

## **Chasser l'incertitude par l'incertitude ? Le principe de précaution et l'état de nécessité**

Cristina –Maria Arion

En 1980, en concluant son examen de l'état de nécessité comme circonstance excluant l'illicéité, Robert Ago avait affirmé que ce concept est tellement ancré dans la conscience des membres de la communauté internationale et des individus, qu'il était nécessaire de le prendre en compte dans le cadre du travail de codification de la Commission du droit international (ci-après C.D.I.), car s'il était mis à la porte, il reviendrait par la fenêtre, au besoin sous d'autres formes<sup>1</sup>.

Cette affirmation faite par Roberto Ago il y a un quart de siècle peut, dans un sens, avoir une valeur prémonitoire sur un tout autre plan : pour ce qui est de l'invocation du principe de précaution en relation avec l'état de nécessité. L'incorporation du principe de précaution dans la notion d'état de nécessité à travers la codification, évoquée par le Rapporteur spécial James Crawford, mais pas effectuée explicitement, semble toutefois faire son retour par la fenêtre. Comme il sera montré dans cette étude, par un jeu subtil du texte et des *Commentaires aux Articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats*, l'incertitude scientifique est finalement prise en compte.

Par ailleurs, cette fenêtre pourrait être ouverte par l'élargissement de l'état de nécessité écologique. Bien que la Cour internationale de justice (ci-après C.I.J.) s'y soit refusée au regard des circonstances factuelles de l'*affaire du projet Gabčíkovo – Nagymaros*, cet élargissement ne peut pas pour autant être exclu à l'avenir.

À cet égard, cette étude évoquera, non pas à titre de précédent, mais plutôt comme piste de réflexion, la fenêtre ouverte récemment par la jurisprudence française. Par deux décisions de première instance, le tribunal correctionnel d'Orléans, puis celui de Versailles, ont prononcé la relaxe des « faucheurs d'OGM » en faisant droit à leur argumentation basée sur l'état de nécessité, tel que reconnu par le Code pénal français.

À la lumière de ces deux décisions, qui posent ouvertement la question de la conjonction entre l'invocation du principe de précaution et l'état de nécessité, il serait intéressant de s'interroger sur les conséquences possibles d'une telle évolution au niveau du droit international.

De maniement malaisé, maintes fois évoqué et pourtant rarement retenu par la jurisprudence internationale, le concept d'état de nécessité a toutefois été inclus dans le travail de codification de la C.D.I. Dans ce contexte, l'état de nécessité est considéré comme une circonstance excluant l'illicéité d'un acte de l'Etat qui agirait en violation d'une obligation internationale afin de sauvegarder un intérêt essentiel en cas de péril grave et imminent, si d'autres conditions, sur lesquelles nous reviendront, sont en même temps respectées. Cependant de nombreuses incertitudes demeurent en ce qui concerne l'efficacité

---

<sup>1</sup> *Additif au huitième rapport sur la responsabilité des Etats par Robert Ago* (ci-après *Rapport Ago*), A/CN.4/318/Add.5-7(1980) in *Ann. C.D.I.*, 1980, vol. 2, A/CN.4/SER.A/1980/Add.1(part.1), p. 51. V aussi Laursen, «The Use of Force and the State of Necessity», *Vand. J. Transat'l L.*, vol. 37, 2004, p. 493.

de l'encadrement juridique réalisé dans ce cadre<sup>2</sup>, notamment du point de vue de l'élimination des dérives possibles découlant de l'invocation de l'état de nécessité.

D'un autre côté, le principe de précaution lui-même soulève de nombreuses questions. D'origine récente, ce principe renvoie à des notions de bon sens synthétisées par l'adage « mieux vaut prévenir que guérir » et concerne la gestion des risques posés pour la santé humaine ou l'environnement dans des conditions qui sont par définition liées à l'incertitude. En effet, il peut être avancé que la gestion des risques par les autorités publiques compétentes est intimement liée à l'incertitude, car il est assez difficile d'imaginer qu'on puisse avoir des certitudes scientifiques au sujet de tous les risques. De ce fait, l'action des autorités publiques implique nécessairement une dose de prudence ou de précaution puisque le plus souvent elle a lieu avant que les risques soient pleinement connus.

Le principe de précaution vise à donner à cette dose de prudence inhérente à la régulation des risques un rôle plus prééminent et essaye de la formaliser dans le cadre d'un principe postulant l'adoption de mesures préventives nonobstant l'absence de certitudes scientifiques quant au lien de cause à effet entre le risque allégué et l'action envisagée et le fait que les dommages ne se soient pas encore matérialisés. Cependant, le principe de précaution fait l'objet de nombreuses critiques concernant les risques de sur régulation des risques minimes voire, inexistants, l'insuffisante prise en compte des preuves scientifiques ou des coûts économiques, ainsi que des situations où l'action prise au nom de ce principe aboutirait en réalité à créer des risques nouveaux (« risk-risk trade offs »)<sup>3</sup>. Plus généralement, ce qui soulève des inquiétudes c'est l'ambiguïté du principe et les incertitudes liées à son application. En effet, il n'y a pas à ce jour de consensus ni sur la définition du principe de précaution – à tel point qu'on a pu parler « des principes de précaution »<sup>4</sup> -, ni sur les lignes directrices concernant son application. Une foule de questions viennent naturellement à l'esprit : quels sont les éléments qui déclenchent l'application du principe de précaution ? S'applique-t-il à des « risques graves et irréversibles » ou bien « graves ou irréversibles » ? Comment apprécier la gravité des risques ? Quel type de mesures peuvent être mises en œuvre au titre de la précaution ? Quel type de preuve est nécessaire pour autoriser ou interdire un produit/une activité en vertu du principe de précaution ?

Au vu de toutes les interrogations suscitées par ces deux notions, la conjonction du principe de précaution et de l'état de nécessité, devrait justement être regardée avec précaution. Or, ce que l'on constate c'est que d'une part, la notion d'état de nécessité a connu une évolution assez paradoxale dans laquelle la volonté d'encadrement juridique a été accompagnée de l'élargissement constant de cette notion (1) et que, d'autre part,

---

<sup>2</sup> V. à cet égard les interrogations soulevées par Jean Salmon, «Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international ?» in J. Makerczyk (ed.), *Etudes de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, Martinus Nijhoff, La Haye, 1984, pp. 235-270.

<sup>3</sup> F. B. Cross, «Paradoxical Perils of the Precautionary Principle», *Washington & Lee L. Rev.*, vol. 53, 1996, pp. 851-925 ; J. Morris (ed.), *Rethinking Risk and the Precautionary Principle*, Butterworth Heinemann, Oxford, 2000, 294 p ; C. R. Sunstein, *Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, 234 p.

<sup>4</sup> Mme Paule Halley intervention dans les débats au 2<sup>e</sup> colloque annuel du Réseau francophone de droit international, *L'eau douce dans une perspective globale : droits fondamentaux, respect de l'environnement et liberté commerciale*, Québec, 7 mai 2005.

l'influence du principe de précaution ne fait qu'approfondir ce paradoxe et peut donner lieu à des dérives (2).

### 1. Entre élargissement et encadrement juridique : l'évolution paradoxale de la notion d'état de nécessité

Si l'état de nécessité était initialement mis en relation avec le droit d'auto-préservation de l'Etat (A), l'évolution de cette notion en droit international va, par la suite, être étroitement liée à la nécessité d'éviter les abus potentiels. La volonté d'encadrement juridique de la notion ira, paradoxalement, de pair avec l'élargissement de la notion (B).

