encore il est vrai, vont dans le même sens. Une douzaine d'autres pays ont aussi intégré des considérations sur les ressources en eau dans leur constitution, sous différentes formes, tous dans les années 1990, dont un seul pays développé<sup>952</sup>. Par ailleurs, les Constitutions des États de l'Illinois, de la Pennsylvanie, du Massachusetts, et du Texas, aux États-Unis, reconnaissent le droit des personnes à l'eau<sup>953</sup>.

On peut aussi retracer certaines manifestations de la reconnaissance de la nécessité d'une priorité d'usages, quand ce n'est pas la

951. C. Trindade et A. Antonio (1991). « The Parallel Evolutions of International Human Rights Protections and of Environmental Protection and the Absence of Restrictions on the Exercise of Recognized Human Rights », *Revista IIDH*, 13, 35, p. 51.

952. En l'occurrence la Suisse. Voir les textes des articles en annexe 5.

953. H. Guissé (2002), *op. cit.*, paragr. 29.

reconnaissance même d'un droit humain d'accès à l'eau pour les besoins de base, tant dans la pratique des États que dans leurs déclarations pouvant représenter l'*opinio juris*.

Directement, le droit à l'alimentation est inscrit dans une vingtaine de constitutions. Or, selon le rapporteur spécial de l'ONU, J. Ziegler, l'accès à l'eau potable et salubre et à l'eau d'irrigation de base pour produire une nourriture minimale sont partie intégrante du droit à l'alimentation<sup>954</sup> : « Il tombe sous le sens que le droit à l'alimentation comprend non seulement le droit à la nourriture solide, mais aussi le droit à la nourriture liquide, à l'eau potable<sup>955</sup>. »

Du point de vue des déclarations pouvant signifier que les États considèrent la priorité des usages domestiques ou le droit d'accès à l'eau comme étant le droit, les exemples peuvent aussi être multipliés. Nous ne présenterons que les plus récents.

En février 2001, les ministres de 12 États africains observent que les besoins des pauvres sont souvent ignorés dans les programmes de réforme du système d'eau en Afrique et qu'ils doivent être pris en compte<sup>956</sup>.

La ministre française de l'Environnement affirme, lors d'une conférence internationale : « L'accès à l'eau a été reconnu comme un des droits fondamentaux de la personne humaine par de nombreux pays dont ceux de l'Union européenne<sup>957</sup> », et le président de la République, dans un discours du 4 décembre 2001, exprime le vœu que « le droit à l'énergie, l'accès à l'eau potable ou le droit de respirer un air sain deviennent réalité pour tous ».

En Nouvelle-Zélande, le ministre des Pouvoirs locaux a déclaré en janvier 2002 devant le parlement que « *access to water is not a commodity but a fundamental human right*<sup>958</sup> ».

En Suisse, le Conseil fédéral (parlement) a demandé au gouvernement de soutenir l'adoption d'un traité qui « inscrira en tant que droit de l'homme l'accès à une eau potable propre<sup>959</sup> ».

954. Assemblée générale des Nations Unies A/56/210, *op. cit.*. Cette opinion est d'ailleurs largement partagée et maintes fois répétée.

955. *Droits économiques, sociaux et culturels : Le droit à l'alimentation* (2001). Rapport établi par M. Jean Ziegler, E/CN.4/2001/53, 7 février, paragr. 39.

956. *Regional Conference on Reform of the Water Supply and Sanitation Sector in Africa* (2001). Kampala, février. Site Internet : [www.wsp.org/](http://www.wsp.org/)

957. D. Voynet, conférence ministérielle de La Haye, mars 2000.

958. Rapporté par H. Smets, *op. cit.*, p. 34.

959. Saisi en décembre 2000 par 103 parlementaires, le Conseil fédéral a accepté la proposition le 1<sup>er</sup> février 2001. Rapporté par H. Smets, *op. cit.*, p. 35.

Le secrétaire général de l'ONU, M.K. Annan, considère lui aussi que l'accès à l'eau potable est un droit humain : « *access to safe water is a fundamental human need and therefore a basic human right* », déclare-t-il à l'occasion de la journée mondiale de l'eau en 2001<sup>960</sup>. À l'occasion de cette même journée mondiale de l'eau, Gro Harlem Brundtland, directrice de l'OMS, déclare que « l'approvisionnement en eau salubre et l'existence de services d'assainissement adéquats permettant de protéger la santé figurent parmi les droits de l'homme fondamentaux<sup>961</sup> ».

De même Federico Mayor, alors directeur général de l'UNESCO, soulignait il y a quelques années que :

Il ne suffit pas que les pauvres aient des droits (éducation, culture, justice, santé, eau) ; encore faut-il qu'ils puissent les exercer. L'école gratuite, l'aide judiciaire (prise en charge des frais de défense), la couverture médicale universelle comme l'aide pour l'eau (prise en charge des besoins essentiels) rendent ces droits effectifs<sup>962</sup>.

Significativement, le Brésil, suivi de plusieurs pays d'Amérique latine, a émis une réserve sur le texte de la Déclaration ministérielle de La Haye<sup>963</sup> précisément parce qu'elle ne contient pas la reconnaissance de l'accès à l'eau en tant que droit humain, appuyé en cela également par l'Afrique du Sud<sup>964</sup>, dont nous avons vu qu'elle reconnaissait explicitement ce droit et donnait la priorité aux besoins humains et aux besoins des écosystèmes dans ses textes législatifs.

Il est enfin significatif de constater qu'au plan interne plusieurs États « *agissent comme si* » l'accès à l'eau potable et à l'assainissement était un droit, à travers la mise en place de services publics universels<sup>965</sup>, des programmes de subventions aux plus pauvres<sup>966</sup>, des réglementations sur l'interdiction de coupure de service<sup>967</sup>. La pratique interne de

960. Message du 22 mars 2001. Site Internet : [www.worldwaterday.org](http://www.worldwaterday.org) consulté avril 2001.

961. Site internet : [www.worldwaterday.org/lgfr/thematic/hmnrhts.html](http://www.worldwaterday.org/lgfr/thematic/hmnrhts.html)

962. Message de la journée mondiale de l'eau : 22 mars 1997, Marrakech, 1<sup>er</sup> forum mondial de l'eau.

963. *Déclaration ministérielle de La Haye sur la sécurité de l'eau au XXI<sup>e</sup> siècle* (2000) 22 mars, II<sup>e</sup> Forum mondial de l'eau, CME, La Haye. [www.worldwaterforum.com/news/content.cfm?id=93](http://www.worldwaterforum.com/news/content.cfm?id=93)

964. H. Smets, *op. cit.*, p. 38.

965. Canada, Irlande, notamment. Et, plus généralement, il faut souligner que dans le monde la très grande majorité (90 % et plus) des services d'eau et d'assainissement sont publics... pour l'heure.

966. France, Chili, notamment.

967. Afrique du Sud, notamment.

ces États corrobore l'existence d'un besoin essentiel, si ce n'est d'un droit<sup>968</sup>, qui, en toute cohérence, devrait donner lieu à la reconnaissance d'une priorité d'usage.

Faut-il rappeler d'ailleurs que si la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948<sup>969</sup> ne fait pas mention du droit à l'eau, elle prévoit, à son article 25, que : « Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires [...] » Cet article constituera l'assise sur laquelle s'appuieront les analyses visant à fonder le caractère de droit humain de l'accès à l'eau, la Déclaration universelle étant considérée par plusieurs, au même titre que la Charte des Nations Unies, comme de droit impératif.

## CONCLUSION

### La difficile intégration des multiples dimensions de la problématique de l'eau

Les limites inhérentes à la Convention de New York étaient déjà présentes, en grande partie, dans les conventions bilatérales ou multilatérales existantes. Certains pays refusent même, le contenu des accords bilatéraux le montre, l'évolution générale des principes juridiques s'appliquant aux cours d'eau internationaux depuis la Seconde Guerre mondiale. On ne peut cependant considérer ces cas largement minoritaires comme reflétant la pratique des États.

Certains pays et certaines régions ont par ailleurs marqué des évolutions plus sensibles et l'on peut même à cet égard parler de développement de coutumes régionales<sup>970</sup> : en ce qui concerne le statut de ressource commune et la reconnaissance d'une communauté d'intérêts sur le continent africain, d'une part, et en ce qui concerne les principes généraux de protection de l'environnement et des ressources en eau en Europe, d'autre part.

Mais on s'aperçoit par ailleurs que très généralement les États ne sont pas prêts à tirer les conséquences de ces principes et à se soumettre à des mécanismes contraignants qui en garantissent le respect et la

968. Voir la revue effectuée par H. Smets, *op. cit.*, p. 43-105. L'Uruguay vient de tenir un référendum et les Pays-Bas viennent d'adopter une législation qui vont dans le même sens (fin 2004).

969. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, *op. cit.*

970. Malgré les réticences à cette idée de coutume régionale : S. Sur, *op. cit.*

mise en œuvre effective, y compris à travers les institutions communes dont ils se dotent... « *Such a forum must have binding authority over the states. It must function in a legislative, executive, as well as judicial role*<sup>971</sup>. »

De plus, si au fil des diverses conventions bilatérales ou multilatérales, plusieurs commissions ont été créées dans le but de régler certains bassins internationaux, au regard du droit international, un principe général fait qu'il n'y a pas d'obligation pour un État à y participer. C'est le cas par exemple de la Commission du Nil à laquelle ne participe qu'une minorité des neufs pays riverains<sup>972</sup>.

Pas plus qu'au plan général, enfin, le droit humain d'accès à l'eau n'a trouvé ici d'expression ou de reconnaissance, malgré les engagements contractés par une large majorité d'États à travers les Pactes. La protection, la promotion et la mise en œuvre de ces droits exigeraient pourtant des règles et une gestion supranationale propre à en assurer le respect malgré les obstacles.

Idéalement, la gestion de l'eau exigerait un cadre légal et institutionnel qui permette d'établir factuellement les caractéristiques de l'utilisation de l'eau dans chaque État concerné, de résoudre les conflits transfrontaliers, d'apporter des réponses à des manques d'eau inhabituels ou temporaires, de dessiner les paramètres de réponses à long terme aux manques d'eau sérieux qui existent dans certaines régions, et surtout qui possède les moyens de faire appliquer ses décisions, conformément aux exigences de base de respect des droits humains et de préservation des ressources<sup>973</sup>. Nous en sommes fort loin, même si les institutions des Nations Unies se préoccupent depuis longtemps des problèmes liés à l'eau douce.

971. N. Tadros (1996-1997). « Shrinking Water Resources : The National Security Issue of this Century », *Northwestern J. of Int'l Law & Business*, vol. 17, p. 1126.

972. D'ailleurs, selon D.A. Caponera (1998). « Les eaux partagées et le droit international », Congrès de Kaslik, Liban, p. 2, la plupart des traités ne sont pas respectés.

973. J.W. Dellapenna, « Treaties as Instruments... », *loc. cit.*, p. 55.

# Chapitre

# 6

## Le travail des Nations Unies au regard des multiples enjeux de l'eau douce

*Declarations of vague principles covering global environmental issues do nothing to provide sufficient water for drinking and sanitation and other crucial needs of human beings in the foreseeable future. States need clear and enforceable guidelines now<sup>974</sup>.*

Malgré les difficultés à dépasser, au plan du droit international, le régime juridique traditionnellement applicable aux fleuves internationaux, les institutions internationales reconnaissent très largement que l'évolution des utilisations de l'eau appelle une transformation radicale du régime juridique s'y appliquant, de la considération des fleuves comme cours d'eau à la considération des ressources en eau elles-mêmes. Bien qu'elles ne puissent être considérées comme du droit véritable, tout au plus comme du droit mou, de la « *soft law* », il reste que les recommandations aux déclarations des organisations internationales représentent aussi l'évolution, les tendances et les aspirations qui s'expriment dans l'espace politique international. Elles disent, souvent, l'autre versant

---

974. P.K. Wouters (dir.), *International Water Law...*, op. cit., p. xxiv de la préface.

des contradictions qui, non résolues, traversent la société internationale. Elles sont en somme constitutives du « droit qui se fait », puisque le politique fait le droit.

La préoccupation de la préservation des ressources de la planète, dans la seconde moitié du xx<sup>e</sup> siècle a influencé les institutions internationales. La prise de conscience des limites de la planète, des conséquences dommageables, parfois irréversibles, de nos modes de développement, a donné lieu à une réflexion approfondie sur l'avenir et sur nos responsabilités à son égard. Les générations futures, déjà présentes dans le préambule de la Charte des Nations Unies, ont pris alors une dimension plus concrète, à travers laquelle commence à se dessiner l'humanité, transtemporelle : les générations actuelles auraient des devoirs, précis et identifiables, celui de la conservation des écosystèmes et ressources nécessaires à la vie, notamment à l'égard des générations futures<sup>975</sup>.

L'idée philosophique partagée par plusieurs cultures de la « terre en partage », du « *trusteeship of the earth's land resources*<sup>976</sup> », du patrimoine commun, de la « terre mère », demande à être traduite en droit. Un concept, celui du développement soutenable, tente d'en formaliser l'aspiration : « Le développement soutenable, c'est s'efforcer de répondre aux besoins du présent sans compromettre la capacité de satisfaire ceux des générations futures<sup>977</sup>. » Il repose sur l'idée que « chaque être humain, vivant et à venir, a droit à une vie digne de ce nom<sup>978</sup> », comprenant, bien sûr, l'accès aux ressources nécessaires pour vivre : « *Lack of access to drinking water which is free from toxic or other contaminants, pollution of the atmosphere [...] can all be viewed and treated as violations of fundamental economic and social rights*<sup>979</sup>. »

Ainsi se dessine la jonction entre droits humains et protection de l'environnement terrestre. Ainsi se trouve aussi interpellé plus que jamais le droit international dans sa finalité, étant entendu que les écosystèmes ne respectent pas les frontières politiques et que les droits humains sont universels. Bientôt, devra être prise en compte une réalité incontournable. Elle trouvera une occasion d'expression concrète dans la problématique de l'atmosphère :

Comme le problème est planétaire, sa solution ne peut être conçue qu'au niveau mondial. Compte tenu de la nature des dangers, les remèdes à y apporter relèvent non seulement du devoir fondamental de protéger

975. E. Brown Weiss, *op. cit.*, p. 238.

976. *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, *op. cit.*

977. Rapport Brundtland, *op. cit.*, p. 47.

978. *Ibid.*, p. 48.

979. P. Sands, *op. cit.*, p. 225.

l'écosystème terrestre, mais aussi du droit de l'homme à jouir dans la dignité d'un environnement mondial viable et, par conséquent, du devoir de la communauté des nations à l'égard des générations présentes et futures de tout mettre en œuvre pour préserver la qualité de l'atmosphère<sup>980</sup>.

La nécessité de normes universelles, impératives, s'affirme à cette occasion: «Créer une autorité mondiale dotée de vrais pouvoirs de décision et de sanction», «déléguer une partie de la souveraineté [...]»<sup>981</sup>. Mais la reconnaissance du caractère vital, urgent et mondial des problèmes environnementaux ne fait pas consensus<sup>982</sup>, loin s'en faut. Des normes se font jour qui répondent précisément à cette préoccupation de l'avenir, dont le principe de précaution au premier chef, mais le caractère universel et impératif de telles normes n'est pas accepté d'emblée. La doctrine est divisée mais ne peut faire fi de cette conscience nouvelle des limites de la planète et de nos responsabilités:

*This principle has been rapidly adopted as the ethical norm against which major international agreements and mandates must be tested. The precise contours of intergenerational duties are not self-defining. However, the core idea [is] that each generation has a duty to manage its common patrimony for the benefit of the next generation*<sup>983</sup>.

La prise en compte de la problématique de l'eau au sein des institutions internationales a connu une évolution progressive depuis les années 1970. L'importance du financement international dans le domaine des ressources en eau est significative d'une reconnaissance certaine des exigences de coopération. D'abord considérée dans le cadre des enjeux environnementaux en 1972 à *Stockholm*, puis de la gestion des ressources naturelles partagées au PNUE, elle fut abordée de manière plus spécifique et globale pour la première fois à *Mar del Plata* en 1977. La prise de conscience par la communauté internationale du caractère transversal de la problématique de l'eau semble alors acquise. La décision de décréter une Décennie internationale, 1981-1990, puis de faire une priorité de l'objectif de donner accès à l'eau potable à tous les êtres humains pour l'an 2000, parallèlement au travail de la Commission

980. *Déclaration sur la protection de l'atmosphère* (1989). La Haye, 11 mars; Doc A/44/340 (22 juin 1989); version française dans *RGDIP* (1989). T. 93 et dans *RJE*, 1990, p. 429, paragr. 7.

981. R. Romi, « Sur la notion de patrimoine commun de l'humanité en droit de l'environnement » (1989) *Actes*, n<sup>os</sup> 67-68, p. 64.

982. Les pays signataires de l'Afrique noire: la Côte-d'Ivoire, le Kenya, le Sénégal et le Zimbabwe; du monde arabe: l'Égypte, la Jordanie, la Tunisie; de l'Asie: l'Inde, l'Indonésie, le Japon; des Amériques: le Brésil, le Canada, le Venezuela; de l'Europe: l'Espagne, la France, la Hongrie, Malte, la Norvège, les Pays-Bas, la RFA, la Suède; ainsi que l'Australie et la Nouvelle-Zélande. Les organisations internationales: la Cour internationale de justice, l'ONU, l'UNESCO, l'OMM et le PNUE.

983. A.D. Tarlock, *loc. cit.*, p. 210.

du droit international, sera suivie de multiples interventions sur le sujet, directement ou indirectement, de la part de plusieurs organisations internationales onusiennes et de l'Assemblée générale elle-même.

Nous tenterons dans ce chapitre de circonscrire la portée et l'influence des diverses déclarations et résolutions des organes des Nations Unies sur l'évolution du droit international en la matière et d'établir leur capacité à induire un élargissement de la problématique au plan juridique, notamment l'intégration de la perspective des droits humains et le dépassement de la stricte considération des relations interétatiques.

Nous n'approfondirons ici que les aspects de ces interventions qui présentent une volonté de normativité, un caractère proclamatoire. Nous examinerons d'abord les conférences internationales pourtant sur l'eau, pour repérer ensuite les principes qui ont pu être énoncés dans les conférences internationales portant sur d'autres sujets, bien que cette division ne respecte pas la chronologie réelle (6.1). Nous compléterons l'analyse par l'examen des résolutions de l'Assemblée générale, dont plusieurs se rapportent aux conférences précitées (6.2), et nous relèverons, enfin, les principes qui se dégagent du travail de certaines agences spécifiques de l'ONU (6.3).