#### A. L'état de nécessité comme droit de l'Etat: le sens classique de la notion

Concept connu de la plupart des systèmes juridiques<sup>5</sup>, l'état de nécessité a été initialement mis en relation avec la notion d'autoconservation ou auto-préservation<sup>6</sup>. Cette signification de l'état de nécessité peut être retracée jusqu'à Grotius<sup>7</sup>. Ce dernier, dans le cadre d'une analyse des guerres justes, aborde la question d'une action prise afin de préserver sa propre vie du danger, action qu'il juge admissible en vertu de l'état de nécessité<sup>8</sup>. En raisonnant par analogie, Grotius déduira l'existence d'un véritable droit pour l'Etat, dans le contexte d'une guerre juste, d'occuper un territoire neutre s'il a des raisons sérieuses de supposer que l'ennemi pourra se l'approprier et s'il en résulterait un préjudice imminent et irréparable<sup>9</sup>. Cependant, cette hypothèse est assortie de conditions qui encadrent le droit de l'Etat de prendre des mesures qui seraient autrement considérées illégales<sup>10</sup> : l'idée de danger vital et avéré pour l'existence de l'Etat, la condition d'imminence, ainsi que la nécessaire adéquation entre l'utilisation de la propriété des neutres et l'objectif recherché.

Ce que la doctrine retiendra au cours du XIX<sup>e</sup> siècle de cet exposé sera surtout l'idée d'une identification de l'état de nécessité avec un droit subjectif de l'Etat, un droit à l'auto-préservation ou encore à l'existence ou à la défense des intérêts vitaux<sup>11</sup>, impliquant

<sup>5</sup> À tel point que, on a pu le qualifier de concept « universel ». Cf. Barboza, « Necessity (Revisited) in International Law » in J. Makerczyk (éd.), *supra* note 2, p. 27.

<sup>6</sup> Boed, « State of Necessity as a Justification for Internationally Wrongful Conduct », *Yale H. R. & Dev.L.J.*, vol. 3, no. 1/ 2000, p. 4.

<sup>7</sup> *Ibid.*, pp. 4 et 5.

<sup>8</sup> H. Grotius, *The Rights of War and Peace including the Law of Nature and of Nations*, 1625, (trad. A.C. Campbell, New York – London, Walter Dunne, 1901), book II, chap. I, § XII. V. aussi chap. II, § VI-IX pour une discussion dans le contexte du droit de propriété.

<sup>9</sup> *Ibid.*, § X.

<sup>10</sup> Un effort de systématisation de ces conditions a été effectué par B. C. Rodick, *The Doctrine of Necessity in International Law*, New York, Columbia University Press, 1928. On remarquera cependant que l'argumentation de Grotius est dans un sens inséparable de sa conception de la guerre juste.

<sup>11</sup> *Rapport Ago*, *supra* note 1, pp. 16-17, §§7-8 ; Barboza, *supra* note 5, pp. 27–28 ; Dobos, « The Necessity of Precaution: The Future of Ecological Necessity and the Precautionary Principle », *Fordham Env'tl. L. J.*, vol. 13, 2002, p. 376.

la faculté de porter atteinte aux droit des autres Etats<sup>12</sup>. Les potentialités d'abus de la notion sont ainsi évidentes<sup>13</sup> et cela contribuera à l'édification de la « réputation douteuse »<sup>14</sup> de cette notion.

### **B. L'état de nécessité dans les travaux de la C.D.I. : l'émergence de « l'excuse » de nécessité**

L'état de nécessité sera évoqué pour la première fois dans le cadre des travaux de la C.D.I. en relation avec la responsabilité de l'Etat conçue à l'époque par rapport aux dommages causés à la personne ou aux biens des étrangers. Le premier rapporteur spécial, Garcia Amador, inclura dans son troisième rapport<sup>15</sup>, l'état de nécessité comme une des clauses possibles d'exonération de la responsabilité. Ce faisant, il adoptera une position qui deviendra une constante dans les travaux de la C.D.I. : tout en remarquant les incertitudes liées à l'invocation de l'état de nécessité, il affirmera que ces incertitudes, ainsi que les controverses liées à son application commandent précisément la codification, afin d'éviter les abus possibles<sup>16</sup>. La démarche qui sera adoptée par la C.D.I. est plutôt une démarche que l'on pourrait appeler de la consécration indirecte, qui s'appuie sur le silence des instances judiciaires ou encore sur l'acceptation tacite des Etats pour en déduire l'existence valable d'une circonstance excluant l'illicéité<sup>17</sup>. Cependant, le Rapporteur spécial Garcia Amador mettra les bases de la nouvelle approche de l'état de nécessité qui sera désormais conçu non plus comme un droit de l'Etat, mais comme une excuse de son comportement illicite limitée à la défense d'un intérêt qualifié de « vital »<sup>18</sup>.

<sup>12</sup> Salmon, *supra*, note 2, p. 239.

<sup>13</sup> Ce droit a ainsi pu être utilisé par les Etats puissants pour justifier des attaques contre des Etats moins forts. Cf. Barboza, *supra* note 5, p. 27. V. aussi Boed, *supra* note 6, p. 6 et spécialement note 22.

<sup>14</sup> Barboza, *supra* note 5, p. 27.

<sup>15</sup> *Responsabilité de l'Etat à raison des dommages causés sur son territoire à la personne ou au bien des étrangers, Troisième rapport de F. V. Garcia Amador, A/CN.4/111 in Ann. C.D.I.*, vol. 2, 1958, A/CN.4/SER.A/1958/Add.1, p. 52-53.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 54, § 13.

<sup>17</sup> À cet égard le passage suivant sur lequel s'appuie d'ailleurs la démonstration du Rapporteur spécial est édifiant : « les Etats sont bien loin de nier que la nécessité puisse légitimer des actes contraires par eux-mêmes au droit international. Si les Etats intéressés ont contesté, et bien souvent avec raison, l'existence dans le cas dont il s'agissait de la nécessité prétendue d'agir de telle ou telle façon, ils ont également ou bien déclaré expressément, ou bien *sous-entendu clairement*, que dans toute autre circonstances, l'excuse invoquée aurait toute sa valeur : celle-ci est donc admise de manière abstraite, encore qu'elle soit niée dans l'espèce concrète». Extrait de D. Anzilotti, *Cours de droit international public*, 1929, réédité Ed. Pantéhon- Assas/LGDJ, 1999, p. 510, italiques ajoutées.

<sup>18</sup> V. le texte en annexe. Suite à quelques modifications de la structure du projet, l'état de nécessité figurera désormais à l'article 17§2 du projet, mais son contenu restera inchangé, à ceci près qu'il s'agira désormais d'une condition distincte de celle de la force majeure. Cf. *Responsabilité de l'Etat à raison des dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens des étrangers : la réparation du dommage, Sixième rapport de F. V. Garcia*

Lorsqu'en 1961 M. Garcia Amador cessera d'être un membre de la C.D.I., les travaux se concentreront sur la responsabilité des Etats définie, à la suite du rapport de la Sous-commission présidée par M. Roberto Ago<sup>19</sup>, comme l'ensemble des règles secondaires régissant la responsabilité des Etats, sans égard au contenu matériel des obligations dont la violation serait en cause (*i.e* les règles primaires). Dans ce contexte renouvelé des travaux de la C.D.I., l'état de nécessité sera indissociablement lié au nom du Rapporteur spécial Robert Ago, qui élaborera en 1980 une étude systématique de la notion<sup>20</sup>.