## 6.1. LES DÉCLARATIONS DES GRANDES CONFÉRENCES

Si les résolutions et déclarations de l'Assemblée générale et des grandes conférences des Nations Unies ne créent pas en elles-mêmes des règles de droit positif, il reste qu'elles contribuent parfois à la cristallisation de la coutume. Dans le domaine des ressources en eau, nul doute qu'elles ont joué un rôle significatif quant à la cristallisation de certains principes aujourd'hui considérés comme coutumiers, même si l'on peut déplorer que cet apport soit resté exsangue, au vu de la richesse du contenu de certaines d'entre elles.

Comme nous le verrons, si certains principes ont par la suite été repris et intégrés peu à peu au droit des cours d'eau internationaux, il reste que la vision plus globale dégagée dans ces différentes instances n'a que fort peu influencé le contenu du droit international en la matière, malgré le fait que le Plan d'action de Mar del Plata en 1977 et l'Agenda 21 de Rio en 1992, soient parfois considérés comme exprimant une volonté politique d'élargir la considération des ressources en eau de la part de la communauté internationale<sup>984</sup>.

984. C'est notamment le cas de J. Sohnle qui prend largement ces plans d'action comme base d'analyse des avancées du droit international : *op. cit.* ; l'Agenda 21 serait ainsi un « instrument universel par excellence », p. 83, et plus généralement p. 233 et suivantes.

### 6.1.1. Les conférences consacrées à l'eau

Parallèlement à l'inscription transversale de la problématique de l'eau dans l'ensemble des grandes conférences mondiales sur laquelle nous reviendrons plus loin, la complexité même du sujet entraîne une multiplication des conférences, sommets, congrès internationaux portant spécifiquement sur la question de l'eau, tant au plan mondial que régional, et l'élaboration de déclarations et plans d'action qui lui sont spécifiquement dédiés. Ces conférences, nombreuses, n'ayant pas toutes la même portée, nous nous limiterons ici à examiner celles auxquelles il est le plus souvent fait référence et qui présentent de ce fait une plus grande légitimité, qui ne sont pas toutes, paradoxalement, celles des Nations Unies.

C'est à Mar del Plata, en Argentine en 1977, qu'a eu lieu la première conférence des Nations Unies sur l'eau. L'ONU organise donc, cinq ans après Stockholm, et conformément aux vœux exprimés lors des conférences sur l'alimentation (1974) et sur les établissements humains (1976)<sup>985</sup> qui ont précédé, cette première conférence mondiale sur l'eau qui traduit les inquiétudes palpables de la communauté internationale à l'égard de cette ressource vitale, en voie de dégradation accélérée.

Cent-seize États ont participé<sup>986</sup> à cette conférence qui a porté l'eau aux premiers rangs de l'agenda politique international et qui a statué : « que tous les peuples, quels que soient leur stade de développement et leur situation économique et sociale, ont le droit de disposer d'eau potable en quantité et d'une qualité suffisantes pour répondre à leurs besoins essentiels<sup>987</sup> » et « qu'il est universellement reconnu que la possibilité de disposer de cet élément est essentielle à la vie humaine et au développement complet de l'être humain, en tant qu'individu et en tant que membre de la société<sup>988</sup> ».

Les principes de base mis de l'avant à Mar del Plata sont fondés sur la coopération : réaffirmant les principes d'égalité, de souveraineté et d'intégrité territoriale des États, le rapport leur demande d'utiliser et de gérer les ressources en eau de façon équitable<sup>989</sup> et en coopération<sup>990</sup>. Utilisant, au titre de la coopération régionale<sup>991</sup>, le concept de « ressources en eau partagées », le rapport indique cependant que « ce terme n'est

985. Habitat, Recommandation C-12.

986. E/CONF.70/29, *op. cit.*, p. 94.

987. Rés. II a), *Ibid.*, p. 65.

988. Rés. II b), *Ibid.*, p. 65.

989. Paragraphe 91, p. 51, *Ibid.*

990. Paragraphe 90 du Plan d'action, *Ibid.*, p. 51 ; et J.T. Calasans, *op. cit.*, p. 269.

991. Point G du Plan d'action, p. 49 et suivantes, *Ibid.*

utilisé que pour l'uniformité du texte, et son emploi ne préjuge pas la position des pays qui sont en faveur de l'expression "eaux transfrontières" ou "eaux internationales" sur aucun des problèmes en cause<sup>992</sup> ». Il faut rappeler que le débat est alors à peine amorcé à la CDI sur ce concept. On stipule la *nécessité* de la coopération et du partage de l'information pour la gestion intégrée et *l'utilité* de mécanismes et d'institutions à cette fin<sup>993</sup>. S'il est fait référence au travail de la CDI, c'est pour demander d'accorder une plus grande priorité à ce sujet, mais aucune recommandation n'est faite sur les orientations dont elle devrait tenir compte pour la suite de ses travaux<sup>994</sup>.

Souvent citée parce qu'elle fut la première à mettre de l'avant le droit à l'eau en quantité et qualité suffisantes, Mar del Plata demeure toutefois dans les cadres traditionnels de la souveraineté des États eu égard aux enjeux de l'eau, et c'est ici le droit des peuples qui est affirmé, plutôt que le droit individuel d'accès à l'eau. Prenant la mesure de la complexité de la problématique, elle introduit déjà le principe de la tarification de l'eau, sans en faire explicitement un bien économique dont le prix doit être fixé selon le marché, comme ce sera le cas vingt ans plus tard<sup>995</sup> : « Il faudrait recourir à la fixations de tarifs et à d'autres stimulants économiques pour favoriser l'utilisation efficace et équitable de l'eau<sup>996</sup>. » Les diverses dimensions de cette ressource bien particulière s'y côtoient, à la fois droit humain parce que nécessaire à la vie et implicitement sa dimension économique, parce que devant être « économisée ».

Quinze ans plus tard, la Conférence internationale sur l'eau et l'environnement<sup>997</sup>, tenue à Dublin peu avant le Sommet de Rio, dégage les principes suivants : « l'eau douce, ressource fragile et non renouvelable, est indispensable à la vie, au développement et à l'environnement » (principe 1) ; « la gestion et la mise en valeur des ressources en eau doivent associer usagers, planificateurs et décideurs à tous les échelons » (principe 2) ; « les femmes jouent un rôle essentiel dans l'approvisionnement, la gestion et la préservation de l'eau » (principe 3) ;

992. *Ibid.*, p. 49, note 5.

993. *Ibid.*, paragr. 85 et 86.

994. Paragr. 93 a), p. 51, *Ibid.* Cette remarque vaut aussi pour le Groupe intergouvernemental d'experts des ressources naturelles partagées du PNUE, paragr. 93 c).

995. En effet, en 1997, le Rapport d'évaluation des eaux douces du monde déposé à l'ONU mentionnait « qu'il faut une approche plus orientée vers le marché pour gérer les fournitures d'eau. L'eau doit être une marchandise dont le prix est fixé par l'offre et la demande ».

996. Paragraphe 7 du Plan d'action, *Ibid.*, p. 10.

997. « Déclaration de Dublin », *op. cit.* Contrairement à une idée répandue, il faut souligner que la Conférence de Dublin n'est pas une conférence ministérielle mais une conférence d'experts, et que les États réunis à Rio ont refusé de faire leur la déclaration de cette conférence.

enfin, « l'eau, utilisée à des fins multiples, a une valeur économique et devrait donc être reconnue comme un bien économique » (principe 4). En vertu de ce principe « il est primordial de reconnaître le droit fondamental de l'homme à une eau salubre et une hygiène adéquate pour un prix abordable ».

Les discussions de cette conférence prendront largement en compte l'interdépendance des écosystèmes<sup>998</sup> ainsi que les conséquences du développement et des activités humaines : le fait que les nappes souterraines ne soient pas dans bien des cas des ressources renouvelables, que la pollution entraîne l'eutrophisation, les transformations des modes d'agriculture, etc. Y sera affirmée par ailleurs la nécessité d'une considération globale : « Une exploitation durable des ressources en eau douce à l'échelle mondiale nécessite une approche globale de ces ressources et la reconnaissance de l'interdépendance des éléments qui la composent et influent sur sa qualité<sup>999</sup> », mais nulle part ne sera utilisé le concept de « ressource naturelle partagée » sur lequel la communauté internationale a alors clairement reculé. On y retrouve cependant des concepts tels que *bassins partagés*, *gestion intégrée des ressources en eau des bassins hydrographiques partagés*<sup>1000</sup>, illustrant la perspective écosystémique de la problématique qui traverse à l'évidence le rapport de cette conférence.

Enfin, la Conférence de Dublin, malgré la correspondance du calendrier, n'incite pas les États à adopter une convention internationale sur la base du projet de la CDI ; elle se limite à recommander aux gouvernements d'encourager le développement de principes juridiques pour coordonner la gestion des eaux internationales.

Ainsi au total, à Dublin, s'inscrit la qualification de « bien économique » s'agissant des ressources en eau<sup>1001</sup>, qui traversera par la suite presque tous les documents onusiens en la matière, mais sans que disparaisse pour autant le principe du droit d'accès, qualifié encore plus clairement qu'à Mar del Plata, de « droit de l'homme ». L'affirmation de la nécessité d'une considération globale, jamais énoncée aussi clairement auparavant, donne un poids particulier au principe de l'interdépendance. Il est vrai que la prise en compte des effets du réchauffement planétaire oblige à donner une dimension concrète à la considération du cycle hydrologique. Si les États sont interpellés dans

---

998. On y reconnaît par exemple que « l'eau est l'élément central des écosystèmes et du système climatique de la planète », paragraphe 7.8, *Rapport de la Conférence*.

999. Paragr. 4.1, *Rapport de la Conférence*.

1000. J.T. Calasans, *op. cit.*, p. 271.

1001. La Banque mondiale s'appuiera largement sur cette conférence : voir *Gestion des ressources en eau* (1994). Washington, Document de politique générale de la Banque mondiale, 160 p.

ce rapport et cette déclaration, c'est d'abord du point de vue de leurs responsabilités à l'égard d'une préoccupation commune et non du point de vue de leur souveraineté.

En décembre 2001, sur un modèle similaire<sup>1002</sup>, a eu lieu à Bonn une Conférence internationale sur l'eau douce en prévision de la Conférence mondiale sur le développement durable de Johannesburg. Avant d'examiner l'évolution des principes mis de l'avant pendant cette conférence, il importe de souligner qu'entre Dublin et Bonn a été créée une ONG internationale « nouveau genre », à laquelle ont adhéré de nombreuses agences onusiennes et plusieurs gouvernements : le *Conseil mondial de l'eau* (CME)<sup>1003</sup>. Sans être un organisme public international, le CME prendra l'initiative d'un premier Forum mondial de l'eau en 1997, assorti d'une conférence ministérielle<sup>1004</sup>, et en fera une pratique régulière, tous les trois ans. Le II<sup>e</sup> Forum mondial de l'eau a eu lieu à La Haye en mars 2000, le troisième a eu lieu en mars 2003 au Japon et le quatrième doit se tenir au Mexique en 2006. Nous mentionnons cet aspect parce qu'il y est fait référence à la Déclaration de La Haye<sup>1005</sup> et au III<sup>e</sup> Forum mondial dans la Déclaration de Bonn<sup>1006</sup>, d'une part, et que, d'autre part, l'évolution des principes mis de l'avant au plan international est largement influencée par ces réunions internationales « privées ».

C'est, par exemple, à l'occasion du III<sup>e</sup> Forum mondial de l'eau, convoqué par le Conseil mondial de l'eau en 2003, que l'ONU a rendu publique la première édition de son *Rapport sur la mise en valeur de l'eau dans le monde*<sup>1007</sup>. De plus, la Déclaration de La Haye 2000 n'a pas reconnu l'accès à l'eau potable et à l'assainissement en tant que droit

1002. Comme à Dublin, il ne s'agit pas d'une conférence officielle de l'ONU. Cette fois, il s'agit d'une initiative du gouvernement allemand et il y aura bien une déclaration ministérielle. Sa légitimité reste cependant toute relative puisque seulement 46 pays y sont parties prenantes (1<sup>er</sup> paragraphe). *Conférence Internationale sur l'eau douce*, Bonn 2001, « L'eau : Une des clés du développement durable ». Déclaration en présence de 118 représentants de gouvernements

1003. Financer largement par la Banque mondiale et certaines multinationales de l'eau, le CME a un statut et une intervention plus qu'ambigus. Il s'est notamment arrogé la prérogative de convoquer des conférences ministérielles. Aucune ONG avant elle n'aurait eu ce culot et aucun gouvernement ne l'aurait admis ; en ce sens, on ne peut mettre ses interventions sur le même pied que celles de la société civile en général. J. Sohnle, *op. cit.*, p. 444, classe aussi le CME parmi les ONG.

1004. *Déclaration de Marrakech* (1997). Premier Forum mondial de l'eau, CME, Marrakech. On parlera moins de cette première conférence parce que les pays représentés n'étaient pas assez nombreux pour assurer une portée réelle à la déclaration (une cinquantaine).

1005. *Déclaration ministérielle de La Haye sur la sécurité de l'eau au 21<sup>e</sup> siècle*, *op. cit.* Celle-ci sera assurée d'une plus grande visibilité puisque plus de 100 pays étaient présents.

1006. *Déclaration de Bonn*, *op. cit.*, paragr. 7 et 27.

1007. Du WWAP, World Water Assessment Program.

mais en tant que besoin<sup>1008</sup>, et la Déclaration de Bonn maintiendra cette position (paragr. 4), qui constitue nettement une régression<sup>1009</sup>, au vu des conférences et déclarations antérieures qui, de Mar del Plata à Rio, ont toujours réitéré ce droit. Seule la dimension de « bien économique » sera reprise par le CME qui en fera son axe principal et la panacée à tous les problèmes.

Ainsi, dans la Déclaration ministérielle de Bonn, il n'est plus question de droit d'accès mais de sécurité de l'eau (paragr. 1) et de besoin fondamental (paragr. 4). Au troisième paragraphe, les États signataires reconnaissent tout de même que l'eau est un élément capital pour la santé des populations et leur subsistance, renvoyant ainsi à deux droits humains explicitement consacrés. La Déclaration reconnaît aussi le caractère vital de l'eau ainsi que l'aggravation de la situation depuis les Conférences de Dublin et Rio notamment (paragr. 6-7).

La Déclaration de Bonn maintient les tendances à la considération économique et marchande de l'eau, considérant le rôle de la communauté internationale comme étant « D'assurer un partage équitable des bénéfices tirés des ressources en eau<sup>1010</sup> », tout en stipulant que « la gestion privée des services de distribution ne saurait impliquer la propriété privée des ressources » (paragr. 11).

Du point de vue des ressources partagées, pas plus que celle de Dublin, la Déclaration n'appelle à favoriser la mise en vigueur de la Convention de New York, elle se contente d'inviter « les États riverains à coopérer sur les questions relatives aux cours d'eau internationaux » (paragr. 12). Au total, on ne peut considérer cette déclaration comme un progrès au vu des principes énoncés antérieurement. Tout au plus a-t-elle le mérite de rappeler les gouvernements à leurs responsabilités à l'égard de la gestion d'un bien public et commun et de signifier l'importance de ce sujet à l'agenda de la Conférence de Johannesburg<sup>1011</sup>.

---

1008. Certains pays, dont le Brésil et l'Afrique du Sud, ont inscrit officiellement une réserve précisément pour cette raison. D'autres pays aussi, mais il a été impossible à ce jour d'obtenir l'information exacte à ce sujet. La transparence n'est pas la caractéristique principale du CME. Il est impossible, par exemple, d'avoir accès à la liste officielle des membres.

1009. Le projet de déclaration de Bonn mentionnait le droit humain, mais les États-Unis ont exigé le retrait de cette mention. Voir [http://www.water-2001.de/co\\_doc/proposals/usa.pdf](http://www.water-2001.de/co_doc/proposals/usa.pdf)

1010. Paragr. 19.

1011. Paragr. 3 et 9 : « Des décisions importantes devront être prises à l'issue du Sommet mondial pour le développement durable au sujet de l'eau. » Ce rappel n'est pas insignifiant quand on sait que la pertinence même du sujet à Johannesburg a été mise en doute par certains gouvernements et certaines organisations internationales dans le processus préparatoire.

### 6.1.2. L'eau dans les grandes conférences

Les sujets abordés par les grandes conférences des Nations Unies sont très variés. Plusieurs peuvent indirectement toucher à la problématique de l'eau, mais il est un secteur qui ne peut absolument pas en faire abstraction, c'est celui de la protection de l'environnement.

#### *De Stockholm à Johannesburg*

En 1972, lors de la première Conférence des Nations Unies sur l'environnement humain, la désormais célèbre Conférence de Stockholm, la communauté internationale déclarera solennellement que : « L'homme a un droit fondamental à la liberté, à l'égalité ainsi qu'à des conditions de vie adéquates, dans un environnement de qualité qui permet de vivre une vie dans la dignité et le bien-être [...] » (principe 1). Un environnement qui permet de vivre dans la dignité et le bien-être comprend, cela tombe sous le sens, l'accès à une eau potable en quantité et qualité suffisantes. Elle affirmera aussi que « Les ressources naturelles du globe, y compris l'air, l'eau, la terre, la flore et la faune, [...] doivent être préservés dans l'intérêt des générations présentes et à venir [...] » (principe 2). Sera aussi énoncé à cette occasion le fameux principe 21 déjà cité, qui par la suite sera largement invoqué en matière de pollution transfrontalière.

La Déclaration de Stockholm énonce aussi la nécessité d'exploiter les ressources non renouvelables de manière qu'elles ne soient pas épuisées et que les avantages de leur utilisation puissent être partagés par toute l'humanité (principe 5), et affirme l'obligation d'interrompre les rejets toxiques ou d'autres matières, ainsi que les dégagements de chaleur qui dépassent les capacités d'absorption des écosystèmes, afin d'éviter les dommages irréversibles (principe 6). Gestion rationnelle des ressources (principe 13), respect de la capacité portante des écosystèmes (principe 3), coopération (principe 22), etc. ; sans l'emploi du terme, les principes de base d'une gestion *durable* de la planète et de ses ressources y sont énoncés, dont certains seront repris dans le droit international des cours d'eau.

Dix ans plus tard, à Rio, la communauté internationale affirmera que « La paix, le développement et la protection de l'environnement sont interdépendants et indissociables » (principe 25). Pas plus qu'à Stockholm, la Déclaration elle-même ne traite spécifiquement de la problématique de l'eau, mais elle énonce des principes généraux qui s'y appliquent. On y retrouve la préoccupation des générations futures, énoncée toutefois en termes de besoins plutôt que de droits : « Le droit au développement doit être réalisé de façon à satisfaire équitablement les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations présentes et futures » (principe 3), et représentative d'un glissement

général de la préoccupation environnementale vers celle de la primauté du développement dans les textes de Rio<sup>1012</sup>. Ainsi, le fameux principe 21 de Stockholm presque identique dans le principe 2 de Rio, se lira comme suit :

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 de développement** 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 dommages à l'environnement dans d'autres États ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale<sup>1013</sup>.