La démarche suivie dans le *Rapport Ago* consiste en réalité en une version renouvelée et approfondie de la « consécration indirecte » évoquée *supra*. Le rapport procède à une étude exhaustive des décisions judiciaires et des sentences arbitrales se rapportant, de près ou de loin, à la notion d'état de nécessité, dans le double souci de trouver un fondement à l'acceptation de cette circonstance dans la pratique judiciaire et dans la pratique des Etats et d'en dégager les conditions d'exercice<sup>21</sup>. L'apport principal du *Rapport Ago*, réside, d'ailleurs en continuité sur ce point avec la démarche du précédent Rapporteur spécial, dans la consécration de l'état de nécessité comme circonstance excluant l'illicéité et partant, dans la condamnation sans appel de la vision de celui-ci comme impliquant un quelconque droit subjectif<sup>22</sup>. Son analyse condamne ainsi le prétendu droit à l'existence de l'Etat ou droit d'auto-préservation<sup>23</sup> et montre, de surcroît, que les deux notions ne sont pas indissolublement liées.

Sur le premier point, il affirme qu'il ne s'agit nullement d'un droit au sens de prétention juridiquement protégée, car celui qui invoque l'état de nécessité cherche en réalité à justifier son attitude de ne pas respecter la prétention juridique légitimé d'autrui<sup>24</sup>. Le second point, une fois la « déconnexion » avec l'idée d'autoconservation de l'Etat opérée, implique la nécessité de déterminer les raisons que l'Etat pourrait avancer pour justifier l'état de nécessité<sup>25</sup> et c'est ici qu'intervient le paradoxe lié à la codification de l'état de nécessité. Puisqu'il s'agissait de réfuter une situation où des abus pouvaient être justifiés par le recours à la notion d'auto-préservation, notion qui était librement définie par les Etats eux-mêmes, et qu'il fallait, pour ce faire, essayer de fournir un encadrement juridique de l'état de nécessité, le *Rapport Ago* met en place un critère alternatif censé réduire les risques d'utilisation abusive, celui de la défense d'un « intérêt essentiel » de l'Etat. Pourtant, il y a lieu de se demander si ce critère alternatif implique forcément moins d'abus que le critère précédent, puisque sa mise en place aboutit à un élargissement

---

Amador, A/C.4/131 et Add.I in *Ann. C.D.I.*, 1961, vol. II, A/CN.4/SER.A/1961/Add.1, p. 55.

<sup>19</sup> *Rapport de M. Ago, Directeur de la Sous-commission sur la responsabilité des Etats, Ann. C.D.I.*, 1963. Cf. Allott, « State Responsibility and the Unmaking of International Law », *Harv. J. Int'l.L.*, vol. 29, no. 1/1988, pp. 6–7 pour qui cette distinction « a ranimé » la codification de la responsabilité.

<sup>20</sup> *Rapport Ago, supra* note 1, spécialement pp. 13–63.

<sup>21</sup> *Rapport Ago, supra* note 1., p. 21, § 19.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 16, §7.

<sup>23</sup> *Ibid.*, §§ 7-8.

<sup>24</sup> *Ibid.*, § 9.

<sup>25</sup> *Ibid.*, § 12 .

sensible du concept d'état de nécessité<sup>26</sup> et renferme les potentialités d'une évolution similaire ultérieure, comme d'ailleurs le prouve le sujet qui nous préoccupe actuellement.

Le *Rapport Ago* précise aussi les autres conditions devant encadrer l'utilisation de la notion. Tout d'abord, il s'agit d'une réaction contre un danger « extrêmement grave », pesant « actuellement sur l'intérêt menacé » (condition dite « de l'imminence »<sup>27</sup>) et, en toute logique, l'Etat ne doit pas avoir contribué lui-même à la survenance de ce danger<sup>28</sup>. Ensuite, l'adoption d'un comportement non conforme à ce qui était requis de l'Etat doit avoir été le seul moyen de conjurer le péril grave et imminent (condition du « seul moyen »<sup>29</sup>) ; cette condition serait réputée ne pas être satisfaite s'il existait un autre moyen, y compris plus onéreux, d'arriver au même résultat dans le respect des règles internationales<sup>30</sup>. L'action de l'Etat doit donc être indispensable dans sa totalité à la défense de l'intérêt menacé. Enfin, l'action de l'Etat ne doit pas porter atteinte à un intérêt d'importance comparable ou supérieure de l'Etat envers lequel l'obligation internationale existait (condition dite de « la mise en balance »)<sup>31</sup>. Deux autres limites seront identifiées par le Rapporteur spécial : l'état de nécessité ne pourra être invoqué si l'obligation en cause exclut cette possibilité ou s'il s'agit d'une norme de *jus cogens*<sup>32</sup>.

La C.D.I. suivra l'essentiel des recommandations de son Rapporteur et consacra ces évolutions dans le texte de l'article 33 qui sera retenu dans son projet sur la responsabilité de l'Etat<sup>33</sup>. Mais malgré les efforts du Rapporteur spécial, le résultat de la codification est loin d'être satisfaisant et suscite des inquiétudes quant à la mise en œuvre concrète de cette possibilité d'exonération de la responsabilité. En effet, la tentative « d'appropriation »<sup>34</sup>, consistant à prétendre qu'en enserrant dans de limites étroites le concept d'état de nécessité on pourrait en prévenir les abus, semble avoir échoué. Plusieurs Etats<sup>35</sup>, ainsi que le Président de la C.D.I. de l'époque, M. Pinto, ont exprimé leurs craintes à ce sujet<sup>36</sup>.

---

<sup>26</sup>Le *Rapport Ago* lui-même admet implicitement l'élargissement de la notion puisqu'il précise que cela pourrait concerner un intérêt de l'Etat « autre que la préservation de son existence même » et qu'il « serait vain d'essayer d'établir des catégories d'intérêts », cette notion étant susceptible d'évoluer en fonction des circonstances concrètes où les Etats se trouveraient et finalement appréciable au cas par cas. La raison de ce choix se trouve en réalité ailleurs : le cas où un intérêt autre que la préservation de l'Etat ont été invoqués ont été « plus fréquents et moins contestés que d'autres » (*ibid.*, p. 19, § 12). On remarquera que le *Rapport Ago* fournit une liste non exhaustive d'intérêts essentiels. *Ibid.*, p. 14, §2.

<sup>27</sup> Dobos, *supra* note 11, p. 381.

<sup>28</sup> *Rapport Ago*, *supra* note 1, p. 19, § 13.

<sup>29</sup> Boed, *supra* note 6, p. 16 ; Dobos, *supra* note 11, p. 382.

<sup>30</sup> *Rapport Ago*, précité, p. 19, § 14.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 20, § 15. Boed, *supra* note 6, p. 18; Dobos, *supra* note 11, p. 383.

<sup>32</sup> *Rapport Ago*, *supra* note 11, p. 20, § 16.

<sup>33</sup> *Rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa trente-deuxième session*, A/35/10 in *Ann. C.D.I.*, A/CN.4/SER.A/1980/Add.1(Part 2), pp. 33 – 50. V. le texte de l'article 33 en annexe de cette étude.

<sup>34</sup> L'expression est empruntée au Professeur Jean Salmon, *supra* note 2, p. 263.

<sup>35</sup> *Observations des gouvernements sur la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite*, A/CN.4/342, *Ann. CDI*, 1981, vol. 2, partie 2, Mongolie, p. 77, §7 ; *Commentaires et observations des gouvernements sur*

Le travail de codification de cette disposition se poursuivra sur la même ligne à partir de l'année 1999<sup>37</sup>, sous l'égide du dernier Rapporteur spécial sur la responsabilité des Etats, James Crawford<sup>38</sup>. Lors de la deuxième lecture du Projet d'articles de la C.D.I. sur la responsabilité des Etats, le texte de l'article 25 sera adopté avec une modification à première vue simplement d'ordre rédactionnel, mais qui recèle en réalité les potentialités d'un considérable élargissement de la notion<sup>39</sup>. En effet, le texte adopté en première lecture admettait l'invocation de l'état de nécessité lorsque l'acte en question « était le seul moyen de protéger un intérêt essentiel *de l'Etat* contre un péril grave et imminent » (nous soulignons). À la suite des modifications intervenues en deuxième lecture<sup>40</sup>, il s'agit de protéger désormais un « intérêt essentiel » tout court, ce qui veut dire que ce ne doit pas nécessairement être celui de l'Etat en cause, mais peut concerner un autre Etat ou encore la communauté internationale dans son ensemble. Ceci est reflété aussi dans le critère de la mise en balance des intérêts qui précise désormais que l'action ne doit pas porter atteinte « à l'intérêt essentiel de l'Etat ou des Etats à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble ».

## **2. Le principe de précaution et l'état de nécessité : approfondissement du paradoxe et dérives possibles**

D'un point de vue théorique, le principe de précaution peut influencer de deux manières l'état de nécessité en droit international. La première hypothèse concernerait la prise en compte directe du principe de précaution dans la notion d'état de nécessité. À part cette hypothèse de l'intégration, la deuxième manière dont le principe de précaution pourrait transformer l'invocation de l'état de nécessité concerne l'influence qu'il peut exercer sur les conditions même d'exercice de cette circonstance excluant l'illicéité.

---

*la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites*, Tchecoslovaquie, A/CN.4/362, Ann. CDI, 1983, vol. I, 1 ; *Observations des gouvernements sur la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite*, A/CN.4/342, Ann. CDI, 1981, vol. 2, partie 2, Suède, pp. 78 – 79 .

<sup>36</sup> Intervention de M. Pinto, *Compte rendus analytiques des séances de la trente-deuxième session*, in Ann. C.D.I., 1980, vol. I, A/CN.4/SER.A/1980, 1618<sup>e</sup> séance, 24 juin 1980, p. 167, §2.

<sup>37</sup> La C.D.I. n'est en effet pas revenue sur la première partie de ce projet avant cette date. Le texte de l'article 33 sera repris dans le *Projet d'articles sur la responsabilité des Etats* adopté en première lecture in *Rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa quarante-huitième session*, A/51/10, Ann. C.D.I., 1996, vol. II, p. 63.

<sup>38</sup> *Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats présenté par M. James Crawford, Rapporteur spécial*, (ci-après *Deuxième Rapport*), A/CN.4/498/Add.2(1999), pp. 31 – 41, §§ 275 – 291.

<sup>39</sup> Wittich, « The International Law Commission's Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts Adopted on Second Reading », *Leiden J.I.L.*, vol. 15, 2002, p. 897.

<sup>40</sup> C.D.I., *Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, A.G.N.U., résolution 56/83 du 12 décembre 2001, A/RES/56/83. V. le texte de l'article 25 en annexe de cette étude.

Sur la première forme d'influence, force est de constater que, bien qu'évoquée dans les travaux de la C.D.I., cette démarche n'a pas abouti. La Commission et les Etats ont préféré une solution indirecte, qui n'intègre pas explicitement le principe de précaution. Cependant, l'invocation du principe de précaution n'est pas non plus exclue, de manière indirecte, à travers un jeu subtil du texte des *Articles sur la responsabilité des Etats* et des *Commentaires* (A). En ce qui concerne la deuxième forme d'influence, elle pourrait résulter d'une prise de position jurisprudentielle, ce qui soulève des inquiétudes quant aux dérives possibles (B).

#### ***A. Une prise en compte indirecte du principe de précaution dans les Articles sur la responsabilité des Etats ? Le jeu du texte et des commentaires***

La question du principe de précaution en relation avec la codification de l'état de nécessité est évoquée dans les travaux du dernier Rapporteur spécial sous l'intitulé « la question de l'incertitude scientifique »<sup>41</sup>. Le traitement de ce sujet par M. Crawford est assez surprenant puisque, à aucun moment, la question de la valeur juridique de ce principe en droit international n'est posée, alors que ce sujet occupe une place importante dans les débats doctrinaux et même devant les organes de règlement des différends. Il est intéressant de souligner à cet égard que le Rapporteur spécial Crawford s'appuie sur l'affaire des *Hormones*<sup>42</sup> comme exemple de la prise en compte de l'incertitude scientifique dans le cadre de l'évaluation des risques<sup>43</sup>, mais omet de mentionner l'absence de consécration du statut du principe de précaution. Tout au plus, sur la question du statut du principe de précaution, on est en présence de la conviction du Rapporteur spécial selon laquelle ce principe, dans la formulation qu'on retrouve dans le principe 15 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement<sup>44</sup>, « est largement soutenu »<sup>45</sup>. La mention du principe 15 est d'ailleurs le seul point où une référence est faite au contenu concret du principe de précaution qui est pourtant, lui aussi, âprement débattu en droit international.

Le Rapporteur spécial indique, en revanche, assez clairement, quel est le nœud du problème impliqué par le principe de précaution en relation avec l'état de nécessité. Il s'agit d'une part de la question de la condition de l'imminence du danger et, d'autre part, de savoir si les moyens envisagés sont les seuls utiles pour faire face au danger, autrement dit de la question du seul moyen. Seul le premier point est abordé par M. Crawford qui propose de raisonner par analogie avec le cas de la détresse où, dans le contexte de la codification, il a été admis qu'une personne puisse agir pour sauver une vie humaine à partir du moment où elle est raisonnablement convaincue de l'existence d'une situation de détresse<sup>46</sup>. Il fait ensuite référence à l'Affaire *Gabcíkovo - Nagymaros*<sup>47</sup> où la C.I.J. avait

<sup>41</sup> *Deuxième Rapport, supra* note 38, pp. 38-40, §§ 288-290.

<sup>42</sup> *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, Rapport de l'Organe d'Appel, WT/DS26/AB/R et WT/DS28/AB/R, 16 janvier 1998, § 194.

<sup>43</sup> *Deuxième Rapport, supra* note 38, p. 39.

<sup>44</sup> *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, adoptée le 14 juin 1992 à Rio de Janeiro, *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement*, ONU Doc. A/CONF.151/26/Rev.1 (vol.I), Annexe II.

<sup>45</sup> *Deuxième Rapport, supra* note 38, p. 39, § 289.

<sup>46</sup> *Idem*.

affirmé que l'existence d'incertitudes scientifiques n'est pas suffisante pour établir la réalité d'un péril imminent<sup>47</sup>. En retournant l'argument, M. Crawford affirme qu'il devrait être admis qu'un Etat ne se voie pas interdire l'invocation de l'état de nécessité si le péril était établi « par les preuves raisonnablement disponibles à cet instant-là (issues, par exemple, d'une évaluation des risques valable) si les autres conditions déterminant l'état de nécessité sont réunies »<sup>49</sup>.

Sur cette base, M. Crawford proposera une nouvelle version possible de l'article 25<sup>50</sup> qui retient une formulation légèrement différente, admettant l'invocation de l'état de nécessité contre « un péril grave et imminent dont on ne pouvait raisonnablement exclure l'éventualité selon les meilleurs renseignements dont on disposait ». Cette formulation reste assez vague, mais elle a le mérite de parler non plus de « preuves » mais de « renseignements » disponibles, ce qui semble *a priori* plus conforme à la logique du principe de précaution.