De même, le droit de vivre dans un environnement permettant *de vivre une vie dans la dignité et le bien-être* devient le « droit à une vie saine et productive en harmonie avec la nature » (principe 1). À juste titre, certains interprètent la Déclaration de Rio comme un recul du point de vue des droits humains :

*Surprisingly, in the light of two decades of convergence and growing acceptance of a right to environment in various legal instruments, consensus was absent, and the Rio texts neither declare a human right to the environment, nor refer, with few exceptions, to the interrelationship in law and policy between development, human rights, and environmental protection*<sup>1014</sup>.

On retrouve dans la Déclaration de Rio le principe de la coopération réaffirmé, mais désormais précisé quant aux *responsabilités communes mais différenciées* (principe 7), et l'idée de prévention, présente de façon plus diffuse à Stockholm, sera précisée dans le principe de précaution (principe 15), de même que la nécessité d'études d'impact sur l'environnement, l'obligation de notification, d'information et de consultation (principes 17-19) seront réitérées, en conformité avec le développement du droit coutumier. Mais au-delà des principes généraux énoncés dans la Déclaration, qui n'apportent que peu de développement en regard des principes déjà largement reconnus outre le principe de précaution, c'est dans le programme d'*Action 21* qu'on trouve un certain nombre de principes plus spécifiques applicables aux ressources en eau, auxquelles est consacré le chapitre 18.

En premier lieu, on y réitère la reconnaissance du droit d'accès à l'eau dans des termes proches de ceux de Mar del Plata : « Le principe de base, accepté d'un commun accord, était que tous les peuples, quels que soient leur stade de développement et leur situation économique et sociale, ont le droit d'avoir accès à une eau potable dont la quantité

---

1012. D. Shelton (1992). « What Happened in Rio to Human Rights? », *Y. of Int'l Env'l L.*, vol. 3, p. 75-93.

1013. Les caractères gras sont de nous ; ils signalent l'ajout.

1014. D. Shelton, *loc. cit.*, vol. 3, p. 76. Elle précise un peu plus loin que le projet consolidé contenait pourtant plusieurs provisions y référant, p. 82, soulignant ainsi le caractère volontaire de cette exclusion.

et la qualité soient égales à leurs besoins essentiels » (paragr. 18.47). Le caractère vital des ressources en eau ayant été posé en introduction du chapitre qui leur est consacré, au paragraphe 18,2 :

L'eau est nécessaire à tous les aspects de la vie. L'objectif général est de veiller à ce que l'ensemble de la population de la planète dispose en permanence d'approvisionnements suffisants en eau de bonne qualité tout en préservant les fonctions hydrologiques, biologiques et chimiques des écosystèmes, en adaptant les activités humaines à la capacité limite de la nature et en luttant contre les vecteurs des maladies liées à l'eau.

On y retrouve aussi la reconnaissance de l'eau en tant que bien économique, proposée par la Conférence de Dublin, dans des termes qui permettent toutefois, contrairement aux déclarations subséquentes des conférences organisées par le Conseil mondial de l'eau, de maintenir pour une part cette ressource vitale en dehors des règles économiques et marchandes. Ainsi affirme-t-on au paragraphe 18,8 que :

La gestion intégrée des ressources en eau est fondée sur l'idée que l'eau fait partie intégrante de l'écosystème et constitue une ressource naturelle et un bien social et économique dont la quantité et la qualité déterminent l'affectation. [...] Dans la mise en valeur et l'utilisation des ressources en eau, il faut donner la priorité à la satisfaction des besoins fondamentaux et à la protection des écosystèmes. Toutefois, au-delà de ces exigences, les utilisateurs devraient payer un juste prix.

Par ailleurs, la nécessité de la considération globale des ressources en eau, affirmée lors de la Conférence de Dublin, sera intégrée au programme d'action de Rio au paragraphe 18,1 :

Les ressources en eau douce constituent un élément essentiel de l'hydrosphère de la planète et de tous les écosystèmes terrestres. [...] Les changements du climat mondial et la pollution atmosphérique pourraient également avoir une incidence sur les ressources en eau douce et sur leur disponibilité [...]

Il y est aussi affirmé un peu plus loin, au paragraphe 18,35 que : « L'eau douce est à considérer dans une optique globale ».

Enfin, comme dans l'ensemble des conférences consacrées à l'eau ou à l'environnement, nulle prescription normative n'est avancée qui aurait pu proposer une orientation spécifique à la CDI ou des recommandations quant au comportement des États à l'égard de la Convention de New York, alors en discussion à la 6<sup>e</sup> Commission de l'Assemblée générale. Nulle mention explicite d'ailleurs dans ce texte qui stipule seulement au paragraphe 18,4 :

Les eaux transfrontières et leur exploitation revêtent une grande importance pour les États riverains. Dans ce contexte, il serait peut-être souhaitable qu'une coopération s'instaure entre ces États, conformément aux accords en vigueur et/ou à d'autres arrangements applicables, compte tenu des intérêts de tous les États riverains concernés.

Certains considèrent que la prise en compte de la gravité de la problématique de l'eau, à Rio, est clairement inscrite dans le chapitre 18 d'Action 21<sup>1015</sup>, mais il reste que malgré une proposition formelle en ce sens, la communauté des États n'a pas souhaité donner un cadre normatif formel à la considération de cette ressource vitale<sup>1016</sup>.

Si Stockholm avait permis d'ouvrir le champ d'une réflexion convergente entre droits humains et préservation de l'environnement planétaire, Rio en a circonscrit les limites dans le cadre désormais affirmé de la primauté du développement économique.

La Conférence de Johannesburg<sup>1017</sup>, convoquée, disait-on, pour permettre à la communauté internationale de se donner les moyens d'une véritable mise en œuvre d'Action 21, dont la réalisation après dix ans restait bien partielle, ne dépassera pas ces avancées timides en matière de considération globale des ressources en eau, ces reculs et ambivalences quant au statut de cette ressource vitale et aux principes qui devraient s'y appliquer en matière d'accès et de redistribution, au contraire.

Résolument axée sur le développement économique avant tout, la Déclaration de Johannesburg, se référant aux conférences internationales intervenues depuis Rio, ne mentionnera que la Conférence de Monterrey et la Conférence ministérielle de Doha<sup>1018</sup>, oubliant sans doute que le développement social doit être un des piliers du développement durable<sup>1019</sup> et qu'une conférence avait porté spécifiquement sur cette dimension en 1995 à Copenhague.

Comme à Rio, nulle mention des droits humains dans la Déclaration, et l'eau n'y est mentionnée que parmi les exigences de base de la dignité humaine<sup>1020</sup> auxquelles les États s'engagent à rapidement donner satisfaction<sup>1021</sup>.

---

1015. S. Doumbé-Billé, *loc. cit.*, p. 197-210.

1016. Proposition de la France, 17 juin 1992, rapportée par J. Sironneau dans *Géopolitique*, *loc. cit.*, p. 69.

1017. *Report of the World Summit on Sustainable Development (2002)*. Johannesburg, Afrique du Sud, 26 août-4 septembre, A/CONF.199/20, New York, Nations Unies, 173 p.

1018. *Déclaration de Johannesburg*, dans *ibid.*, paragr. 9. La primauté des règles de l'OMC aura à l'occasion de cette conférence fait l'objet d'affrontements acharnés. Le document de travail comportait un bout de texte qui aurait soumis l'ensemble des règles environnementales à l'OMC : « *with consistency with the WTO rule* » et qui fut enlevé dans les derniers jours des négociations, sur la pression notamment de la Suède et de l'Éthiopie.

1019. *Ibid.*, affirmation réitérée au paragr. 5 de la Déclaration.

1020. L'opposition très affirmée de certains États à toute mention des droits humains donne ici naissance à un nouveau concept : « l'indivisibilité de la dignité humaine ».

1021. *Déclaration de Johannesburg*, *op. cit.*, paragr. 18.

Techniquement, on ne peut considérer cette conférence internationale comme un véritable recul par rapport à Rio dans la mesure où les États réaffirment leur engagement à l'égard de la Déclaration de Rio et du programme d'Action 21<sup>1022</sup>. En pratique, cependant, on aura constaté de difficiles débats autour de principes pourtant clairement intégrés depuis 1992, tel le principe de précaution et on constate surtout, dans la Déclaration de Johannesburg, une dispersion largement représentative de l'incapacité des États à s'entendre sur un programme commun en matière de développement durable. Les États s'engagent ainsi à mettre en œuvre du même souffle l'Action 21, les objectifs de la Déclaration du Millénaire et le Plan d'action de Johannesburg... un véritable supermarché en somme où chacun pourra choisir, par exemple de viser à donner accès à l'eau à l'ensemble de la population de la planète, comme il était prévu dans Action 21<sup>1023</sup>... ou de permettre cet accès à la moitié de la population qui en est privée, d'ici 2015, comme le prévoit la Déclaration du Millénaire<sup>1024</sup>. On sait aussi que les États-Unis y ont manifesté une ferme opposition à l'inclusion de l'assainissement jusqu'à la toute fin des négociations, alors même que l'accès à l'eau et à l'assainissement ont toujours été envisagés de pair depuis la décennie internationale 1981-1990<sup>1025</sup>.

### ***La considération de l'eau dans les autres conférences internationales***

L'Organisation des Nations Unies tiendra, pendant les années 1990, une série de grandes conférences et sommets visant à forger un consensus mondial à propos des priorités d'un nouvel ordre du jour pour le développement pour le XXI<sup>e</sup> siècle qui aborderont souvent, d'une manière ou d'une autre, la problématique de l'eau. Au-delà des préoccupations liées à la préservation de l'environnement, l'interdépendance avec les enjeux de développement fut peu à peu posée et l'eau devint un élément central de la lutte contre la pauvreté et un critère de l'extrême pauvreté : Sommet mondial des enfants en 1990 ; puis Conférence mondiale sur les droits de l'homme à Vienne en 1993 ; Conférence internationale sur la population et le développement en 1994 au Caire ; Sommet mondial pour le développement social en 1995 à Copenhague ; IV<sup>e</sup> Conférence mondiale sur les femmes à Beijing la même année ;

1022. *Ibid.*, paragr. 8.

1023. *Action 21*, *op. cit.*, chap. 18, paragr. 18,2 ; 18,48 ; 18,49, ce dernier référant à l'horizon de 2025.

1024. Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies, *Déclaration du Millénaire* (2000), 55<sup>e</sup> session, 13 septembre, A/RES/55/2, paragraphe 19. C'est cet objectif qui est repris dans le Plan d'action de Johannesburg.

1025. *Résolution proclamant la période 1981-1990 Décennie internationale de l'eau potable et de l'assainissement* (1980), résolution 35/18, 10 novembre.

II<sup>e</sup> Conférence des Nations Unies sur les établissements humains à Istanbul en 1996 ; Sommet mondial de l'alimentation à Rome la même année. Presque tous ont intégré, directement ou indirectement, la problématique de l'eau à leurs travaux<sup>1026</sup>.

Ainsi, par exemple, parmi les sept objectifs prioritaires fixés pour l'an 2000 par le Sommet mondial des enfants, on retrouve nommément l'accès à l'eau potable, mais aussi trois autres objectifs qui y sont liés : une réduction du tiers des taux de mortalité pour les nourrissons et les moins de cinq ans ; une diminution de moitié des taux de mortalité maternelle ; l'accès à l'éducation de base<sup>1027</sup>. C'est dire que plus de la moitié des objectifs prioritaires de ce sommet concernait l'eau, directement ou indirectement.

Subséquentement, les Conférences sur la population (1994) et sur les établissements humains (1996) aborderont la question de l'eau, sous deux aspects principalement : d'une part, bien sûr, du point de vue de l'évolution démographique, préoccupante à cet égard, puisque les plus fortes augmentations de population prévisibles se situent dans des régions où la ressource en eau est déjà soit rare, soit en état de dégradation avancée, et où les infrastructures ne répondent déjà pas aux besoins immenses. Mais, par ailleurs, à l'occasion de ces conférences, ont aussi été développés et articulés les liens étroits entre droit au logement et droit d'accès à l'eau, le second étant considéré comme un élément de définition d'un logement adéquat. De même, les enjeux reliés au droit à la santé qui dépend de l'assainissement de l'eau en zones fortement urbanisées ont été abordés<sup>1028</sup>. Ainsi, la Conférence sur la population et le développement du Caire affirmera-t-elle que : « L'approvisionnement en eau est l'un des problèmes les plus graves que connaissent les villes des pays en développement<sup>1029</sup>. » Dans la Déclaration d'Habitat II, les chefs d'États ont donc réaffirmé leur « volonté d'assurer progressivement la pleine réalisation du droit à un logement convenable » (paragr. 1),

---

1026. Ont aussi eu lieu d'autres grandes conférences qui ont traité de l'eau, mais plus spécialisées : *Conférence mondiale sur le développement durable des petits États insulaires en développement* (1994), *Conférence mondiale sur la prévention des catastrophes naturelles* (1994) ; *Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement* (CNUCED) en 1996.

1027. Sur l'éducation, qu'il suffise de mentionner que l'absence d'accès à l'eau fait en sorte que de nombreux enfants consacrent plusieurs heures par jour à aller chercher de l'eau, ce qui les empêche d'être à l'école, surtout les petites filles, H. Guissé (1998), *op. cit.*

1028. « *We shall also promote healthy living environments, especially through the provision of adequate quantities of safe water and effective management of waste.* » Nations Unies, *Déclaration d'Istanbul sur les établissements humains* (1996).

1029. NU, *Conférence internationale sur la population et le développement* (1994). A/CONF.171/13/Rev.1.

leur engagement à le mettre en œuvre (paragr. 39) et leur définition de ce droit : « Chacun a droit de vivre convenablement avec sa famille, notamment de manger à sa faim, d'être correctement vêtu et logé et de bénéficier de systèmes d'approvisionnement en eau et d'assainissement<sup>1030</sup>. »

En 1995, la IV<sup>e</sup> Conférence mondiale sur les femmes avait repris, elle aussi, cet enjeu en soulignant l'importance d'examiner le rôle spécifique des femmes dans l'utilisation et la préservation des ressources en eau et de garantir leur accès égal aux infrastructures, qu'il s'agisse de l'eau potable en elle-même ou d'un logement adéquat, comprenant cet accès à l'eau. On retrouve d'ailleurs cette considération du rôle spécifique des femmes dans de nombreuses déclarations liées à l'eau, à partir de la Déclaration de Dublin. La Conférence de Beijing reprendra aussi à son compte la priorité qui traverse l'ensemble des interventions dans ce domaine depuis Mar del Plata : « que l'on assure qu'une eau propre soit disponible et accessible à tous d'ici l'an 2000 [...] et que l'on établisse des plans de conservation des eaux et des plans de nettoyage de l'eau polluée<sup>1031</sup> ».

En ce qui concerne le Sommet mondial sur l'alimentation de Rome, bien que l'eau ne soit pas explicitement mentionnée dans la Déclaration finale, il en est abondamment question dans le rapport. La capacité de production agricole étant directement liée à la disponibilité en eau, il va de soi que la préservation des ressources hydriques est un élément incontournable de la sécurité alimentaire. Cependant, il faut souligner que cette déclaration, s'engageant à poursuivre l'objectif de sécurité alimentaire pour tous à travers un « système de commerce international orienté sur le marché », pose sous une nouvelle forme la question des conditions d'un développement « durable »<sup>1032</sup> et de la répartition des ressources. En effet, comme plusieurs auteurs le soulèvent régulièrement, la production agricole mondiale intégrée à la mondialisation des marchés a tendance à favoriser, même dans des zones à stress hydrique élevé, la production de denrées ou de produits demandant une forte irrigation. Les contradictions existantes entre compétitivité et durabilité ont été amplement démontrées<sup>1033</sup>, y compris en matière de production agricole et alimentaire.

1030. Paragr. 11 du Programme pour l'habitat, 1996.

1031. *Déclaration de la 4<sup>e</sup> Conférence mondiale sur les femmes* (1995). Beijing, article 256l.

1032. NU, Sommet mondial de l'alimentation (1996). *Déclaration et plan d'action*, Rome, 13-17 novembre : « [...] *through a fair and market oriented world trade system.* »

1033. Notamment R. Dumont (1988). *Un monde intolérable : le libéralisme en question*, Paris, Seuil/Point, p. 21-72 ; J. M. Harribey (1998). *Le développement soutenable*, Paris, Economica, « L'environnement subordonné à l'économie », p. 49-64 ; et W. Sachs et G. Esteva (1996). *Des ruines du développement*, Montréal, Écosociété, « Sécurité, le nouveau nom du développement », p. 65-72.

L'intensification de l'agriculture méditerranéenne est liée à son intégration dans le marché mondial. Une telle évolution est à la source de deux types de pression sur la ressource en eau : une pression quantitative risquant de compromettre la durabilité de l'offre, une pression qualitative conduisant à une dégradation de la qualité des eaux marines et continentales (eutrophisation, etc.)<sup>1034</sup>.

Mais c'est dans le cadre du Sommet mondial pour le développement social à Copenhague en 1995, que les liens à opérer entre les différents aspects de la problématique de l'eau furent les mieux circonscrits. Rétérant que « la réduction et l'élimination de la pauvreté – objectif implicite de la Charte des Nations Unies de 1945 – constituent l'un des trois thèmes essentiels que doivent aborder les chefs d'État et de gouvernement lors du Sommet mondial pour le développement humain », la Déclaration issue de ce sommet reprendra, pour l'essentiel, les différents éléments sur lesquels se fonde la reconnaissance du droit d'accès à l'eau en tant que droit humain, en lui-même et en tant que partie d'autres droits reconnus. Affirmant que « les êtres humains ont droit à une vie saine et productive en harmonie avec l'environnement, et ce sont eux qui sont au cœur de nos efforts pour un développement durable<sup>1035</sup> », cette déclaration reconnaît que pauvreté, dégradation de l'environnement et maladies endémiques constituent de fait des atteintes à la dignité humaine au paragraphe 23, et les États reconnaîtront la nécessité de répondre aux besoins fondamentaux de base :

Nous axerons nos efforts et nos politiques sur l'élimination des causes profondes de la pauvreté et la **satisfaction des besoins fondamentaux de tous**. Il s'agira notamment d'**éliminer la faim et la malnutrition**, d'assurer la sécurité alimentaire, d'offrir un **enseignement**, un emploi et des **moyens de subsistance adéquats**, de fournir des soins de **santé** primaires, y compris des soins de santé en matière de reproduction et d'assurer un **logement adéquat, l'approvisionnement en eau potable et des installations sanitaires** ainsi que la participation de tous à la vie sociale et culturelle<sup>1036</sup>.

C'est d'ailleurs dans le cadre du Sommet de Copenhague que le PNUD proposera un « pacte de type "20-20"<sup>1037</sup> ». Il s'agissait pour l'essentiel d'établir un « pacte mondial par lequel tous les pays s'engageraient

1034. C. Lepage (1998). « Problèmes régionaux et principes internationaux », Congrès de Kaslik, Liban, p. 4.

1035. NU (1995). *Déclaration de Copenhague sur le développement social*, Copenhague, 19 avril, A/CONF.166/9, paragr. 8.

1036. *Ibid.*, engagement 2, paragraphe b). Les caractères gras sont de nous ; ils soulignent les éléments qu'interpelle la disponibilité en eau potable, au-delà de la mention explicite qui en est faite.

1037. Nommé ainsi parce qu'il était proposé que les pays effectuent un redéploiement de leurs budgets sur les objectifs prioritaires – militaires – vers le développement social, pour atteindre 20 % et que les pays donateurs s'assurent, pour leur part, que 20 % de leur aide soient affectés à la poursuite de ces objectifs.

à faire accéder l'ensemble de leurs ressortissants à un niveau de développement satisfaisant – au minimum – leurs besoins essentiels<sup>1038</sup> ». Parmi les objectifs prioritaires, au nombre de sept, on retrouve l'accès de tous à l'eau potable et aux services d'assainissement.

## 6.2. L'EAU DANS LES RÉSOLUTIONS DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE : ENTRE SOUVERAINETÉ PERMANENTE SUR LES RESSOURCES NATURELLES ET DROIT AU DÉVELOPPEMENT

C'est essentiellement autour de la Conférence de Mar del Plata et dans sa foulée que l'Assemblée générale des Nations Unies abordera directement la problématique de l'eau, jusqu'à la Conférence de Rio. À la suite de la Conférence de Mar del Plata<sup>1039</sup>, dont le plan d'action fut approuvé par l'Assemblée générale<sup>1040</sup>, cette dernière décrètera la *Décennie internationale de l'eau potable et de l'assainissement*, dont l'objectif principal était d'assurer à tous l'accès à l'eau potable et à l'assainissement pour 1990. À la fin de la Décennie, l'Assemblée générale constatant que l'objectif n'a pas été atteint, appelle à accroître les efforts afin que cet objectif soit atteint en l'an 2000<sup>1041</sup>. Elle consacrera en 1992, à la suite du Sommet de Rio, le 22 mars journée mondiale de l'eau<sup>1042</sup>.

Mais on peut retracer la préoccupation des ressources en eau à l'Assemblée générale à travers d'autres lignes d'intervention dont elles sont à l'évidence partie : les ressources naturelles et le droit au développement.

### 6.2.1. Souveraineté permanente sur les ressources naturelles

En ce qui concerne les relations interétatiques et la coopération en matière de *ressources naturelles partagées*, à l'époque où l'ONU et certaines de ses agences tentent de dégager des règles plus adaptées en matière de ressources transfrontalières, l'Assemblée générale intervient dans ce débat indirectement, par l'adoption d'une résolution : « discrètement évité à Stockholm le concept réapparaît en 1973 dans la résolution 3129 [...] qui utilise les deux expressions : ressources naturelles partagées et

1038. PNUD (1994). *Un agenda pour le Sommet social*, Rapport sur le développement humain, p. 11.

1039. Convoquée par la résolution 3513 (XXX) de l'Assemblée générale en date du 15 décembre 1975 faisant suite à la résolution 1979 (LIX) du Conseil économique et social.

1040. *Adoption du rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'eau et approbation du plan d'action de Mar del Plata (1977)*, résolution 32/158, 19 décembre.

1041. *Rés. proclamant la période 1981-1990 Décennie internationale de l'eau potable et de l'assainissement*, op. cit.

1042. Rés. 47/193 du 22 décembre 1992.

ressources naturelles communes<sup>1043</sup> ». Il apparaît clairement que c'est d'abord eu égard à l'eau que s'amorce cette réflexion autour des ressources communes ou partagées<sup>1044</sup>, bien qu'il n'en soit pas fait explicitement mention dans les résolutions de l'Assemblée générale. Faut-il rappeler que l'Assemblée générale avait demandé dès 1959 au secrétaire général de l'Organisation d'effectuer une étude sur le sujet et qu'elle demandera en 1970 à la CDI de s'en saisir ?

L'obligation de coopération, comprenant un *système d'information et de consultation préalable* pour une gestion *optimale*, en matière de *ressources naturelles communes*, sera réitérée dans la Charte des droits et devoirs économiques des États, à l'article 3, malgré l'affirmation préalable de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles à l'article 2<sup>1045</sup>. Bien que le concept de ressources naturelles partagées n'ait jamais été véritablement retenu, il reste que c'est sous ce titre que l'Assemblée générale avait abordé la problématique : *Coopération dans le domaine de l'environnement en matière de ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs États*.

### 6.2.2. Droit au développement

Il n'est pas inutile de rappeler précisément le texte de Mar del Plata eu égard au droit d'accès à l'eau pour mieux saisir comment, du point de vue de l'Assemblée générale, ce droit était de fait une composante essentielle du droit au développement considéré d'abord comme droit collectif des peuples :

[...] tous les peuples, quels que soient leur stade de développement et leur situation économique et sociale, ont le droit de disposer d'eau potable en quantité et d'une qualité suffisantes pour répondre à leurs besoins essentiels [...] il est universellement reconnu que la possibilité de disposer de cet élément est essentielle à la vie humaine et au développement complet de l'être humain, en tant qu'individu et en tant que membre de la société<sup>1046</sup>.

Cet accès est essentiel à la vie et donc au développement, à la fois des individus et des peuples et donc, l'eau, l'accès à l'eau, est un élément de base à la fois de la mise en œuvre de tous les droits humains et du développement des collectivités. La dimension individuelle de ce droit sera précisée beaucoup plus tardivement, comme nous l'avons vu au chapitre 4.

1043. *Coopération dans le domaine de l'environnement en matière de ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs États* (1973). Rés. 3129 (XXVIII), 13 décembre, paragr. 1.

1044. J.T. Calasans, *op. cit.*, p. 227, souligne que cette résolution sera très critiquée par le Brésil.

1045. Rés. AG 3281 (XXIX) 29<sup>e</sup> session, Doc. NU A/9631, (A/RES/3281/XXIX, 1974), *op. cit.*

1046. Rés. II b), E/CONF.70/29 (1977), p. 65, *op. cit.*

La Déclaration sur le progrès et le développement dans le domaine social, adoptée en 1969<sup>1047</sup>, à son article 10, mentionne par exemple un ensemble d'objectifs dont plusieurs exigent de fait l'accès à l'eau potable, mais sans mentionner explicitement cet aspect : *éliminer la faim et la malnutrition* (b), *satisfaire aux normes les plus élevées en matière de santé* (d), *procurer à tous [...] des logements et des services collectifs satisfaisants* (f).

De même en est-il de la Déclaration universelle pour l'élimination définitive de la faim et de la malnutrition de 1974<sup>1048</sup> qui ne mentionnera explicitement l'eau qu'au titre du facteur de production indispensable qu'elle représente (paragraphe 10) et du réservoir alimentaire qu'elle constitue (paragraphe 5). On doit bien sûr considérer que l'alimentation liquide est partie intégrante du droit à l'alimentation et que l'accès à l'eau potable est donc implicitement couvert par le premier paragraphe de cette déclaration qui stipule que :

Chaque homme, femme et enfant a le **droit inaliénable d'être libéré de la faim et de la malnutrition** afin de se développer pleinement et de conserver ses facultés physiques et mentales. La société d'aujourd'hui possède déjà des ressources, des capacités organisationnelles et une technologie suffisantes, et, partant, **les moyens d'atteindre cet objectif**. En conséquence, l'élimination définitive de la faim est un **objectif commun de tous les pays de la collectivité internationale**, notamment des pays développés et des autres États en mesure de fournir une aide<sup>1049</sup>.

Mais c'est sans doute avec l'adoption de la Déclaration sur le droit au développement<sup>1050</sup>, alors que se poursuit la Décennie internationale de l'eau et de l'assainissement<sup>1051</sup>, que l'on peut le mieux percevoir cette articulation, à la fois collective et individuelle, condition et conséquence du droit au développement, que représente l'accès à l'eau pour les États membres. Cette déclaration stipule à l'article 8 que la réalisation du droit au développement engage les États à « assurer notamment l'égalité des chances de tous dans l'accès aux ressources de base, à l'éducation, aux services de santé, au logement et à une répartition équitable du revenu ».

Elle aura précisé auparavant, à l'article 1,2, que le droit au développement suppose la réalisation du droit des peuples à « la pleine souveraineté sur toutes leurs richesses et leurs ressources naturelles ». Ce sont donc d'abord les peuples qui ont le droit de disposer de leurs ressources naturelles, dont l'eau, d'où découle une obligation des États de répartir équitablement ensuite les avantages du développement (Art. 2,3), de

1047. Assemblée générale des Nations Unies, 11 décembre 1969, RES 2542 (XXIV).

1048. Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 3348 (XXIX), 17 décembre.

1049. Les caractères gras sont de nous.

1050. *Déclaration sur le droit au développement*, *op. cit.*

1051. *Resolution concerning the mid-term review of the Decade* (1985), résolution 40/171, 17 décembre.

même que de garantir l'accès aux ressources de base cité plus haut, puisque « l'être humain est le sujet central du développement » (Art. 2,1), et que tous les droits humains, interdépendants, doivent être protégés, promus et mis en œuvre (Art. 6,2).

Pendant les années 1990, c'est à travers le suivi des conférences internationales que l'Assemblée générale réitérera sa préoccupation pour les enjeux de l'eau, intimement liée au développement, notamment dans le suivi de Rio<sup>1052</sup>, ainsi que dans le suivi donné au Sommet mondial sur le développement social où elle : « [...] réaffirme qu'éliminer la pauvreté c'est avant tout répondre aux besoins fondamentaux de l'individu, besoins étroitement liés entre eux et portant sur la nutrition, la santé, l'eau et l'assainissement, l'éducation, l'emploi, le logement [...]»<sup>1053</sup> » Signe des temps, pendant cette décennie, l'eau devient, dans les résolutions onusiennes, de plus en plus, un bien économique, et les enjeux de l'accès à l'eau potable sont traités du point de vue de la lutte contre la pauvreté et non plus du point de vue des droits humains, du droit au développement, au partage des fruits du développement et à l'amélioration constante des conditions d'existence.

Dans la Déclaration du Millénaire déjà citée, l'Assemblée générale réaffirmera fortement la responsabilité collective et individuelle des États dans la promotion de la dignité humaine : « Nous reconnaissons que, en plus des responsabilités propres que nous devons assumer à l'égard de nos sociétés respectives, nous sommes collectivement tenus de défendre, au niveau mondial, les principes de la dignité humaine, de l'égalité et de l'équité » (paragr. 1,2). C'est au titre du Développement et élimination de la pauvreté (titre III) qu'elle s'engagera, au paragraphe 19, à :

[...] réduire de moitié, d'ici à 2015, la proportion de la population mondiale dont le revenu est inférieur à un dollar par jour et celle des personnes qui souffrent de la faim et de réduire de moitié, d'ici à la même date, la proportion des personnes qui n'ont pas accès à l'eau potable ou qui n'ont pas les moyens de s'en procurer.

Elle renonce ainsi à considérer l'accès à l'eau comme un droit humain devant être universellement protégé, promu et mis en œuvre.

La Déclaration traite aussi des enjeux de l'eau au titre de la protection de notre environnement commun (titre IV, paragr. 23) en ces termes : « Mettre fin à l'exploitation irrationnelle des ressources en eau,

1052. *Résolution adoptée sur le rapport du comité ad hoc plénier de la 19<sup>e</sup> session extraordinaire : programme relatif à la poursuite de la mise en œuvre d'Action 21 (1997) A/RES/S-19/2.*

1053. *Suite donnée au Sommet mondial pour le développement social (1997). 26 nov., A/52/L.25 et Add.1.*

en formulant des stratégies de gestion de l'eau aux niveaux régional, national et local, permettant notamment d'assurer aussi bien un accès équitable qu'un approvisionnement adéquat. »

On constate donc que si le droit international positif n'a pas suivi, en matière de reconnaissance d'un droit d'accès à l'eau potable et à l'assainissement, les préoccupations exprimées par ailleurs, il reste que, sous ce concept ou autrement, la communauté internationale a réitéré à de nombreuses reprises sa reconnaissance du caractère fondamental de ce droit, non sans ambiguïté cependant. Des régressions sont identifiables à partir du début des années 1990, du point de vue du statut de cette ressource vitale. Paradoxalement, les jeux de vocabulaire ont l'effet de rendre l'*opinio juris* difficilement intelligible en la matière.

### 6.3. LES PRINCIPES PROPOSÉS PAR CERTAINES AGENCES DE L'ONU

Les agences onusiennes travaillant sur un aspect ou l'autre de la problématique de l'eau sont nombreuses. Dans plusieurs cas cependant, l'intervention de ces agences n'a que peu de portée du point de vue normatif, sinon dans l'intégration de principes énoncés par ailleurs dans leurs activités opérationnelles. C'est notamment le cas de la Banque mondiale, dont nous ne traitons pas ici malgré l'influence de ses politiques, qui exigeraient une analyse spécifique. Nous nous limiterons à examiner le travail à incidence normative, directe ou indirecte, de trois composantes onusiennes. Deux d'entre elles sont dépendantes du Conseil économique et social qui, contrairement à la position adoptée par la CDI, envisagera par exemple la hiérarchie des utilisations des eaux internationales, à partir des recommandations d'un Groupe d'experts proposant l'établissement d'une *priorité relative* – étant entendu que celle-ci pourrait varier notamment selon les conditions climatiques – dans laquelle les utilisations domestiques viennent cependant toujours en premier<sup>1054</sup>.

#### 6.3.1. Le PNUE et les ressources communes

Du point de vue du statut des ressources en eau, c'est le programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) qui aura mandat d'examiner les règles souhaitables en matière de ressources transfrontalières, sans limiter la réflexion à l'eau, même si les origines du concept de *ressources naturelles partagées* développé par le PNUE pendant les années 1970 sont liées précisément aux problèmes de gestion de l'eau, comme nous venons de le voir.

---

1054. C.A. Colliard, *loc. cit.*, p.164.

C'est l'Assemblée générale qui demandera une étude de la question et, sur cette base, un groupe intergouvernemental d'experts sera créé en 1978. Pour amorcer le travail, le directeur exécutif du PNUE proposera lui-même une définition de ce concept qui d'entrée de jeu soulève les réticences des États. Il en circonscrit les contours a contrario et considère que ce concept concerne un nombre limité d'États *par opposition* au patrimoine commun international. Il propose une liste, non exhaustive des ressources qui relèveraient de cette définition :

a) un système hydrologique international, y compris les eaux de surface et les eaux souterraines ; b) une masse d'air située au-dessus des territoires d'un nombre limité d'États ; c) les mers fermées ou semi-fermées et les eaux littorales adjacentes ; d) les espaces migratoires qui traversent les eaux ou les territoires de plusieurs États ; e) un écosystème particulier chevauchant les frontières situées entre deux ou plusieurs États tels qu'une chaîne de montagnes, des forêts ou des régions faisant l'objet de mesures de conservation particulières<sup>1055</sup>.

Le groupe de travail, qui proposera une série de 15 principes, reviendra sur la définition : « l'expression ressource naturelle partagée désigne un élément de l'environnement naturel utilisé par l'homme, qui constitue une unité biogéophysique et est situé sur le territoire de deux ou plusieurs États<sup>1056</sup> », définition dont on aurait pu croire qu'elle pouvait recevoir l'approbation des États les plus réticents puisqu'elle n'induisait en elle-même aucune obligation spécifique. De fait, les principes proposés n'allaient même pas jusqu'à considérer la nécessité d'une gestion **commune**. Tout au plus parle-t-on de gestion harmonieuse ou équitable.

Malgré cela, l'opposition de certains États rendra difficile à la fois le travail du groupe d'experts, puis le cheminement de ses propositions : la Roumanie affirmera par exemple que le concept de ressources naturelles partagées est incompatible avec la souveraineté permanente des États sur leurs ressources naturelles, et plusieurs États refuseront d'envisager l'application de ce concept à des ressources comme le pétrole ou le gaz naturel<sup>1057</sup>.

Bien qu'il ait été présenté à l'Assemblée générale pour adoption, le projet de principes du PNUE n'aura jamais de véritable portée, ayant fait l'objet de trop de restrictions de la part de trop d'États : « Suite aux nombreuses objections auquel il s'était heurté, le projet de principes est adopté par la résolution 34/186 de l'Assemblée générale le 18 septembre 1979<sup>1058</sup>. » Cette résolution n'affirme pas que l'Assemblée

1055. Doc. UNEP/GC/44, p. 41, paragr. 8, cité par J.T. Calasans, *op. cit.*, p. 238.

1056. Doc. UNEP/IG.7/3, p. 18.

1057. L'Argentine, le Venezuela et le Mexique notamment. Voir J.T. Calasans, *op. cit.*, p. 239-240.

1058. *Ibid.*, p. 249.

générale « adopte » le projet de principes mais bien qu'elle en « prend note », modification proposée par le Brésil, un des États les plus réticents au concept de ressources naturelles partagées. Ce dernier retombera donc peu à peu dans l'oubli, avant même d'avoir véritablement existé en droit.

### 6.3.2. Le système des droits de l'homme et l'examen du droit d'accès à l'eau

Si le Comité des droits de l'homme et le Comité des droits économiques, sociaux et culturels sont les organes habilités à interpréter le contenu des pactes comme nous l'avons vu au chapitre 4, le système des droits de l'homme comprend aussi des instances politiques, dont la Commission des droits de l'homme et sa sous-commission, composée d'experts. Le travail effectué dans ces instances, bien qu'il n'ait pas la même portée juridique, reflète des aspirations et des interprétations qu'il est utile d'examiner ici, même si la Commission des droits de l'homme a parfois « tendance à énoncer des droits en émergence malgré des conditions de légitimité précaire<sup>1059</sup> ».

C'est en 1997, la même année où a lieu le premier forum mondial de l'eau – hasard ou coïncidence – que, saisie de cette question, la *Sous-commission sur la prévention de la discrimination et la protection des minorités* de l'ONU<sup>1060</sup>, dans le cadre de sa *Résolution 1997/18*<sup>1061</sup>, charge M. El Hadji Guissé de préparer un document de travail sur la question de la promotion de la réalisation du droit d'accès de tous à l'eau potable et aux services d'assainissement<sup>1062</sup>. C'est au titre de la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels qu'elle examinera cette question, situant d'entrée de jeu le droit d'accès à l'eau dans cette catégorie de droits<sup>1063</sup>, sans renoncer toutefois à examiner aussi, parallèlement, l'incidence de l'accès à l'eau potable sur d'autres droits.