Le Rapporteur spécial suggère, par ailleurs, une autre solution concernant la prise en compte du principe de précaution : il s'agit non pas d'une modification explicite de l'article 25, mais d'une intégration indirecte, par la voie d'une mention dans les commentaires accompagnant le *Projet d'articles sur la responsabilité des Etats*<sup>51</sup>. La justification de cette proposition est, elle aussi, assez contradictoire, puisque M. Crawford affirme que ce qui motive une telle position est la nécessité de « circonscrire l'excuse de nécessité dans des limites étroites »<sup>52</sup>. Ce faisant, il renoue avec la démarche paradoxale déjà observée dans les travaux antérieurs de codification qui consiste à prétendre encadrer juridiquement l'excuse de l'état de nécessité, tout en élargissant constamment sa portée.

Dans le cadre des discussions au sein de la C.D.I., il en est ressorti qu'il serait difficile d'inclure dans l'article 33 une clause sur le principe de précaution<sup>53</sup> et c'est la deuxième alternative, celle de l'intégration indirecte, par voie de mention dans les *Commentaires aux Articles sur la responsabilité des Etats* qui a été retenue. Dans une formulation assez proche de celle proposée par M. Crawford, il est ainsi précisé que « le fait qu'une incertitude demeure quant à l'avenir n'interdit pas forcément d'invoquer cette

<sup>47</sup> C.I.J., *Affaire du projet Gabčíkovo -Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, *Rec* 1997, §§ 54-55.

<sup>48</sup> Cf. *infra* pour une analyse plus détaillée de ce point.

<sup>49</sup> *Deuxième Rapport, supra* note 38, p. 39, § 289, italiques ajoutées.

<sup>50</sup> *Ibid.*, note 563. V. l'extrait en annexe de cette étude.

<sup>51</sup> L'existence d'un tel choix a été admise dans le cadre des discussions au sein de la Sixième Commission. *Rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa cinquante et unième session (1999), Résumé thématique des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa cinquante-quatrième session établi par le Secrétariat*, A/CN.4/504, p. 17, § 55.

<sup>52</sup> *Deuxième rapport, supra* note 38, p. 39, § 289.

<sup>53</sup> Cf. Intervention de M. Crawford, 2592<sup>e</sup> séance, 23 juin 1999, *Comptes rendus analytiques des séances de la cinquante et unième session*, A/CN.4/SR.2592, *Ann. C.D.I.*, 1999, vol. I, p. 191, § 45. Les compte rendus ne font pas clairement ressortir les raisons précises de cette opposition. Toutefois, M. Crawford précise que l'article 33 a remarquablement « survécu aussi parce que la C.I.J. l'a consacré presque mot pour mot dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros* » ce qui expliquerait les réticences au sujet d'une intégration directe.

circonstance si le péril est clairement avéré sur la base des éléments dont on peut raisonnablement disposer au moment considéré »<sup>54</sup>. Les travaux de la C.D.I. aboutissent donc à réaliser un compromis consistant à ne pas explicitement intégrer le principe de précaution, tout en ne l'excluant pas non plus. Compte tenu de l'imprécision de la terminologie employée, il est à craindre que cette intégration indirecte ne soit la source d'abus potentiels à l'avenir.

Cette conclusion s'impose aussi lorsqu'on analyse l'influence indirecte que pourrait exercer le principe de précaution sur l'invocation de l'état de nécessité.

### ***B. L'influence indirecte du principe de précaution sur l'invocation de l'état de nécessité***

Même si pour l'instant la C.I.J. a adopté une attitude plutôt prudente, une intégration du principe de précaution dans l'état de nécessité n'est pas à exclure (1). Une analyse prospective de cette prise en compte du principe de précaution à partir des seules décisions judiciaires disponibles jusqu'à présent, c'est-à-dire la jurisprudence française récente intervenue dans le contexte de poursuites pénales, devrait attirer l'attention sur les dérives possibles (2).

#### *1. L'état de nécessité écologique : un terrain malgré tout fertile pour l'intégration indirecte du principe de précaution ?*

L'arrêt de la Cour dans l'affaire du projet de barrage Gabčíkovo – Nagymaros<sup>55</sup>, tout en confirmant le caractère coutumier de cette circonstance excluant l'illicéité<sup>56</sup>, consacre explicitement l'état de nécessité écologique, même si elle ne reconnaît pas que les conditions aient été remplies en l'espèce.

La Hongrie invoquait un état de nécessité écologique<sup>57</sup> pour justifier la suspension unilatérale, en 1992, du traité conclu en 1977 avec la Tchécoslovaquie visant à construire un système de barrages sur le Danube. La C.I.J. était ainsi confrontée avec les arguments de la Hongrie visant à démontrer que des dommages potentiels ou seulement à craindre<sup>58</sup> découlant du système de barrages fondaient l'état de nécessité écologique<sup>59</sup> l'autorisant à suspendre, puis abandonner les travaux prévus par le traité de 1977. La Hongrie s'appuyait sur de nombreuses études scientifiques tendant non pas à prouver l'existence d'un dommage, mais les fortes probabilités de manifestation de conséquences néfastes d'un

<sup>54</sup> Texte du projet d'articles sur la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *Rapport de la C.D.I., Cinquante-troisième session, 2001, A/53/10*, p. 218, § 16.

<sup>55</sup> C.I.J., *Affaire du projet Gabčíkovo -Nagymaros*, supra note 47, p. 7.

<sup>56</sup> *Ibid.*, § 51. V aussi § 53 sur les conditions d'exercice de l'état de nécessité telles que formulées à l'article 33 du *Projet d'articles sur la responsabilité des Etats* qui sont considérées comme reflétant le droit international coutumier.

<sup>57</sup> *Ibid.*, § 40.

<sup>58</sup> Dupuy, «Le principe de précaution, règle émergente du droit international général » in Ch. Leben; J. Verhoeven (eds), *Le principe de précaution. Aspects de droit international et communautaire*, Université Pantheon Assas (Paris II), LGDJ, Paris, 2002, pp. 108-109. L'auteur a été conseil de la Hongrie dans cette affaire.

<sup>59</sup> C.I.J., *Affaire du projet Gabčíkovo –Nagymaros*, supra note 47, §§ 40-44.

point de vue environnemental, hydrologique et géologique à moyen et long terme<sup>60</sup>. Elle invoquait donc explicitement le principe de précaution en relation avec l'état de nécessité<sup>61</sup>.

La C.I.J. refusera de suivre l'argumentation de la Hongrie. Si elle admet, comme déjà précisé, que les considérations écologiques puissent constituer un intérêt essentiel de l'Etat susceptible de fonder l'invocation de l'état de nécessité, la portée de cette affirmation est « minimisée »<sup>62</sup> par le traitement qu'elle réserve à la condition de l'existence d'un « péril grave et imminent ». Elle refuse ainsi d'admettre que la simple évocation d'incertitudes écologiques liées à la mise en œuvre du projet soit suffisante pour que la condition du péril grave et imminent soit satisfaite<sup>63</sup>. L'analyse de la Cour au paragraphe 54 de l'arrêt exclut en de termes, *a priori* très forts, toute mention au principe de précaution, puisqu'elle est basée sur une terminologie empreinte de la notion de certitude<sup>64</sup>.

Si l'on regarde les deux termes de la condition du péril imminent, on constate que la Cour est relativement stricte quant à la définition du péril, alors qu'elle assouplit la condition de l'imminence pour lui permettre d'intégrer les périls dont les effets se manifesteraient à long terme. Elle semble concevoir le péril, au sens de l'état de nécessité, comme impliquant nécessairement une dose de certitude et de prévisibilité<sup>65</sup>. Il nous semble que la Cour essaye en cela d'être cohérente avec la logique de l'état de nécessité, circonstance excluant l'illicéité qui devrait être admise uniquement dans des circonstances exceptionnelles. Il est significatif à cet égard le fait que la C.I.J. examine la question de l'existence ou pas d'un péril grave et imminent, alors qu'elle aurait pu commencer son analyse sur les autres conditions de l'état de nécessité, qui n'étaient pas remplies en l'espèce<sup>66</sup>, ce qui, logiquement l'aurait dispensé de l'examen du premier problème, étant donné le caractère cumulatif des critères à remplir pour l'admission de cette excuse. Le fait

<sup>60</sup> Plaidoirie de P.-M. Dupuy, CR/97/6.

<sup>61</sup> Cependant, le choix stratégique de la défense de la Hongrie consistait à ne pas s'appuyer exclusivement sur le principe de précaution, mais de mettre en avant le fait que celui-ci n'était que la version la plus moderne du principe de prévention. V. Dupuy, *supra* note 58.

<sup>62</sup> Lanfranchi ; Maljean-Dubois, «Le contrôle du juge international : un jeu d'ombres et de lumières» in S. Maljean-Dubois (ed), *L'effectivité du droit européen de l'environnement. Contrôle de la mise en œuvre et sanction du non-respect*, CERIC et La Documentation Française, Paris, 2000, p. 265.

<sup>63</sup> C.I.J., *Affaire du projet Gabčíkovo –Nagyymaros*, *supra* note 47, §54.

<sup>64</sup> Ph. Sands, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2<sup>e</sup> éd., 2003, p. 275.

<sup>65</sup> La Cour constate que les risques allégués par la Hongrie s'inscrivaient dans le long terme, mais elle ajoute immédiatement «surtout, ils demeuraient incertains» ou encore «et – élément plus important – demeurait incertain». C'est donc véritablement l'absence de certitude qui est mise en cause dans cette analyse. Dans le même sens va l'argument de la C.I.J. selon lequel le rapport du *Comité ad hoc* de l'Académie des sciences de Hongrie du 23 juin 1989, qui avait fondé la décision hongroise de suspendre les travaux, n'exprime pas la conscience d'un péril avéré, ni même un péril précis s'inscrivant dans le long terme. *Affaire du projet Gabčíkovo –Nagyymaros*, *supra* note 47, § 55 et 56.

<sup>66</sup> La C.I.J. a en effet considéré que la Hongrie disposait en 1989 d'autres moyens que la suspension, puis l'abandon des travaux dont elle était chargée en vertu du traité de 1997. De plus, elle avait contribué par son action ou son omission à la survenance de cet état de nécessité. *Ibid.*, §§ 56-57.

qu'elle choisisse de se prononcer sur la condition de l'imminence semble dénoter sa volonté de ne pas céder au paradoxe de l'état de nécessité, mis en avant ci-dessus, qui a affecté les travaux de la C.D.I.

Toutefois, cette affirmation doit être nuancée, puisque la position de la C.I.J. n'est pas cohérente jusqu'au bout. Il peut être affirmé, sur la base de l'arrêt, qu'elle reconnaît au moins implicitement la pertinence sinon du principe de précaution, du moins de la notion de précaution<sup>67</sup>. Lorsque la Cour examine l'argument de la Hongrie qui invoquait les nouvelles exigences du droit international de l'environnement comme s'opposant à l'exécution du traité, elle affirmera que les nouvelles normes apparues dans ce contexte n'avaient pas eu pour effet de mettre fin au traité, mais qu'en revanche, les parties pouvaient en tenir compte d'un commun accord. Les clauses environnementales du traité de 1997 exigeaient, selon la Cour, « une disposition réciproque à discuter de bonne foi des risques réels et potentiels pour l'environnement »<sup>68</sup>. Elle souligne également « la conscience que l'environnement est vulnérable et la reconnaissance de ce qu'il faut continuellement évaluer les risques écologiques se sont affirmées de plus en plus dans les années qui ont suivi la conclusion du traité »<sup>69</sup>. Enfin, elle observe que « les Parties s'accordent sur la nécessité de se soucier sérieusement de l'environnement et de prendre les mesures de précaution qui s'imposent, mais elles sont en désaccord sur les conséquences qui en découlent pour le projet conjoint »<sup>70</sup>. Lorsqu'elle aborde la question des obligations de parties à l'égard du traité pour l'avenir, la Cour semble aussi se référer implicitement à la précaution, en même temps qu'elle consacre expressément le principe de prévention des dommages environnementaux et le concept de développement durable<sup>71</sup>. Les affirmations de la C.I.J dans ce contexte laissent perplexe, tant elles semblent en contradiction avec la position stricte adoptée par la Cour en matière d'état de nécessité. L'explication se trouve peut-être dans la formule utilisée au paragraphe 134 : « ce qui aurait pu être une application correcte du droit en 1989 ou 1992, si l'affaire avait été soumise à la Cour à l'époque, pourrait représenter un mal-jugé en 1997 ».

En effet, l'essentiel de l'analyse liée à l'état de nécessité s'effectue par rapport à la situation et par conséquent au droit international tel qu'il existait en 1989. Les travaux de la C.D.I. auxquels la Cour fait référence dans son arrêt, et plus particulièrement, le *Rapport Ago*, ne pouvaient pas intégrer la notion de précaution qui n'existait pas en droit international en 1980<sup>72</sup>. De plus, en 1989, le principe de précaution était tout au plus une règle émergente du droit international<sup>73</sup>. La position de la Cour et son apparente rigidité à l'égard de l'état de nécessité en conjonction avec le principe de précaution semblent en réalité purement contextuelles. Il n'est pas, par conséquent, exclu que cette position puisse évoluer à l'avenir et que la Cour se décide de franchir le cap de la reconnaissance d'un état de nécessité écologique dans un contexte d'incertitude scientifique. Cette notion pourra

---

<sup>67</sup> Hey, «International Water Law Placed in Contemporary Environmental Context : the Gabčíkovo-Nagymaros Case», *Phys. Chem. Earth*, 2000, vol. 25, no. 3, p. 306.

<sup>68</sup> C.I.J., *Affaire du projet Gabčíkovo – Nagymaros*, *supra* note 47, § 112.

<sup>69</sup> *Idem*.

<sup>70</sup> *Ibid.*, § 113.

<sup>71</sup> *Ibid.*, § 140.

<sup>72</sup> Dobos, *supra* note 11, p. 387.

<sup>73</sup> Sands, *supra* note 64, p. 275.

donc constituer malgré tout un terrain fertile pour une intégration indirecte du principe de précaution<sup>74</sup>.