1059. L. Lamarche, *op. cit.*, p. 401.

1060. La Sous-commission fait rapport à la Commission composée des représentants de 53 États.

1061. Avant cette date, la question avait été abordée par la rapporteure spéciale sur les droits de l'homme et l'environnement : *Examen des faits nouveaux intervenus dans les domaines dont la Sous-commission s'est déjà occupée : droits de l'homme et environnement* (1994) 46<sup>e</sup> session, Rapport final établi par Mme Fatma Zohra Ksentini, 6 juillet, E/CN.4/Sub.2/1994/9.

1062. *Résolution 1997/18*, paragr. 3.

1063. Rappelons que certains préconisent de le considérer comme partie intégrante du droit à la vie, ce qui renforcerait l'obligation de mise en œuvre, mais ce choix stratégique n'est pas largement partagé : I.J. Alvarez (2000). « The Right to Water as a Human Right », site Internet : <http://www.cedha.org.ar> [www.cedha.org.ar](http://www.cedha.org.ar)

Le document de travail présenté l'année suivante<sup>1064</sup>, recensant les fondements juridiques existants (paragr. 3 à 6), examine systématiquement les liens entre les différents droits humains et l'accès à l'eau<sup>1065</sup> : droits culturels (paragr. 15-16), droit à l'alimentation (paragr. 20), droit à la santé (paragr. 21), droit au logement (paragr. 22), droit à l'éducation, particulièrement des petites filles (paragr. 23). Le document, après avoir circonscrit les contours du droit à l'eau, propose au paragraphe 28 que la sous-commission axe son travail sur l'examen des causes « qui font qu'à ce jour plus d'un milliard de personnes n'ont pas accès à l'eau potable et à l'assainissement » et se penche sur les obstacles à la mise en œuvre de ce droit (paragr. 29).

Si, comme la Commission des droits de l'homme le soulignait en 1999, « la question du droit des individus à une eau potable et aux services d'assainissement n'est toujours pas définie<sup>1066</sup> » il reste que les experts s'entendent alors sur son existence, comme condition de réalisation d'un ensemble de droits interdépendants ou comme droit autonome :

L'expert M. Yung Kam Yeung Sik Yuen a exposé qu'il partageait l'opinion de M.E.H. Guissé selon laquelle « l'accès à l'eau potable devrait être considéré comme un droit fondamental de l'homme » tandis que l'expert M. Nuel Rodriguez Cuadros estime que « l'accès à l'eau est une condition au droit à la vie et à la nourriture et aux droits économiques et sociaux »<sup>1067</sup>.

Après un complément d'informations sur les mesures de mise en œuvre de ce droit dans certains pays européens<sup>1068</sup>, et avec le souci de répondre aux préoccupations énoncées par la Commission des droits de l'homme en matière de définition, le rapporteur produira un autre rapport en 2002<sup>1069</sup>, dans lequel il appliquera consciencieusement les directives du Comité des droits économiques, sociaux et culturels eu égard aux obligations des États<sup>1070</sup>.

1064. E.H. Guissé (1998). *Le droit d'accès de tous à l'eau potable et aux services d'assainissement*, *op. cit.*

1065. *Ibid.*, y compris le droit à la vie, à la paix, au développement : paragr. 12 à 14, du point de vue de la protection de la vie humaine comme fondement des systèmes juridiques.

1066. *Le droit d'accès à une eau potable et aux services d'assainissement* (1999). Décision 1999/108.

1067. H. Smets, *op. cit.*, p. 33. Il rapporte le débat sur cette question en août 2000 à la sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme (qui a alors changé de nom).

1068. *Le droit d'accès à l'eau potable et aux services d'assainissement: note du Secrétariat* (2000). E/CN.4/Sub.2/2000/16.

1069. E.H. Guissé (2002). *Rapport entre la jouissance des droits économiques, sociaux et culturels et la promotion de la réalisation du droit à l'eau potable et à l'assainissement*, *op. cit.*

1070. CESCR, Observation générale 3, *op. cit.*

Le rapporteur s'attardera à définir les fondements juridiques du droit à l'eau potable<sup>1071</sup>, ainsi que le lien qu'entretient l'eau avec l'ensemble des droits humains : « Elle est surtout, avec le droit à l'alimentation, le substrat du droit à la vie » (paragr. 11). Il en présente ensuite le contenu, mais, refusant cependant de se limiter à une définition restreinte aux besoins essentiels, le rapporteur rappellera les principes du droit au développement et le caractère indispensable des ressources en eau pour le développement.

En ce sens, eu égard aux obligations des États, il distinguera les obligations immédiates et les obligations progressives, les obligations négatives et les obligations positives, contribuant ainsi à préciser le contenu du droit. Le paragraphe 35, qui suit, mérite d'être cité dans son intégralité à cette fin :

Les États doivent **prendre des mesures pour promouvoir et protéger** l'accès à l'eau et à l'assainissement et **s'abstenir de toute mesure qui en réduirait l'accès**. Sur le plan interne, les pouvoirs publics sont généralement soumis à différentes obligations quant à la réalisation du droit à l'eau potable et à l'assainissement. Ils doivent se conformer à des **obligations positives** (fournir de l'eau potable, évacuer et traiter les eaux usées), à des **obligations d'égalité de traitement** envers les différents utilisateurs (accès de chacun à la quantité minimale d'une eau de qualité satisfaisante), et à des **obligations négatives** (ne pas interrompre le service de l'eau). **Le noyau dur du droit à l'eau est constitué par la mise en œuvre du principe « nul ne peut être privé d'une eau de qualité en quantité suffisante pour satisfaire ses besoins essentiels »**. Pour favoriser l'accès à l'eau potable pour tous, **sans discrimination**, et permettre le plein exercice du droit individuel à l'eau, les pouvoirs publics **doivent prendre diverses mesures**, dont certaines doivent viser les personnes défavorisées.

Il importe de noter que le mandat du rapporteur spécial sur le droit d'accès à l'eau n'a pas fait l'objet d'une décision unanime de la Commission des droits de l'homme en 2002<sup>1072</sup>. La Commission avait par ailleurs prié le rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation d'intégrer la question dans son mandat<sup>1073</sup>. Dans son premier rapport, celui-ci s'attache à établir le lien avec le droit d'accès à l'eau potable :

1071. La différence d'expression n'est pas accidentelle. Pour le rapporteur, le *droit à l'eau potable* suppose la gratuité pour les besoins de base, ce que ne comporterait pas l'expression *droit d'accès à l'eau potable* : H. Guissé, *Rapport 2002, op. cit.*, paragr. 22.

1072. Le vote fut de 37 pour, 15 abstentions et un vote contre, celui du Canada, justifié comme suit : « [...] *might lead to the suggestion that States did not have the sovereign right to manage their own resources. Finally, while recognizing the obligation of States towards their own citizens to provide access to clean drinking water supply and sanitation, Canada did not accept that there was a right to drinking water and sanitation.* » Official UN summaries.

1073. Résolution 2001/25 du 20 avril.

Il tombe sous le sens que le droit à l'alimentation comprend non seulement le droit à la nourriture solide, mais aussi le droit à la nourriture liquide, à l'eau potable. D'ailleurs, nulle part dans les textes cités (résolutions, textes conventionnels, etc.) le terme de « nourriture » n'est défini restrictivement. S'agit-il uniquement de nourriture solide ? L'alimentation implique-t-elle aussi la nourriture liquide, semi-liquide, etc. ? La question est absurde. Il est évident que le droit à l'alimentation comprend, consubstantiellement, le droit à l'eau potable<sup>1074</sup>.

La même année, le rapporteur spécial présentera un rapport à l'Assemblée générale de l'ONU, comportant un chapitre sur « L'eau potable et le droit à l'alimentation<sup>1075</sup> ». Constatant que « Ce sont, toutefois, les plus démunis qui souffrent le plus durement du manque d'eau » et que « L'accès à l'eau potable salubre est très inégal d'un pays à l'autre », le rapporteur spécial soumet que : « L'importance de l'eau d'irrigation est certes indiscutable, mais il convient de redéfinir les priorités et d'accorder aux besoins en eau potable la priorité absolue, tout en s'attachant à sa distribution équitable » (paragr. 62).

Examinant la situation de pays pauvres et souffrant de l'aridité au paragraphe 68, il insiste sur la responsabilité de la communauté internationale de contribuer à la mise en place des équipements et infrastructures nécessaires, particulièrement quand l'eau n'est disponible qu'à partir de nappes souterraines profondes.

Ne limitant pas le droit d'accès à l'eau potable à la seule consommation directe d'eau de boisson, le rapporteur spécial se dit convaincu au paragraphe 70, « que l'eau d'irrigation doit être rendue accessible aux paysans démunis dont l'alimentation dépend de la production de leurs terres ». Il souligne aussi la nécessité de critères de qualité de l'eau distribuée, tout autant que de quantité (paragr. 69).

Au vu des différentes situations qu'il a examinées et des problématiques exposées, et ayant pris en compte les conséquences de la privatisation des services de distribution d'eau et d'assainissement dans différentes parties du monde, le rapporteur spécial affirme au paragraphe 116 que pour mettre en œuvre le droit d'accès à l'eau potable, « Il conviendrait de considérer l'eau comme un bien public et de la protéger par le biais de services publics appropriés ».

1074. J. Ziegler (2001). *Droits économiques, sociaux et culturels : Le droit à l'alimentation*, op. cit., paragr. 32.

1075. J. Ziegler (2001). *Questions relatives aux droits de l'homme : situations relatives aux droits de l'homme et rapports des rapporteurs et représentants spéciaux Le droit à l'alimentation. Note du Secrétaire général*, op. cit., Chapitre IV.

Enfin, comme il convient dans le cadre de son mandat, le rapporteur spécial informe l'Assemblée générale de situations de violations flagrantes des droits dont il a la surveillance, en l'occurrence de la situation du droit humanitaire et du droit à l'alimentation en Palestine<sup>1076</sup>.

Dans son rapport 2002, le rapporteur réitérera la nécessité de reconnaître explicitement le droit à l'eau potable comme composante du droit à l'alimentation<sup>1077</sup>. Il accordera par la suite une attention particulière aux incidences du commerce international sur la mise en œuvre du droit à l'alimentation, comprenant le droit d'accès à l'eau potable (paragr. 137).

On doit enfin souligner, dans le travail de la Commission des droits de l'homme, la considération de l'accès à l'eau potable au titre des « Incidences de la mondialisation sur la réalisation des droits en matière de logement, y compris les effets de la privatisation des services d'approvisionnement en eau<sup>1078</sup> ».

Il ressort des études actuelles sur les effets des privatisations récentes des services d'approvisionnement en eau et d'assainissement que, dans la plupart des cas, il n'y a pas eu d'amélioration de la qualité et de la couverture des services pour les groupes vulnérables. En fait, il s'avère que les hausses de prix et les interruptions de services pour les personnes ne pouvant payer des factures plus élevées ont été plus nombreuses, en particulier dans les pays en développement et les pays en transition. [...] Pourtant, cela fait plus de 10 ans que la Banque mondiale et les banques de développement régionales soutiennent et encouragent sans réserve la privatisation généralisée des services d'approvisionnement en eau et d'assainissement dans les communautés à faible revenu<sup>1079</sup>.

Mais si l'intégration et la surveillance de ce droit par les mécanismes du système des droits de l'homme laissent supposer sa reconnaissance tacite, les tendances des rapports récents illustrent les contradictions qui se font de plus en plus explicites entre considération économique de l'eau, privatisation, règles commerciales et respect des droits humains<sup>1080</sup>.

1076. J. Ziegler (2001). *Questions relatives aux droits de l'homme: situations relatives aux droits de l'homme et rapports des rapporteurs et représentants spéciaux. Le droit à l'alimentation. Note du Secrétaire général, op. cit.*, paragr. 54.

1077. J. Ziegler (2002). *Droits économiques, sociaux et culturels. Le droit à l'alimentation, op. cit.*, paragr. 130.

1078. *Droits économiques, sociaux et culturels, Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à un logement convenable en tant qu'élément du droit à un niveau de vie suffisant* (2002). 58<sup>e</sup> session, M. Kothari E/CN.4/2002/59 1<sup>er</sup> mars : paragraphes 49 – 65. Après avoir précisé, l'année précédente, E/CN.4/2001/51, la place de l'eau dans le droit au logement, paragr. 62.

1079. *Ibid.*, paragr. 56.

1080. Le rapporteur E.H. Guissé consacre d'ailleurs un long paragraphe (30) de son rapport 2002 aux conséquences des privatisations en Afrique, *op. cit.*

Cette reconnaissance demeure ambiguë et la position adoptée par le Canada à la session 2001 de la Commission des droits de l'homme nous renseigne sur les limites de cette reconnaissance, ce pays ayant retiré son soutien au rapporteur sur le droit à l'alimentation notamment parce que l'eau a été intégrée à son mandat<sup>1081</sup> !

### 6.3.3. L'UNESCO et l'éthique de l'eau

L'UNESCO se préoccupe depuis longtemps de la problématique de l'eau puisqu'elle est responsable du programme hydrologique mondial, créé dans la foulée de la Conférence de Mar del Plata. Elle « héberge » aujourd'hui le World Water Assessment Program (WWAP), chargé de coordonner l'action de l'ensemble des composantes onusiennes dans le domaine de l'eau.

À la fin des années 1990, c'est toutefois du point de vue de l'éthique, donc des valeurs et des règles qui devraient refléter ces valeurs, qu'elle aborde la question de l'eau<sup>1082</sup>, à travers plusieurs dimensions de la problématique : la gestion des différentes utilisations ; la sécurité alimentaire ; la santé et l'assainissement ; les catastrophes naturelles liées à l'eau ; la prise de décision et la gestion ; l'eau et l'écologie ; le rôle des femmes ; l'histoire de l'eau et l'éthique sociale ; les défis technologiques ; les problèmes spécifiques relatifs à l'utilisation intensive des nappes phréatiques dans les pays arides ; les conflits en rapport avec l'eau<sup>1083</sup>.

Conscient de la complexité de cette problématique aux multiples facettes, le groupe de travail mis en place pour en examiner les enjeux conviendra que : « Des trois grands facteurs qui contribuent à la situation

1081. Selon le contenu d'une correspondance officielle avec Lauren Posner, consultante pour le Centre Droits et Démocratie, août 2002, signée du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international du Canada (MAECI) : « *Why did Canada stop co-sponsoring the resolution on the Right to Food in 2001 ? What is its Explanation of Position ? Canada stopped co-sponsoring the resolution on the Right to Food in 2001 for the following reasons : [...] Canada had concerns regarding the wide mandate envisaged by the SR, his inclusion of water as part of the definition of food and his strong focus on globalization and international trade. Operative paragraph 9 asks the SR to pay special attention to the nutritional aspects of water in his reporting. Canada had concerns that the linking of water to the right to food may be the beginning of incorporating a right to water into the right to food... »*

1082. À travers la *Commission mondiale de l'éthique des connaissances scientifiques et des technologies* (COMEST) qu'elle a créée. Résolution 29C/13.2, 29<sup>e</sup> session de la Conférence générale de l'UNESCO, octobre-novembre 1997. La Commission forme trois groupes de travail, dont l'un destiné à examiner les questions d'éthique relatives à l'utilisation des ressources en eau douce, coordonné par M. Ramón Llamas, professeur au Département de géodynamique de l'Université *Complutense* de Madrid.

1083. Au cours de quatre réunions (Paris, 28 octobre 1998 ; Paris, 10 janvier 1999 ; Oslo (Norvège) 26 avril 1999 ; Almería (Espagne) 31 juillet et 1<sup>er</sup> août 1999).

de pénurie et au risque de conflit qui lui est lié : diminution ou dégradation des ressources, croissance démographique et inégalité de la répartition ou de l'accès, le dernier est souvent le plus décisif<sup>1084</sup> », et en ce sens accordera une attention particulière aux aspects liés à l'accès et à la redistribution.

L'objectif de l'exercice est énoncé comme suit : « contribuer à jeter les bases de la confiance, de la justice et de l'équité dans la disponibilité et l'accès des ressources en eau douce pour la communauté des nations<sup>1085</sup> ». Dans cette perspective, le groupe de travail fonde son approche sur des principes qu'il considère « universels » et directement applicables à l'eau : principe de la dignité humaine ; principe de participation ; principe de solidarité ; principe d'égalité des êtres humains ; principe du bien commun ; principe d'économie, nous invitant au respect de la nature et à une sage utilisation de celle-ci<sup>1086</sup>. Sur cette base, les *principes directeurs* proposés ouvrent sur l'affirmation suivante :

Les principes de base à adopter commencent par la notion **que tout être humain a droit à l'eau** nécessaire pour satisfaire ses besoins de boisson, d'alimentation, de santé et de développement ; encourager la perception de l'eau comme un produit de base revient à éloigner le public de sa dimension en tant que bien commun<sup>1087</sup>.

Sans reprendre ici l'ensemble des principes développés, il importe de souligner les aspects qui nous permettent de situer la réflexion sur l'état du droit international en la matière, d'autant plus qu'il s'agit bien souvent de clarifier des controverses concrètes apparues ces dernières années : l'eau est-elle une *commodité* ? Doit-on tolérer un certain degré de pollution ? Est-il acceptable que les développements urbains privent les paysans de leurs droits à l'eau en les rachetant même si cela entraîne un usage économiquement plus « efficace » ? Quelles sont les limites acceptables de l'exploitation des eaux souterraines non renouvelables en zones arides ?...

Ainsi, du point de vue de la répartition de cette ressource vitale, la dimension de droit humain est ici précisée comme excluant la considération de l'eau en tant que « produit de base<sup>1088</sup> », celle-ci induisant la transformation des citoyens et citoyennes en consommateurs et consommatrices :

1084. UNESCO, *L'éthique de l'utilisation de l'eau douce : vue d'ensemble* (2000). Sous-commission de la COMEST (Lord Selborne, prés.), p. 36.

1085. *Ibid.*, introduction.

1086. *Ibid.*, p. 7-8.

1087. *Ibid.*, p. 39. Les caractères gras sont de nous.

1088. *Commodity* en anglais.

Reconnaître que l'eau est un bien économique, ayant aujourd'hui sa place dans de nombreuses déclarations et dans les politiques des grands prêteurs et bailleurs de fonds, a suscité un débat politique passionné et une certaine crainte, [...] Pour certains, encourager la conception de l'eau comme un produit de base revient à éloigner le public de sa réalité en tant que bien commun et du sens du devoir et de la responsabilité de tous à son égard. En d'autres termes, nous percevoir comme des citoyens de l'eau ou des consommateurs d'eau est lourd de conséquences sur le plan de l'éthique<sup>1089</sup>.

On y prévoit, dans le même sens, que : « En cas de sécheresse, les besoins domestiques en eau devraient recevoir la priorité sur toute autre utilisation<sup>1090</sup>. » Le débat sur le contenu de ce droit<sup>1091</sup> et donc sur les quantités visées<sup>1092</sup> reçoit aussi une certaine clarification<sup>1093</sup> :

La sécurité alimentaire est un impératif moral ; les demandes de l'industrie et les besoins en irrigation devraient être coordonnés afin de garantir **le droit à l'eau des fermiers pratiquant une agriculture de subsistance**, y compris le droit à l'utilisation et la collecte des eaux pluviales et l'accès à des sources suffisantes pour l'irrigation<sup>1094</sup>.

La perspective de droit humain adoptée entraîne non seulement une primauté des besoins humains de base mais également, du point de vue de la question du prix de l'eau, une dichotomie similaire à celle retenue à Rio, qui affirme la nécessité de fixer un juste prix à l'eau, **au-delà** des besoins essentiels, et en tant que *remboursement* à la société. Le *juste* prix n'est pas ici un prix de marché déterminé par l'équilibre de l'offre et de la demande :

Car la crise de l'eau est avant tout une crise de la distribution de l'eau : il n'y a pas de pénurie absolue. Si nous avons tous besoin d'eau, cela ne nous donne pas le droit d'en consommer sans frein. La société doit d'abord veiller à ce que des priorités soient fixées concernant son accès, afin que les **besoins fondamentaux de l'humanité** soient satisfaits aussi bien que ceux de nos **écosystèmes**. Ensuite, il est bien que l'eau, si elle est disponible, soit affectée à notre consommation, mais il n'y aucune raison pour que les coûts imposés à la société ne soient pas intégralement remboursés<sup>1095</sup>.

1089. UNESCO, *op. cit.*, p. 32.

1090. *Ibid.*, p. 43.

1091. Voir à ce sujet : Smets (2002), McCaffrey (1992), Gleick (1998) : Comprend-il l'eau pour l'agriculture de base ?

1092. P.H. Gleick (dir.), *The World's Water 2000-2001...*, *op. cit.*, p. 11. Dans cet ouvrage, il est question de 50 litres par personne par jour, indépendamment du climat, de la technologie et de la culture.

1093. Le CESCR apportera d'importantes précisions dans son observation générale sur le sujet, *op. cit.*, mais le document de l'UNESCO intervient deux ans auparavant.

1094. UNESCO, *op. cit.*, p. 40. Les caractères gras sont de nous.

1095. *Ibid.*, p. 5. Les caractères gras sont de nous.

Du point de vue de la préservation de cette ressource vitale, on affirme que : « L'eau est si précieuse que le niveau de pollution devrait à long terme tendre vers zéro<sup>1096</sup>. » De plus, les besoins de reproduction des écosystèmes reçoivent clairement priorité : « Le maintien de la durabilité écologique est l'un des objectifs premiers d'une éthique de l'eau ; en d'autres termes, l'environnement a des droits sur l'eau<sup>1097</sup>. »

Le groupe de travail souligne l'importance des eaux souterraines et la nécessité d'une gestion intégrée de ces ressources, sans poser d'emblée leur conservation à tout prix, conscient que dans certaines régions du monde, ces eaux représentent la seule source accessible pour répondre aux besoins de la population. Il franchit cependant un pas supplémentaire, par rapport aux principes développés par la doctrine en ce domaine<sup>1098</sup>, en affirmant le statut de *bien commun* de ces ressources : « les aquifères constituent un bien commun<sup>1099</sup> ».

Le groupe de travail apporte ainsi une contribution significative au débat marqué d'ambiguïté qui s'est installé depuis la qualification de l'eau comme bien économique à Dublin et pose les limites de cette approche : celles des droits humains et des besoins des écosystèmes. De plus, soulevant, même au-delà de ces limites, la question de l'arbitrage des intérêts au sein et entre les sociétés, il ouvre la porte à une mise en cause de la traduction opérée depuis Dublin et Rio de « bien économique » à « règles du marché », puisque d'autres critères doivent, selon lui, présider à l'allocation de cette ressource « rare ».

*The art and practice of equitable distribution and access to fresh water for all people in the 21st century, as a fundamental **human right** and **international obligation**, is the mother of all ethical questions of all transboundary nature resources of a finite nature<sup>1100</sup>.*

Sans résoudre toutes les questions, parfois complexes, soulevées par la problématique mondiale de l'eau, ce travail de réflexion a le mérite de situer les principaux enjeux, et surtout de situer clairement les finalités. Il a aussi le mérite de montrer à quel point l'argument du manque de ressources financières et techniques pour atteindre les objectifs n'en

1096. *Ibid.*, p. 16. On y réitère en ce sens les principes de Stockholm : « *Les ressources renouvelables ne devraient pas être consommées plus vite qu'elles ne se reconstituent, et le rejet de déchets devrait être maintenu à un niveau égal ou inférieur à la capacité d'assimilation de l'environnement* », p. 45.

1097. *Ibid.*, p. 45.

1098. Notamment dans les Règles de Séoul ou le projet de traité de Bellagio, analysés précédemment.

1099. UNESCO, *op. cit.*, p. 42.

1100. T.R. Odhiambo, ex-président de l'Académie africaine des sciences, vice-président de la COMEST, discours de clôture de la réunion de la COMEST, Oslo, avril 1999. Les caractères gras sont de nous.

est à l'évidence pas un. Le recul sur les objectifs, constaté avec la Déclaration du Millénaire<sup>1101</sup>, au prétexte du réalisme des moyens, apparaît ainsi plutôt cynique :

La déclaration collective des institutions de l'ONU à l'occasion de la Journée mondiale de l'eau (22 mars 1999) indique que les fonds nécessaires pour apporter à ceux qui en ont besoin une eau et des installations d'assainissement sûrs et bon marché dans les huit ou dix ans à venir équivaut au montant dépensé en Amérique du Nord et en Europe en nourriture pour animaux<sup>1102</sup>.

## CONCLUSION

### La conscience exprimée de la complexité et de la gravité de la problématique de l'eau

Le développement d'un cadre normatif au plan international qui tienne compte des trois dimensions essentielles de la problématique de l'eau, de la paix, de la préservation des ressources et du respect des droits humains, apparaît encore aujourd'hui bien hypothétique. Au plan des enjeux environnementaux, bien qu'elle ne soit pas unanime, on reconnaît largement l'importance de prendre en compte la nature de la ressource, qu'il s'agisse du cycle hydrologique, du fonctionnement écosystémique de la circulation de l'eau. Cette perspective plus large, dépassant les frontières nationales, s'est imposée au plan programmatique si ce n'est en droit, à travers la nécessité d'une gestion intégrée à l'échelle des bassins hydrographiques, largement prise en compte dans le travail de l'Organisation des Nations Unies et de ses agences, depuis le Plan d'action de Mar del Plata, jusqu'au chapitre 18 d'Action 21 de Rio, largement inspiré de la Conférence de Dublin. Pour aussi universelle que soit devenue la référence à Action 21 toutefois, cet instrument n'a pas acquis pour autant un statut de droit positif.

De plus, malgré cet élargissement de la perspective et la reconnaissance de plus en plus répandue du fait que les principes de la communauté d'intérêts sont plus aptes à fournir des réponses juridiques utiles que les principes de la souveraineté limitée en matière de ressources hydriques, le débat entre développement et environnement, entre préservation et exploitation, pour sa part, reste largement ouvert au vu de l'évolution des déclarations portant sur le sujet.

En matière de préservation des ressources et des écosystèmes, les principes essentiels à l'intérêt public demeurent essentiellement dans le domaine de la *lege ferenda*. Aucun document légal, en effet, dans le

1101. Assemblée générale NU, *Déclaration du Millénaire*, *op. cit.*

1102. UNESCO, *op. cit.*, p. 7.

cadre juridique contemporain, ne mentionne même la loi la plus fondamentale concernant l'eau ; celle du cycle hydrologique<sup>1103</sup>. Seule la déclaration de La Haye de 1989<sup>1104</sup> a osé poser clairement que les enjeux d'environnement et de ressources, à cause de leur portée globale, exigeaient de transcender la souveraineté pour imposer des normes universelles.

Par ailleurs, l'intégration de la dimension des droits humains se révèle encore plus ardue. Si l'ONU a su intégrer au droit international la dimension des droits humains après la Seconde Guerre mondiale, et si ce champ s'est considérablement développé dans le dernier demi-siècle, son intégration transversale avec toute sa portée dans les différents domaines du droit interétatique, comme celui des cours d'eau, semble plus difficile.

En ce sens, paradoxalement, la considération de l'eau en tant que « bien social et économique », apparue dans les conférences et résolutions des Nations Unies, est vue par certains comme une avancée, dans la mesure où cet élargissement conceptuel permet au moins de réintroduire la dimension humaine dans la problématique de l'eau :

D'une manière générale, si certains instruments conventionnels reconnaissent enfin l'eau comme étant un bien économique et social, il n'en demeure pas moins qu'aucun n'est réellement allé jusqu'à proclamer un « droit à l'eau ». Ainsi, malgré l'inégalité d'accès à l'eau potable entre les différents États, les conventions internationales n'ont, jusqu'à aujourd'hui, pas mis l'accent sur une « mise à disposition d'eau saine pour tous » et plus particulièrement pour les plus démunis<sup>1105</sup>.

Il est vrai que ce sont les conférences internationales ainsi que les résolutions et déclarations de l'Assemblée générale qui ont le mieux pris en compte les différentes dimensions de la problématique de l'eau, *bien économique et social*, mais aussi *environnemental*, soulevant à la fois les enjeux liés à la paix, aux relations interétatiques, à la coopération, et les enjeux liés au développement, tant du point de vue des droits humains que du point de vue de la soutenabilité du développement, reconnaissant la centralité de la problématique de l'eau : « *Water-related problems have been recognized as the most immediate and serious threats to humankind*<sup>1106</sup>. »

1103. V. Shiva (2001). *Water Wars*, Cambridge, South Ends Press, p. 76. Traduction libre. Sans induire ici qu'il faut se soumettre aux lois naturelles et à elles seules, l'absence de considération de ces « lois de la nature » illustre la primauté de la « maîtrise » de la nature, qui reste dominante.

1104. *Déclaration sur la protection de l'atmosphère*, *op. cit.*

1105. P. El Fadl, *loc. cit.*, p. 12.

1106. Salif Diop, UNEP, janvier 2003, dans le cadre du lancement du document : *Vital Water Graphics*.

Or, les États membres de l'ONU ont une responsabilité internationale à l'égard de la protection, de la promotion et de la mise en œuvre de tous les droits humains. La Charte constitutive des Nations Unies fait explicitement référence à la protection de ces droits<sup>1107</sup> : « elle a été interprétée comme engageant les États parties à agir en coopération avec l'ONU pour favoriser le respect universel et effectif des droits de la personne et des libertés fondamentales pour tous [...]»<sup>1108</sup>. Mais les conséquences de cette obligation ne sont pas tirées lorsqu'il s'agit de la transcrire formellement dans les règles du droit international de l'eau. De plus, les réticences exprimées lors des plus récentes conférences<sup>1109</sup> ainsi qu'au sein même du système des droits de l'homme de l'ONU, semblent indiquer que, malgré la reconnaissance des différentes dimensions de la problématique de l'eau, les limites de la souveraineté constituent toujours un frein à l'adoption de règles et de moyens à la mesure des problèmes relevés.

De fait, malgré l'importance reconnue des enjeux en matière de préservation des ressources et de respect des droits humains, on perçoit une volonté de plus en plus explicite de structurer l'ordre international sur l'ordre économique de la liberté des échanges et des marchés, glissement particulièrement repérable de Stockholm à Rio, largement consacré au Sommet de Johannesburg, mais aussi parfaitement mis en lumière dans les rapports à la Commission des droits de l'homme où, de plus en plus, sont soulevées les contradictions entre globalisation économique et droits humains.

En ce sens, si la qualification de l'eau à titre de bien social, environnemental et économique, de *bien fondamental total*<sup>1110</sup>, permet effectivement la réintégration de la dimension humaine de la problématique,

1107. La *Charte des Nations Unies*, *op. cit.*, fait référence aux droits, paragr. 2 de son Préambule, article 1(3), et article 55. Article 1 « Les buts des Nations Unies sont les suivants : [...] 3. Réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel, humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous [...] »

1108. W.A. Schabas, *op. cit.*, p. 50 : « bien que l'on doutait à l'origine du caractère obligatoire des dispositions de la Charte des Nations Unies relatives aux droits et libertés, la Cour internationale de Justice a consacré la juridiction de celles-ci dans plusieurs de ses arrêts, et notamment dans les affaires de la Barcelona Traction Light and Power Company (Belgique-Espagne), Fond (2<sup>e</sup> phase), 5 février 1970 (1970) CIJ Recueil 3 ; Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis/ Iran), Fond, 24 mai 1980 (1980) CIJ Recueil 3 ; Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua/États-Unis), Fond, 27 juin 1986, (1986) CIJ, Recueil 14. ».

1109. Amnesty International Public Statement AI Index : IOR 10/002/2003 (Public). News Service no 066 24-03-2003 Human Right to Water : [http://web.amnesty.org/web/web.nsf/pages/ec\\_briefings\\_water](http://web.amnesty.org/web/web.nsf/pages/ec_briefings_water)

1110. R. Petrella, *Le manifeste de l'eau...*, *op. cit.*, p. 70.

en principe, elle ouvre cependant l'espace à une autre contradiction, lorsque réduite à la seule dimension de bien économique, contradiction dont l'expression traverse l'ensemble des interventions actuelles.

Si nous avons déjà souligné qu'en matière de droit international des cours d'eau il y avait régression, repli sur la souveraineté, il faut faire le même constat du point de vue des droits humains. Si une déclaration comme celle de Mar del Plata pouvait laisser espérer, dans un autre contexte, l'intégration progressive du droit humain d'accès à l'eau potable dans le droit positif, l'ambiguïté introduite dans la dernière décennie à travers la considération de l'eau au seul titre de bien économique marginalise de fait le travail accompli en ce sens dans le système des droits de l'homme de l'ONU<sup>1111</sup> ou à l'Unesco. Il en va d'ailleurs de même de l'enjeu de préservation de cette ressource vitale qui, à la fois reconnu lors des Conférences de Dublin et de Rio, se trouve du même souffle soumis à un ordre global spécifique, celui du marché, par la seule considération de sa dimension de bien économique. Dans un tel contexte, droits humains et préservation des ressources posent donc une même exigence, celle de normes supérieures impératives.

Les tendances décrites ici eu égard aux ressources en eau ne sont pas propres à ce domaine mais participent d'une tendance plus générale, celle de réduire l'ensemble des réalités complexes du monde contemporain à leur seule dimension économique, et donc de n'apporter que des réponses relevant de cette logique. Une réponse politique et juridique adéquate à la problématique de l'eau, loin de nier cette dimension de bien économique de l'eau, doit prendre en compte l'ensemble des caractéristiques de ce bien fondamental total.

---

1111. Malgré un appel explicite en ce sens du haut commissaire aux droits de l'homme, la conférence ministérielle du III<sup>e</sup> Forum mondial de l'eau à Kyoto a refusé de se référer explicitement à ce droit dans sa Déclaration finale : « *I would encourage you to include an explicit reference to water as a human right in the Ministerial Declaration that you will adopt during this Conference. This reference will serve to reinforce the growing awareness that water is essential to a dignified life and to the realization of other human rights* » : Statement by Sergio Vieira De Mello, Third World Water Forum (Kyoto, 16-23 March 2003); et Ministerial Declaration – Message from the Lake Biwa and Yodo River Basin – 23 March 2003 : [http://www.world.water-forum3.com/jp/mc/md\\_final.pdf](http://www.world.water-forum3.com/jp/mc/md_final.pdf)



# Conclusion

## **De la dignité humaine au droit de l'humanité à exister demain**

### **La nécessité de normes impératives**

*Il ne s'agit plus de régler des conflits  
entre États, même majeurs ; il s'agit de la survie  
de toute l'humanité<sup>1112</sup>.*

On a bien vu, et l'on voit tous les jours dans la triste réalité, que le droit international en l'état actuel est impuissant à mettre en œuvre même la plus classique de ses finalités, celle de la résolution pacifique des différends entre les États, conformément aux principes de justice. Les situations conflictuelles autour des ressources en eau partagées sont là pour le montrer, qui, bien que ne dégénéralent que rarement en conflit armé, peuvent difficilement être qualifiées de « paisibles ». Si certains voient la Convention de New York comme une avancée de ce strict point de vue, elle y demeure confinée et relativement faible dans ses

---

1112. A.-C. Kiss (1991). « Environnement et développement ou environnement et survie ? », *JDI*, vol. 2, p. 282.

mécanismes d'application. Nous sommes donc fort loin de règles qui puissent prendre en compte les autres aspects, complexes, de la problématique de l'eau à l'échelle planétaire.

Les contradictions, toujours plus importantes avec la diversification et l'augmentation des usages de l'eau, entre intérêts particuliers des États et exigences de gestion intégrée d'une ressource par nature commune, ont empêché la cristallisation de principes cohérents avec la réalité, fondés sur la communauté d'intérêts de tous les riverains, bien que ceux-ci aient trouvé à s'exprimer largement dans la doctrine. Nous en sommes restés au principe de la souveraineté limitée et donc de l'affrontement et de la compétition des intérêts, même si c'est sur la base de critères dits « équitables », entre ces intérêts souverains particuliers. On comprend donc que la considération de l'eau comme ressource commune, non pas seulement entre voisins, mais bien à l'échelle de l'humanité, n'a pas eu beaucoup d'adeptes jusqu'à aujourd'hui parmi les spécialistes du droit international. Quelques précurseurs, pourtant, ont envisagé cette perspective implicitement ou explicitement. Oscar Schachter par exemple, en 1977, dans l'organisation de la matière de son livre *Sharing the World's Resources*, traite du partage équitable des ressources en eau douce dans la partie II, intitulée : *Sharing the Common Heritage*. Mais si certains ont l'intuition d'une telle nécessité et osent au moins nommer cette réalité, les contraintes propres à une autre réalité, celle des relations internationales et de la nature du droit international, ont largement limité la réflexion et les analyses en ce sens.

Nous avons vu en introduction à quel point les concepts juridiques visant à qualifier cette ressource vitale en droit international restent encore imprécis. Nous avons vu à travers les débats de la CDI à quel point la conceptualisation de l'objet recèle d'enjeux quant à sa considération juridique et aux normes qui s'y appliquent. Une définition large, permettant un élargissement de la solidarité, n'a pas à ce jour été intégrée au droit positif<sup>1113</sup>. L'incapacité à intégrer dans le droit international des *cours d'eau* les autres dimensions de la problématique a aussi à voir avec le flou de la construction de l'objet juridique « eau » : « [...] la réalité reste informe, ne subit pas de traitement juridique ou un traitement juridique très incertain. La doctrine dominante maintient alors un discours sur un objet mal repéré<sup>1114</sup>. »

1113. J. Sohnle, *op. cit.*, p. 99 et suivantes.

1114. C. Apostolidis et M. Chemillier-Gendreau (1993). « L'apport de la dialectique à la construction de l'objet juridique », *RDSP en France et à l'étranger*, mai/juin, p. 627.