## 2 Les leçons de la jurisprudence française : des dérives possibles

La question de l'état de nécessité en relation avec le principe de précaution s'est récemment posée devant les juridictions françaises et ces décisions récentes tranchent nettement avec les solutions antérieurement retenues par les juridictions françaises quant à la possibilité d'invoquer l'état de nécessité dans ce contexte<sup>75</sup>. Par un jugement rendu le 9 décembre 2005, le tribunal correctionnel d'Orléans a prononcé la relaxe de 49 faucheurs volontaires de plantes génétiquement modifiées cultivées par la société Monsanto en reconnaissant que ceux-ci avaient agi dans le cadre de l'état de nécessité<sup>76</sup> telle que prévu à l'article 127(7) du Code pénal français. La même solution sera retenue le 12 janvier 2006 par le tribunal correctionnel de Versailles<sup>77</sup>. L'importance de ces prises de position jurisprudentielles ne doit pas être surestimée, puisqu'elles peuvent être encore renversées<sup>78</sup>, mais il est intéressant d'analyser cette question pour pouvoir tirer les conséquences d'une intégration du principe de précaution dans l'état de nécessité au niveau international.

Le jugement du tribunal correctionnel d'Orléans dans l'affaire *Sté Monsanto c. Dufour* est exceptionnellement dense et montre la disponibilité du juge français d'adapter la notion d'état de nécessité à l'évolution des intérêts supérieurs de la société qu'elle est censée défendre. Le juge n'hésite pas à se référer à la Charte de l'environnement adjointe à la Constitution française en 2004, qui constitutionnalise le principe de précaution en droit français<sup>79</sup>, et aussi au contexte international, notamment le Protocole de Carthagène, ainsi que le droit communautaire dérivé, qui est aussi empreint de précaution.

Il est intéressant de souligner que tant la Société Monsanto, que le Procureur avaient pris le parti de ne pas fournir d'analyses scientifiques considérant que la substance de la

---

<sup>74</sup> À cet égard, il existe déjà des positions doctrinales qui essayent d'élaborer sur cette intégration jurisprudentielle du principe de précaution dans l'état de nécessité et de réfléchir sur la manière de définir les limites de cette reconnaissance. Cf. Dobos, *supra* note 11.

<sup>75</sup> Selon les décisions des Cours d'appel de Grenoble et Bordeaux, le risque de diffusion de gènes dans l'environnement ne constituerait pas un danger actuel et imminent rendant nécessaire la violation du droit de propriété privée. Cass. crim. 18 février 2004, no. 03- 82.951.

<sup>76</sup> T. Corr. Orléans, 9 décembre 2005, *Sté Monsanto c. Dufour e.a.*, 2345/ S3/2005. V. aussi Gossement, «Le fauchage des OGM est-il nécessaire ? Réflexions sur la relaxe des faucheurs volontaires par le tribunal correctionnel d'Orléans», *Environnement*, janvier 2006, pp. 9-14.

<sup>77</sup> La décision est pour l'heure introuvable en format officiel. Si l'essentiel de l'argumentation est le même, par souci d'exactitude, les références dans cette partie porteront essentiellement sur l'affaire *Monsanto c. Dufour*.

<sup>78</sup> Depuis notre intervention au colloque, la décision dans l'affaire *Sté Monsanto c. Dufour e.a.* a été rejetée par la Chambre corectionnelle de la Cour d'appel d'Orléans, le 27 juin 2006. Elle est actuellement pendante devant la Cour de cassation. Dans la deuxième affaire, l'appel interjeté par Monsanto et le Procureur devant la Cour d'appel de Versailles est toujours pendant.

<sup>79</sup> Article 5, Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1<sup>er</sup> mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, *J.O.* n° 51 du 2 mars 2005, p. 3697.

controverse scientifique (l'innocuité ou pas des OGM) n'était pas l'objet du recours. Si cette position est parfaitement soutenable, puisqu'elle revient à dire qu'étant données les incertitudes entourant la question des OGM, cette question est en réalité « indécidable en droit »<sup>80</sup>, force est de constater qu'elle nuira aux intérêts de Monsanto et du Procureur.

Le juge n'hésitera pas à caractériser lui-même l'existence d'un risque posé par les OGM afin de déterminer s'ils constituent ou non un danger actuel ou imminent susceptible de fonder l'état de nécessité. En analysant les risques posés par les OGM, le tribunal d'Orléans constatera que le principal problème consiste en « une diffusion incontrôlée de gènes modifiés dans l'environnement » du fait même des essais en plein champ. Il identifie deux formes principales de manifestation de cette diffusion de gènes : la pollinisation des plants de la même espèce originellement non-transgéniques et le transfert des gènes soit au profit d'une espèce apparentée, soit au profit d'une bactérie ou un champignon du sol. Or, les OGM détruits par les faucheurs étaient une variété de maïs résistante à l'utilisation de l'herbicide Roundup et le tribunal constate que le risque de transfert génétique direct n'est pas en cause pour le maïs, du fait de l'inexistence d'une espèce sauvage apparentée. Il remarque, par contre, que la transmission de gènes par échange avec les bactéries ou les champignons du sol et la diffusion par pollinisation seraient prouvées<sup>81</sup>.

Par la suite, le juge admet que les risques posés par les OGM ne sont pas avérés, les effets de l'insertion d'un gène dans l'organisme receveur restant imprévus et indéterminés pouvant aller jusqu'à des anomalies grossières chez les animaux et les plantes et, à un degré moindre, favoriser l'essor des toxines et d'allergènes dans les plantes destinés à l'alimentation. Ce serait un problème inhérent à cette technique de modification génétique, qui serait doublé par un problème lié à l'instabilité des lignées génétiques. Le tribunal choisit donc de se prononcer directement sur le bien fondé des OGM eux-mêmes et il adopte une attitude empreinte de précaution, mais aucun commencement de preuve scientifique n'est apporté au soutien de cette condamnation de principe.

Il s'attache ensuite à démontrer que ces problèmes inhérents à la technique même de la modification génétique ne sont que magnifiés par les essais en plein champ. La pollinisation ne peut pas être efficacement empêchée par une barrière anti-pollinisation, et là encore, le tribunal ne cite pas d'argumentation scientifique mais plutôt l'avis d'un membre de la Commission du génie biomoléculaire<sup>82</sup> selon lequel il est possible de limiter fortement les risques de pollinisation à travers la mise en place de cette barrière, mais il ne serait pas possible de parvenir au risque zéro, quelques grains de pollen allant polliniser les champs voisins. Pour le tribunal, c'est une preuve que les mesures de précaution essentielles imposées dans l'avis positif de la Commission du génie biomoléculaire lors de l'autorisation des essais en plein champ seraient inefficaces. Il constate ensuite que la diffusion des gènes par le transfert au profit d'une bactérie ou champignon du sol ne bénéficie d'aucun moyen de protection et qu'il ne s'agirait pas d'une spéculation théorique alarmiste, mais d'une préoccupation bien réelle puisque consignée dans la directive 2001/18/CE du 12 mars 2001 qui affirme, dans son considérant no. 4, que les OGM

<sup>80</sup> Gossement, *supra* note 76, p. 10.

<sup>81</sup> Le tribunal s'appuie essentiellement sur une seule analyse scientifique résultant d'une table ronde contradictoire sur le thème « Les enjeux environnementaux des OGM », Assemblée nationale, Rapport no. 2254, tome 2, rapport du procès-verbal de la séance du 2 février 2005.

<sup>82</sup> Intervention de M. Antoine Messean, *ibid.*, note 150.

disséminés dans l'environnement peuvent se reproduire et franchir les frontières des autres Etats et que cette dissémination peut produire des effets irréversibles sur l'environnement. La mention de cette directive semble faire office, pour le juge français, d'argument scientifique faisant autorité ce qui semble pour le moins surprenant.