Cette conceptualisation déficiente sous-tend une autre faiblesse, celle du statut de cette ressource vitale qu'est l'eau. Largement considérée par les droits internes comme un bien commun, elle ne correspond pas aux caractéristiques de cette catégorie définie par le droit international, qui ne s'applique qu'à des ressources situées au-delà des juridictions nationales. Et pourtant son caractère vital exige une qualification qui permette d'en définir les règles d'accès, de préservation, de distribution, en prenant en considération l'ensemble des formes que prend la ressource à travers le cycle hydrologique<sup>1115</sup>. En fait, la question du statut de l'eau est cruciale, dans la mesure où, historiquement, les ressources naturelles ont été considérées essentiellement comme des biens économiques précisément, soumis à la souveraineté des États, puis à la liberté des échanges, aujourd'hui encadrée par l'Organisation mondiale du commerce à travers les règles du GATT<sup>1116</sup>. Admettre que l'eau a d'autres dimensions, qu'elle est aussi un bien social et un bien environnemental, c'est admettre la nécessité d'un autre statut à partir duquel pourraient être élaborées des règles adaptées à ce caractère multidimensionnel de l'eau et surtout à son caractère vital et non substituable. C'est admettre que les finalités de la paix, de la préservation des ressources et du respect des droits humains exigent des normes impératives dont la primauté soit assurée : des normes d'intérêt public.

Or, malgré quelques velléités de reconnaissance du caractère fondamental de l'enjeu de préservation et de répartition des ressources vitales de la planète, on constate en définitive qu'il n'y a pas de réelle volonté politique d'apporter une réponse juridique adaptée, que ce soit du point de vue de la préservation, de l'accès et de la répartition, ou de l'admission du caractère global des enjeux.

## UNE ASPIRATION AU DROIT LARGEMENT EXPRIMÉE

Pourtant, la problématique de l'eau douce, c'est avant tout, nous l'avons vu, la mort chaque année de plusieurs millions de personnes et l'atteinte à la dignité humaine de millions d'autres. Le 11 septembre 2001, comme chaque jour, dix fois plus d'êtres humains sont morts de manque d'eau

---

1115. Les débats autour des eaux souterraines illustrent cette lacune qui aura encore plus de répercussions dans les prochaines années, puisqu'avec les développements technologiques, l'eau atmosphérique et les icebergs seront aussi l'objet d'accaparement : B.S. Geon (1997). « A Right to Ice ? The Application of International and National Water Laws to the Acquisition of Iceberg Rights », *Michigan J. of Int'l Law*, vol. 19, p. 277-301. Voir également S.C. McCaffrey, « Water, Water Everywhere... », *loc. cit.*, p. 334 ; et J. Sohnle, *op. cit.*

1116. General Agreement on Tariffs and Trade : 2201.90.0000 du HTS (Harmonized Tariff Schedule).

saine que de l'attaque du World Trade Center. Certains n'apprécient pas la comparaison, mais les faits sont là. S'il ne s'agit pas dans ce cas d'imposer volontairement la mort et ces atteintes massives à la dignité humaine, le défaut d'agir est flagrant. Les États sont aujourd'hui très loin d'être représentatifs de la préoccupation globale de la « communauté internationale » à l'égard de l'eau, à la fois du point de vue de leurs actions et de leurs engagements normatifs.

Si certaines organisations internationales ont tenté d'appréhender globalement la complexité de ces enjeux, ces tentatives sont restées marginales et n'ont pas su redresser véritablement une situation qui continue à se détériorer à l'échelle planétaire, tant au regard de la dégradation des ressources en eau qu'à celui de leur distribution.

Depuis des décennies maintenant, l'eau douce est un sujet de préoccupation majeur, comme en témoigne l'intervention des ONG<sup>1117</sup>, qui se sont pourtant longtemps limitées aux enjeux de protection environnementale ou bien, concernant l'accès à l'eau potable, à des interventions caritatives. Mais, au début des années 1990, la fin de la Décennie internationale de l'eau, et surtout la considération de plus en plus générale des solutions de marché pour résoudre cette problématique, induira une intégration et une « politisation » progressive des interventions des ONG dans ce domaine<sup>1118</sup>.

L'année 1990 verra l'adoption par la communauté internationale des ONG, de la *Charte de Montréal*<sup>1119</sup>, qui s'ouvre sur l'affirmation du droit d'accès à l'eau et de son caractère indissociable des autres droits humains<sup>1120</sup>. Affirmant que l'accès à l'eau et à l'assainissement est d'abord une question politique<sup>1121</sup>, elle appelle à une « réforme des modes de développement économique dominants qui gaspillent et polluent les ressources limitées de la planète ».

En 1992, peu avant le Sommet de la Terre de Rio, la seconde session du Tribunal international de l'eau<sup>1122</sup> à Amsterdam, portera sur les problèmes de gestion de l'eau en Asie, en Afrique et en Amérique latine, et intégrera la dimension du droit des populations à ces ressources,

1117. La « nébuleuse » ONG est si vaste qu'il est impossible d'en systématiser les contours ici.

1118. Les interventions des ONG au Sommet de Johannesburg illustrent largement cette orientation, comme nous le verrons ci-après.

1119. *Charte de Montréal* (1990). Montréal, Oxfam-Québec et Secrétariat international de l'eau : une soixante d'ONG internationales étaient présentes.

1120. *Charte de Montréal*, *op. cit.*, paragr. 2.

1121. *Ibid.*, principe d'action n° 1.

1122. Dès 1981, des ONG hollandaises fondent le Tribunal international de l'eau qui tiendra, en 1983 à Rotterdam, une première session portant sur la pollution des eaux en Europe de l'Ouest.

au-delà du problème spécifique de la pollution<sup>1123</sup>. Cette initiative représente une manière inusitée de dire l'aspiration au droit eu égard aux enjeux de l'eau.

Le Tribunal international de l'eau, lors de sa session d'Amsterdam, s'appuiera sur une déclaration, élaborée par un groupe d'experts juridiques provenant de différentes régions du monde<sup>1124</sup>, sur la base des instruments existants tels que les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, les déclarations de conférences internationales, ainsi que le travail de la Commission du droit international<sup>1125</sup>. Le tribunal appliquera les principes ainsi dégagés à l'ensemble des ressources en eau et non seulement aux ressources transfrontalières<sup>1126</sup>. La Déclaration d'Amsterdam reprend et / ou énonce entre autres le principe de l'équité intergénérationnelle, celui du droit à l'eau en quantité et qualité suffisante en tant que droit humain, celui du caractère inappropriable de l'eau, bien commun devant relever du « *stewardship*<sup>1127</sup> » de l'humanité.

Le Tribunal international de l'eau entendra 12 cas, en février 1992, sur les 22 qui lui ont été soumis et constitue avant tout, au dire des responsables de cette initiative, un lieu de débat, un forum permettant de discuter publiquement de situations conflictuelles, correspondant assez bien à la recommandation subséquente d'Action 21, appelant à la mise sur pied de mécanismes internationaux plus larges et efficaces pour entendre et résoudre les conflits dans le domaine du développement durable (paragr. 39,3-h).

Malgré son nom, le tribunal n'en est évidemment pas un et les décisions du jury sont des jugements éthiques sans portée juridique formelle. Ils sont pourtant fondés sur une procédure rigoureuse respectant les droits de la défense et les exigences de la preuve<sup>1128</sup>, ce qui lui

1123. Sur l'importance de l'enjeu de la pollution dans les pays industriels et ses effets sur la prise en compte des préoccupations des pays du Sud, voir L. Lussier, « La place des droits étatiques et individuels dans la protection des eaux douces : un objectif à poursuivre » dans M. Vechsler (prés.), « L'eau douce : une ressource de plus en plus rare » (1989). *Canadian Council of Int'l L.*, Séance parallèle, CMI, p. 378-391.

1124. Réuni en mars 1991, le groupe de travail comprend 14 juristes provenant d'Asie, d'Afrique, de l'Amérique latine, des États-Unis et des Pays-Bas. Voir *Declaration of Amsterdam* (1992). The Case Books series, vol. 5, Netherlands, International Books, p. 43.

1125. Voir, pour le processus et le contenu : *Ibid.*

1126. *Ibid.* p. 8.

1127. Le concept de *stewardship* est aussi utilisé par Kemal Baslar, *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law* (1998). The Hague, M. Nijhoff Pub., série Developments in International Law, vol. 30, 427 p. Il réfère à l'économat, au sens étymologique, à l'intendance et à la nécessité de rendre compte de sa gestion.

1128. Le jury est d'ailleurs assisté d'un comité d'experts, étant donné la complexité de la matière à l'examen. Voir *Background and Results* (1994). The Case Books series, vol. 7, Netherlands, International Books, p. 19. Tous les dossiers peuvent être consultés dans les volumes de la série, classés par thème.

confère une légitimité importante et explique les résultats non négligeables obtenus par cette action. On peut en effet constater qu'au-delà de résultats généraux tels que la démonstration du besoin de mécanismes permettant aux populations de se faire entendre, malgré l'absence de portée juridique réelle, le Tribunal d'Amsterdam aura eu une incidence concrète sur plusieurs dossiers entendus. Dans certains cas, les accusés auront accepté leurs responsabilités et manifesté leur volonté de régler les situations conflictuelles. En Argentine, au Chili et au Pérou notamment, les audiences auront permis aux plaignants d'obtenir au moins en partie satisfaction et au Costa Rica, cela aura permis d'ouvrir un débat public<sup>1129</sup>.

Même en Israël, où les interventions extérieures sont rarement appréciées dans ce type de conflit, des résultats, trop partiels et symboliques bien sûr, mais tangibles, ont été obtenus. Dans un cas présenté devant le Tribunal d'Amsterdam en effet, les plaignants soutenaient qu'au moins la moitié des quelque 70 communautés arabes dans le Centre et le Nord d'Israël n'étaient pas reconnues par l'État et n'étaient pas branchées aux réseaux nationaux de distribution d'eau potable<sup>1130</sup>. Or, avant les élections de 1992, le ministre de l'Intérieur a accepté de reconnaître trois de ces villages arabes non reconnus, et ce nombre a été porté à cinq après les élections<sup>1131</sup>.

Ces résultats ne peuvent bien sûr être confondus avec la possibilité d'obtenir justice devant une véritable instance juridictionnelle, mais ils illustrent clairement la nécessité de mécanismes de justice indépendants. Plus encore, le fait que plusieurs des mis en cause aient accepté de se plier aux décisions et recommandations du *jury* montre bien la portée que pourraient avoir des mécanismes internationaux formels. À la suite de cette expérience, d'autres tribunaux de l'eau ont d'ailleurs été mis sur pied<sup>1132</sup>, qui corroborent largement ces constats.

L'intégration des différentes dimensions de la problématique de l'eau s'est poursuivie, y compris du point de vue des ONG préoccupées du règlement pacifique des conflits internationaux autour de cette ressource vitale. Ainsi de la Croix verte internationale et de la Déclaration du Comité pour la souveraineté nationale et les cours d'eau

1129. Pour une revue systématique des résultats concrets obtenus : *Ibid.*, p. 25-28.

1130. S.C. McCaffrey, « A Human Right to Water... », *loc. cit.*, p. 6.

1131. *Background and Results*, *op. cit.*, p. 28.

1132. Le tribunal centraméricain de l'eau : [www.tragua.com](http://www.tragua.com), basé au Costa Rica : C.G. Caubet (2002). « Un tribunal éthique en Amérique centrale », *Manière de Voir* n° 65 : *La ruée vers l'eau*, *Le Monde diplomatique*, septembre-octobre ; et le tribunal de l'eau du Brésil : C.G. Caubet (1994). « Au Brésil, un tribunal de l'eau », *Écologie et politique*, vol. 9, p. 75-87.

internationaux<sup>1133</sup> qui stipule que : « [...] les besoins des peuples et de la nature doivent être reconnus comme prioritaires et rendus inviolables. Les intérêts et les droits des générations présentes et futures, seraient ainsi préservés [...]»<sup>1134</sup> »

De ce point de vue, le comité avance un certain nombre de propositions, dont la reconnaissance formelle du droit d'accès à l'eau en tant que droit humain, la ratification de la *Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation*, le renforcement du rôle des organisations internationales, ainsi que l'institution d'un forum international et d'un poste d'ombudsman pour l'identification, la prévention, la résolution et la médiation des conflits, actuels et potentiels, relatifs à l'eau<sup>1135</sup>.

Au tournant du millénaire, les déclarations se multiplient<sup>1136</sup> et convergent autour d'un certain nombre de principes qui semblent faire consensus dans la société civile, même si sur certains enjeux spécifiques des différences significatives demeurent<sup>1137</sup>. Certaines ONG réclament un traité<sup>1138</sup> et à travers ces revendications sont clairement identifiables les deux obstacles de la souveraineté et du marché. Ainsi par exemple des plus grandes ONG caritatives suisses<sup>1139</sup> qui réclament une convention internationale visant à la fois à empêcher la commercialisation et la marchandisation de l'eau et à instituer un mécanisme obligatoire d'arbitrage dans les conflits internationaux.

1133. Comité composé de : Mikhaïl Gorbachev ; Ingvar Gösta Carlsson ; Sir Ketumile Masire ; Fidel V. Ramos. Déclaration et propositions lancées lors du II<sup>e</sup> Forum mondial de l'eau à La Haye en mars 2000. Il est à noter que la Croix verte internationale a aussi fait circuler une déclaration signée par plusieurs Prix Nobel lors du Sommet de Johannesburg.

1134. *National Sovereignty and International Watercourses*, *op. cit.*, p. 107.

1135. *Ibid.*, p. 113.

1136. La *Déclaration de Cochabamba* en décembre 2000 réunira les ONG autour de la lutte bolivienne contre la privatisation de l'eau : <http://www.americas.org> et <http://www.democracyctr.org> ; la *Déclaration d'Accra* en mai 2001 réunira des ONG africaines autour des mêmes revendications. Une déclaration des peuples indigènes, « Water is life : Protect Water Now ! », a aussi été adoptée à Vancouver en juillet 2001 : voir <http://www.canadians.org/blueplanet/protectwater-now-f.html>

1137. Ainsi des organisations comme le Secrétariat international de l'eau ou la Croix verte internationale, qui ne s'opposent pas à la privatisation des services et au *Public/Private Partnership* mis de l'avant par le Conseil mondial de l'eau et la Banque mondiale.

1138. Dont le Conseil des Canadiens, voir <http://www.canadians.org/blueplanet/treaty-f.html> ou la Croix verte internationale : <http://www.greencrossinternational.net> ; et le Secrétariat international de l'eau.

1139. Swissaid, Action de carême, Pain pour le prochain, Helvetas et Caritas : <http://www.swisscoalition.ch>

Par ailleurs, ralliant l'initiative du *Contrat mondial de l'eau* lancée en 1998<sup>1140</sup>, *Public Citizens*, aux États-Unis, a amorcé au début de 2002 une vaste campagne sous le titre « Defend the Global Commons » et effectue une recension des luttes un peu partout dans le monde pour préserver le caractère commun et le contrôle collectif des ressources et des services en eau – Inde, États-Unis, Tanzanie, Afrique du Sud, El Salvador, Ghana, Bolivie, Zambie, Brésil, Mozambique, Argentine, Équateur, Nicaragua, Bangladesh, Philippines, Canada, Uruguay, Mexique, Nouvelle-Zélande<sup>1141</sup> – illustrant ainsi le caractère véritablement mondial des enjeux et surtout l'enracinement à la base de cette préoccupation portée dans les débats internationaux.

En préparation du Sommet de Johannesburg, la société civile a exprimé une position forte quant à la priorité qui devrait être accordée aux enjeux de l'eau, certains affirmant même que : « *The most important environmental issue for the poor is being almost totally ignored*<sup>1142</sup>. »

Près de 150 ONG ont endossé une déclaration lancée à Bali en juin 2002, appelant les gouvernements à maintenir l'eau et les services d'eau en dehors de l'OMC<sup>1143</sup>. Le *Caucus* sur l'eau douce de la Commission du développement durable de l'ONU, dans sa déclaration du 30 août, demandera l'exclusion de l'eau de tout accord de commerce et la primauté des droits humains et de la protection des écosystèmes sur l'application des principes de marché.

Le Sommet de Johannesburg aura ainsi été l'occasion d'une forte polarisation autour des enjeux du développement d'un ordre global de marché en structuration pour la gestion des ressources en eau<sup>1144</sup>. Si l'on est encore loin d'un consensus sur les stratégies et les moyens de

1140. M. Laimé, *op. cit.*, p. 284 et suivantes. Lancée par un comité formé d'une vingtaine de personnalités provenant d'une quinzaine de pays, présidé par Mario Soares, ancien président du Portugal, et appelant, sur la base du *Manifeste de l'eau*, à l'application d'un certain nombre de principes pour préserver le droit à la vie, dont la reconnaissance de l'eau au titre de patrimoine commun de l'humanité et la reconnaissance du droit humain. Voir : <http://www.manifesteau.qc.ca/documents/manifeste.rtf>

1141. *Defend the Global Commons : Reports from Organizations Around the World Defending Water as a Common Resource* (2002). Public Citizens – États-Unis, 16 p. (publication irrégulière. Disponible en quatre langues : vol. 1, n° 1, février 2002 ; vol. 1, n° 2, août 2002 ; vol. 2, n° 1, janvier 2003)

1142. G. Ghosh, directeur exécutif du Water Supply & Sanitation Collaborative Council, : [www.wsscc.org](http://www.wsscc.org)

1143. Coordonnée par *Institute for Agriculture & Trade Policy*, informations [svarghese@iatp.org](mailto:svarghese@iatp.org)

1144. La prépondérance ou non des règles de commerce, de manière générale, aura été l'objet d'après discussions au cours de ce sommet.

mise en œuvre au sein de la société civile internationale<sup>1145</sup>, il reste qu'un certain nombre de principes et de finalités semblent rallier largement les ONG de tous horizons : « Pour parler comme les économistes, la demande de droit s'accroît<sup>1146</sup>. » Aspiration au droit et aspiration à la légitimité démocratique traversent largement l'ensemble des revendications malgré les paradoxes qui illustrent la difficulté à penser la démocratie et le droit au plan mondial.

## LES DROITS HUMAINS AU FONDEMENT D'UN STATUT PERTINENT POUR L'EAU DOUCE

Au-delà de tous les aspects examinés au fil de ces pages, qui illustrent abondamment la dimension internationale, voire mondiale de la problématique de l'eau douce, on reconnaît de plus en plus que d'importantes migrations de populations sont directement liées au manque d'eau<sup>1147</sup>. Le phénomène des migrations causées par les inondations, les sécheresses et les problèmes d'érosion toucherait quelque 10 millions de personnes seulement en Afrique et 25 millions à travers le monde. Certains estiment que du nombre total de réfugiés, 60% serait en fait des « éco-réfugiés<sup>1148</sup> ». Si tous les aspects de la problématique de l'eau ne sont pas par nature mondiaux, et si les usages de cette ressource vitale se situent souvent à l'échelle locale, il reste que, comme en bien d'autres domaines, l'interdépendance s'accroît et les problèmes se mondialisent<sup>1149</sup>. Les tentatives de transformer cette ressource vitale en un « bien privé globalisé<sup>1150</sup> », soumis aux règles du marché mondial, justifient une prise en compte à cette échelle par le droit.

Or, au terme de cette recherche, force est de constater que depuis plus d'un quart de siècle, si la communauté internationale n'a cessé d'accorder une attention soutenue aux enjeux de l'eau douce à travers

1145. L'augmentation des intérêts d'affaires dans cette société civile internationale ces dernières années n'est pas considérée ici, bien que certaines multinationales de l'eau reconnaissent elles-mêmes le droit à l'eau et le caractère de bien commun de la ressource : G. Mestrallet, « La vraie bataille de l'eau », *loc. cit.*

1146. N. Rouland (1991). *Aux confins du droit : anthropologie juridique de la modernité*, Paris, Odile Jacob, p. 25.

1147. N. Tien-Duc, *op. cit.*, p. 26.

1148. H.L.F. Saeijs et M.J. van Berkel, *loc. cit.*, p. 13.

1149. Le caractère mondial est souvent un construit social même si certains biens sont mondiaux par nature comme l'atmosphère : plusieurs autres connaissent un processus de mondialisation. I. Kaul, P. Conceicao, K. Le Goulven et R.U. Mendoza (dir.), *op. cit.*, p.14 (version française sur le site).

1150. L. Mehta, « Problems of Publicness and Access Rights : Perspectives from the Water Domain », dans I. Kaul, P. Conceicao, K. Le Goulven et R.U. Mendoza (dir.), *op. cit.*, p. 557.

conférences, résolutions, déclarations et plans d'action<sup>1151</sup>, l'évolution des règles internationales n'a pas suivi le même rythme et celles-ci n'offrent, à ce jour, que peu de réponses adaptées aux problèmes relevés, qui, de plus en plus, dépassent le cadre et les compétences des États souverains. L'échelle de plus en plus globale de la problématique, l'interdépendance des différents facteurs qui interviennent et les effets en chaîne des conséquences exigent pourtant du droit international, pour demeurer pertinent, qu'il change de logique, s'agissant de l'eau douce. Ni les réponses fondées sur la coexistence des souverainetés, ni les solutions économiques de marché, n'ont apporté d'améliorations sensibles aux différents aspects de cette problématique. Les experts le soulignent : les conflits actifs ou potentiels se multiplient ; la proportion de la population n'ayant pas accès à cette ressource vitale ne se résorbe pas de manière significative et atteindra trois milliards en 2025 si rien n'est fait<sup>1152</sup> ; les problèmes de pollution augmentent à l'échelle globale ainsi que les autres formes de dégradation de la ressource. L'aspiration au droit manifestée largement par de nombreuses organisations de la société civile exprime le pôle alternatif de la contradiction : bien commun<sup>1153</sup>, droit humain et équité intergénérationnelle sont les principes sur lesquels il s'appuie.

Ayant constaté les limites des normes actuelles du droit international, et ce, malgré le développement d'une certaine coopération, c'est dans cette autre perspective qu'il faut désormais chercher des réponses juridiques adaptées aux problèmes réels, puisque l'échec de la première est empiriquement constaté. L'ancien paradigme ne fonctionne plus<sup>1154</sup>.

Or, malgré la pertinence d'un statut juridique spécifique pour l'eau douce, eu égard à la problématique matérielle réelle, malgré des tentatives nombreuses de faire évoluer le droit international dans ce domaine, des obstacles à la mise en place d'un régime universel restent pour l'heure difficiles à dépasser. Face à ceux-ci, la primauté des droits humains reste presque le seul outil juridique dont nous a doté le droit international à ce jour, esquissant les contours des fondements et des modalités possibles d'un statut et d'un régime universel s'appliquant à l'eau douce, ressource vitale.

1151. Au moment où nous concluons cette recherche, il semblerait que la Commission du développement durable (CSD-11) s'apprête à retenir le dossier de l'eau au titre de la priorité des deux prochaines années.

1152. Estimations onusiennes, reprises par de nombreux auteurs.

1153. Les expressions utilisées varient et expriment une idée générale plus qu'un concept précis : patrimoine commun, bien commun, bien public, *res publica*, etc., semblent traduire une aspiration similaire.

1154. R. Falk (1989). *Revitalizing International Law*, Iowa State University Press-AMES, p. 21.

Il faut bien constater que le cadre juridique élaboré par la Commission du droit international à travers le projet qui a donné naissance à la Convention de New York, malgré des avancées certaines, ne fournit pas d'outils normatifs à la mesure des enjeux en matière d'eau douce. Or, l'accès universel à l'eau est une des conditions les plus fondamentales du développement humain. Si certains aspects de la problématique de l'eau sont d'autant plus complexes qu'ils sont liés à une disponibilité trop faible de la ressource, selon les experts, celle-ci n'est pas la cause de la privation d'accès à l'eau potable pour plus d'un milliard d'êtres humains<sup>1155</sup>. Les causes en sont humaines et relèvent de l'organisation du vivre ensemble, d'où l'importance de règles, s'imposant à tous, et d'institutions propres à en garantir l'application.

On l'a vu, ni le cycle hydrologique, ni même l'unité des bassins versants, ni toutes les eaux souterraines, ni les eaux atmosphériques, ne sont considérés; la nature de la ressource n'est toujours pas véritablement prise en compte par le droit international. Les multiples déclarations, les consensus dégagés au sein des sociétés savantes ou des ONG ne font pas le droit, même si l'on peut constater un recul de légitimité de l'argument de la souveraineté au bénéfice de l'intégrité des écosystèmes, de l'équité, de la coopération et de la solidarité.

Le respect de la dignité humaine et la mise en œuvre des droits humains propres à assurer cette dignité, de même que la préservation des conditions de la vie sur la planète, exigeraient une hiérarchie des normes et des critères de détermination de l'équité. Au moins en principe, la Convention de New York énonce, parmi les critères d'une utilisation équitable et raisonnable, la population tributaire d'un cours d'eau international ainsi que les besoins sociaux et économiques. Mais pour l'heure, la détermination du caractère équitable des usages de l'eau est laissée à la négociation des parties et aucun critère n'a de prépondérance effective.

Or, pour atteindre son objectif, le standard vague que constitue le principe de l'utilisation équitable et raisonnable devrait être soumis à des limites non négociables, dont, au premier chef, le droit humain d'accès à l'eau. Un État n'aurait ainsi pas le droit d'exploiter des ressources en eau partagées de telle manière que cette utilisation prive des individus, ou des groupes<sup>1156</sup>, dans un pays voisin ou dans son propre

---

1155. P.H. Gleick et S. Postel, parmi de nombreux autres spécialistes, soutiennent régulièrement cet argument.

1156. La question indigène, mais pas seulement, soulève l'enjeu des droits dits collectifs. Voir le projet de *Déclaration des droits des peuples autochtones* présentement étudié par la Commission des droits de l'homme, *op. cit.*

pays, du droit d'accès aux ressources de base en eau, y compris par la dégradation de ces ressources<sup>1157</sup>. C'est le sens de l'universalité des droits humains, qui doit représenter une limite effective à la souveraineté des États sur leurs ressources naturelles, comme l'exprimait a contrario le Canada par ses réticences<sup>1158</sup>. La reconnaissance explicite d'un droit à l'eau, au sein du droit international de l'eau et non à la marge, aurait l'utilité incontestable d'inscrire l'obligation des États de répondre à cette exigence avant d'entreprendre d'autres allocations<sup>1159</sup>.

De la même manière, bien que les générations futures soient mentionnées au préambule de la Convention de New York, aucune règle impérative n'exige, dans les utilisations des cours d'eau internationaux, encore moins des ressources en eau en général, la préservation minimale des ressources nécessaires aux écosystèmes pour se reproduire<sup>1160</sup>. Cette exigence est pourtant primordiale afin d'assurer aux générations futures<sup>1161</sup> la disponibilité de cette ressource vitale.

La protection des droits humains recèle ici une dimension collective et transtemporelle, du droit de survivre de communautés entières, aujourd'hui et pour les générations futures, au-delà du droit d'accès à l'eau potable de chacun des membres de ces communautés, dont les États sont redevables. Elle rejoint les enjeux de développement durable et représente bien souvent une application concrète du droit des peuples à disposer de leurs ressources et de leurs moyens de subsistance. Le respect des droits humains ne permettrait donc qu'un usage soutenable des ressources disponibles<sup>1162</sup>, réconciliant ainsi les impératifs de droits humains et de protection de l'environnement.

C'est à l'aune de cette finalité de la dignité humaine que doit être élaborée une véritable politique mondiale de l'eau. Le droit international devra en intégrer les impératifs pour définir des normes susceptibles de résoudre la complexe problématique de l'eau. Une fois constaté l'état du droit international et son incapacité, pour l'heure, à fournir des réponses utiles à cette finalité, ce sont les conditions de son dépassement qu'il faut rechercher. La Déclaration *universelle* des droits de l'homme adoptée en 1948 représente une brèche dans l'édifice du droit international classique, car elle y introduit une dimension téléologique. Les droits

1157. E. Benvenuti, *loc. cit.*, p. 406.

1158. Voir *supra*, note 1072, p. 220.

1159. P.H. Gleick, « The Human Right to Water », *loc. cit.*, p. 499.

1160. *Évaluation générale des ressources en eau douce dans le monde : Rapport du secrétaire général des Nations Unies* (1997). Commission pour le développement durable, New York, 5<sup>e</sup> session, 5-25 avril. E/CN.1997/9. Voir également S. Postel, *Dividing the Waters...*, *op. cit.*, p. 48.

1161. CESCR, Observation générale no 15, *op. cit.*, parag. 11.

1162. E. Benvenuti, *loc. cit.*, p. 406.

humains sont *subversifs*, disait Pierre-Marie Dupuy, et c'est cette brèche qu'il nous faut aujourd'hui élargir pour créer les conditions d'un véritable droit universel; pour que le droit international devienne un véritable *droit des gens*.

Bien que le patrimoine commun de l'humanité ait échoué à traduire juridiquement l'aspiration à plus de justice dont il était à l'origine porteur, cet échec ne dispose aucunement de l'aspiration elle-même et n'économise surtout pas la nécessité de penser l'intérêt public universel, particulièrement dans un contexte où les enjeux touchent les conditions mêmes de la vie et de la survie sur la planète. Au contraire, la nécessité de penser les biens publics à l'échelle mondiale, de plus en plus, saute aux yeux: « En fait, c'est la question de savoir si – et comment – la fourniture des biens publics mondiaux est assurée, qui révélera si la mondialisation est une chance ou une menace<sup>1163</sup>. » Or, l'eau douce est l'exemple par excellence des biens publics politiquement déterminés sur la base de l'intérêt public, de la finalité des droits humains universels.

Il est plus que jamais essentiel, à notre avis, de penser les conditions de la mise en œuvre légitime d'un intérêt public universel. Une telle réflexion revêt non seulement une fonction symbolique primordiale, confrontés que nous sommes à une *gouvernance* qui n'est que gestion technicienne sans démocratie<sup>1164</sup>, mais elle peut aussi donner un cadre aux aspirations diffuses de la société civile sur ce plan: « " L'idée de droit ", c'est la force instituante du droit positif institué; c'est la représentation de l'ordre social désirable qu'une communauté se fait à un moment donné de son histoire; c'est l'image de l'avenir qu'elle projette dans le futur<sup>1165</sup>. »

Le domaine des ressources en eau douce est un de ceux, au plan international, où s'est largement exprimée, dans la dernière décennie, l'aspiration au droit. Historiquement domaine de relations interétatiques par excellence, les ressources planétaires en eau douce sont aujourd'hui devenues un sujet brûlant de *débat public mondial*. À travers ce débat maintenant sorti des coulisses des négociations contractuelles entre États, s'expriment fortement les principales contradictions qui traversent l'ordre international actuel.

La souveraineté, d'une part, ne suffit plus, ni à protéger, ni à répartir équitablement cette ressource vitale qui, partie du territoire des États, n'en est pas moins mobile et inhérente à un cycle global. Devant la

1163. I. Kaul, P. Conceicao, K. Le Goulven et R.U. Mendoza (dir.), *op. cit.*, p. 2.

1164. Pour une analyse du contenu de la gouvernance mondiale actuelle, voir M. Beaud, O. Dollfus, C. Grataloup *et al.* (1999). *Mondialisation: les mots et les choses*, Paris, Karthala, p. 169-185.

1165. F. Ost (1999). *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, p. 183.

circulation globale de la pollution, devant les dégradations des ressources en eau induites par nos modes de développement, y compris la désertification et les changements climatiques, devant l'inégale répartition naturelle, les réponses juridiques issues du principe de souveraineté sont relativement limitées et souvent inefficaces. La souveraineté des États par ailleurs, n'a pas garanti, dans bien des cas, celle des peuples sur leurs ressources et leurs moyens de subsistance, le respect de ces droits humains dont l'apparition dans le droit international a de fait posé une limite, et surtout une responsabilité, à la souveraineté étatique.

L'eau douce est devenue, pourrions-nous dire, un enjeu mondial, sans devenir toutefois l'objet de règles mondiales. Devant le constat largement partagé de la globalité des problèmes, seul le principe de la liberté des échanges a, pour l'heure, trouvé à s'exprimer comme alternative dans cet ordre international toujours fondé sur la souveraineté, le territoire et le consentement comme source du droit. Devant les caractéristiques naturelles de l'eau et du cycle hydrologique et sous la pression de la globalisation, la souveraineté et le territoire s'estompent, mais l'intérêt public ne trouve pas à s'inscrire pour autant. Il lui manque un espace public pour formaliser : « [...] la reconnaissance collective de l'existence d'un certain nombre de valeurs et de biens communs à l'humanité, qui justifient la mise en place de disciplines et de règles communes<sup>1166</sup>. »

Mais ces valeurs, ces finalités, ces « fins communes » de la Charte des Nations Unies, si elles n'arrivent pas à se traduire en normes effectives, sont pourtant largement exprimées, et mettent à nu, dans le débat public mondial autour des ressources en eau, la conscience très nette de l'incapacité du marché, fût-il global, d'apporter des réponses aux problèmes relevés en fonction de ces valeurs et finalités, en fonction de l'intérêt public universel que constituent la paix, la préservation de l'environnement planétaire et les droits humains.

Le renouveau idéologique mondial le plus structuré semble être maintenant celui des droits humains universels [...] C'est le seul aussi qui ne soit pas ancré dans la négation des autres pensées, mais dans l'acceptation de tout ce qui n'est pas contraire... aux droits humains précisément [...] Pour la première fois dans l'histoire de l'humanité, se bâtit, se cherche et s'expérimente un ordre juridique mondial<sup>1167</sup>.

1166. N. Baverez (2002). « Gouverner la mondialisation », dans *Quelle mondialisation ?*, Académie universelle des cultures, Paris, Grasset, p. 129.

1167. F. Lille et F. Verschave (2003). *On peut changer le monde : à la recherche des biens publics mondiaux*, Paris, La Découverte, Sur le vif, p. 105-106.

Les droits humains apparaissent effectivement, de plus en plus, comme le fondement le plus prometteur d'un droit universel : « Parmi tous les biens communs les droits de l'homme ont valeur d'emblème<sup>1168</sup>. » Déjà intégrés dans le droit international, la mesure des conséquences potentielles de leur reconnaissance effective n'a pas encore été entièrement saisie. Limite du pouvoir par nature, comme la loi – « *Law is in its essence primarily a restraint on power*<sup>1169</sup> » – les droits humains peuvent être au fondement radical d'un ordre juridique universel à la fois en tant que finalités et en tant que critères de procédure garantissant la légitimité des processus de détermination et d'application des règles impératives et universelles.

Dans le contexte où nous terminons cette recherche, il est plus que jamais légitime de s'interroger sur la capacité du droit international et des institutions internationales à assurer les conditions du vivre ensemble à l'échelle mondiale. Au pessimisme ambiant propre à la période de la guerre froide où il semblait impossible de faire fonctionner le système international, à l'optimisme naïf d'un *nouvel ordre international* du début des années 1990 alimenté par la fin de la politique des blocs, succède aujourd'hui un ordre impérial, loin du *Rule of Law*, où le droit international se trouve politiquement instrumentalisé, quand il n'est pas tout simplement mis au rancart. Dans un tel contexte, où se déploient largement et sans contrainte les rapports de puissance, le principe de l'égalité souveraineté des États, plus que jamais, montre ses limites, et l'incapacité du droit à traduire cette fiction dans la réalité pour faire entrer les rapports internationaux dans une autre dimension que celle des rapports de force devient particulièrement lisible. Mais au-delà d'un contexte, c'est dans le temps long de l'histoire qu'il importe d'inscrire la réflexion et la recherche d'un ordre juridique universel légitime. La naissance et le développement de la démocratie dans les sociétés nationales fut un long processus, d'ailleurs loin d'être achevé. Nul doute qu'il ne suffira pas de quelques manifestations pour démocratiser la politique internationale !

La lucidité quant à l'état des rapports de force ne doit pas empêcher d'analyser et d'évaluer les options possibles et leur pertinence relative. Un statut et un régime universel pour l'eau douce nous apparaissent ainsi non seulement juridiquement plausibles mais essentiels, même si pour l'heure ils demeurent politiquement improbables, car le maintien de l'ordre et de la stabilité sans justice ne peut, à terme, s'imposer comme

---

1168. B. Badie, *op. cit.*, p. 259.

1169. A.V.W. Thomas et A.J. Thomas Jr (1975). *A World Rule of Law*, Dallas, SMU Press, p. 7.

une finalité légitime. L'eau douce représente cette « chose publique », cette *res publica* par excellence, dont nous devons impérativement assurer la distribution et la préservation, car il en va de notre commune humanité.

Même si, à l'évidence, nous ne disposons pas encore des outils juridiques nécessaires ; même si, à l'évidence, l'espace politique tout autant que la volonté politique font défaut, il importe de poursuivre dans la voie ouverte par la Déclaration universelle des droits de l'homme et d'exiger, inlassablement, la primauté de ces droits, en tant que principe organisateur du monde et du vivre ensemble.