En tirant les conséquences de cette analyse, le tribunal d'Orléans conclut au plan juridique : « le transfert incontrôlés de gènes modifiés, ainsi analysé au plan biologique, *constitue un danger actuel ou imminent pour le bien d'autrui*, en ce sens, en premier lieu, qu'il *peut* être la source d'une contamination et d'une pollution environnementale non désirée, affectant des cultures traditionnelles, filières avec ou sans label de garantie, ou des cultures biologiques élaborées sous contrôle »<sup>83</sup>.

La conclusion est loin de s'imposer d'elle-même. À supposer que l'on accepte la pertinence de l'argumentation quasi-scientifique menée par le tribunal, qui n'est fondée sur aucune preuve scientifique au sens stricte, mais sur la discussion des mérites et des risques des OGM dans le contexte d'une enquête parlementaire, tout ce qu'elle établit, c'est que la possibilité de la contamination existe. Il est significatif à cet égard le fait que le tribunal ne choisit pas entre les qualifications du danger requises par la loi pénale française et se borne à qualifier le danger d'« actuel ou imminent »<sup>84</sup>, puisqu'en réalité il n'établit ni le caractère actuel, ni le caractère imminent de cette menace, mais tout au plus le caractère plausible de la pollution de l'environnement.

Toute la tension inhérente à l'intégration du principe de précaution dans l'état de nécessité devient ainsi tangible. L'exercice relève en réalité de la logique de la conciliation des contraires puisque le principe de précaution pose le caractère potentiel du risque et l'état de nécessité son caractère actuel et imminent. Finalement, l'intégration indirecte du principe de précaution fournit au juge l'opportunité de se prononcer d'une manière subjective et arbitraire. Puisqu'il est manifestement mal équipé pour aborder les questions scientifiques complexes liées aux risques post-industriels qui constituent le champ d'application de prédilection du principe de précaution, en l'absence d'une expertise scientifique objective reposant sur une évaluation scientifique des risques, la décision du juge sera finalement motivée par sa conviction et sa perception de la technique en cause et par sa perméabilité plus ou moins grande aux préoccupations environnementales.

Ceci est évident lorsqu'on regarde les arguments fournis par le tribunal d'Orléans pour souligner le caractère réel de cette pollution. Il examine ainsi les conséquences de cette pollution sur les cultures agricoles traditionnelles bénéficiant d'un label ou d'un agrément qui pourrait être retiré du fait de ce risque de contamination. Il cherchera ainsi confirmation du fait qu'il s'agit d'un danger réel dans les opinions émises par deux agriculteurs (l'un exploitant en mode biologique et l'autre exploitant un troupeau de charolais suivant une méthode traditionnelle) qui ont souligné l'impossibilité de préserver leur mode traditionnel de production du fait des risques de contamination accidentelle. Le tribunal croît, en outre, trouver un argument en faveur de la réalité et de l'actualité de ce danger dans la procédure judiciaire initiée par 50 agriculteurs biologiques du Saskatchewan, au Canada, en suite de la constatation de pollutions de leur culture par des gènes modifiés. Cependant, il omet de préciser que ceux-ci ont été déboutés, en première instance, de leur action collective introduite en 2003 contre Monsanto et Aventis devant le Tribunal de Saskatoon. En résumant la position du tribunal, il semble bien que ce qui la

---

<sup>83</sup> Italiques ajoutées.

<sup>84</sup> Plus loin dans la décision, le danger est cependant qualifié d'actuel et imminent.

fonde est le caractère irréversible du risque mais cette condition n'est nullement équivalente à l'imminence.

### **3 Conclusion : des précautions à prendre avec l'incorporation du principe de précaution dans l'état de nécessité**

Outre la raison mentionnée, celle qui concerne la condition de l'imminence et l'appréciation forcément subjective et arbitraire qui s'ensuivrait à partir du moment du moment où on équivaldrait potentiel ou plausible avec réel et imminent, il y a d'autres raisons qui devraient couper net aux élans d'élargissement de l'état de nécessité au niveau international.

Une question générique concerne la question de l'incertitude scientifique : sur quelle base et quel type de preuves devraient être considérées suffisantes pour reconnaître que la condition d'imminence est satisfaite au sens de l'état de nécessité ? L'étude du jugement du tribunal correctionnel d'Orléans souligne combien il est difficile de reconnaître un péril grave et imminent lorsque le risque est mal caractérisé.

Pour ce qui est de la condition du seul moyen, l'incorporation du principe de précaution dans l'état de nécessité est aussi problématique. En effet, sur quelle base déterminer que l'action dictée par le principe de précaution était *le seul moyen*, pour l'Etat qui invoque l'état de nécessité, de sauvegarder un intérêt essentiel, compte tenu de l'incertitude qui entoure le point de savoir ce que le principe de précaution permet comme type d'action ?

Une autre question concerne le test de la mise en balance des intérêts essentiels impliqué par l'invocation de l'état de nécessité en droit international. Si en droit interne la question est a priori plus facile à régler, en raison du caractère intégré de la société, en droit international, le caractère décentralisé de la société internationale devrait inciter à une plus grande prudence puisque l'intégration du principe de précaution pourrait venir alimenter des tendances unilatéralistes

D'un autre côté, si l'on admet que le but principal du principe de précaution est d'accorder finalement la priorité à des considérations liées à la santé et à l'environnement<sup>85</sup>, la conséquence du point de vue du test de la mise en balance des intérêts serait que celui-ci serait privé de toute utilité.

Au total, on constate que l'intégration du principe de précaution dans l'état de nécessité, fait naître une situation d'incertitude difficilement conciliable avec l'idée selon laquelle cette clause d'exclusion de l'illicéité serait soumise à des conditions strictes et admissible uniquement dans des circonstances exceptionnelles. La question posée dans le

---

<sup>85</sup> Cette affirmation est illustrée, dans un contexte régional, par la position du T.P.I.C.E. dans l'affaire *Artogodan*. V. TPICE, aff. jtes. T-74/00, T-76/00, T-83/00 à T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, *Artogodan GmbH e.a. c. Commission*, 26 novembre 2002, *Rec.* 2002, I- 01489, § 183. En même temps que le Tribunal reconnaît le principe de précaution comme un principe général du droit communautaire, il précise quel est le contenu concret des obligations impliquées par ce principe dans le contexte de la C.E. : les considérations liées à la santé et à l'environnement doivent primer sur les considérations économiques.

titre de cette étude trouve ainsi tout son sens : peut-on véritablement chasser l'incertitude scientifique au moyen du transfert de l'incertitude vers l'état de nécessité ?

## Annexe

### ***Article 17§2 (Projet du Rapporteur spécial Garcia Amador, 6<sup>e</sup> rapport, 1961)***

L'Etat n'est pas responsable des dommages causés aux étrangers si les mesures qu'il a prises sont dues à un état de nécessité occasionné par un danger grave et imminent qui menace un intérêt vital de l'Etat, à condition que ce dernier ne l'ait pas provoqué et qu'il n'ait pas pu l'écartier par d'autres moyens.

### ***Article 33 (Proposition du Rapporteur spécial Ago telle que retenue par la C.D.I., 1980)***

1. L'état de nécessité ne peut pas être invoqué par un Etat comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait de cet Etat non conforme à une de ses obligations internationales, à moins que
  - a) ce fait ne n'ait constitué le seul moyen de sauvegarder un intérêt essentiel dudit Etat contre un péril grave et imminent ; et que
  - b) ce fait n'ait pas gravement porté atteinte à un intérêt essentiel de l'Etat à l'égard duquel l'obligation existait
2. En tout état de cause, l'état de nécessité en peut pas être invoqué par un Etat comme une clause d'exclusion d'illicéité
  - a) si l'obligation internationale à laquelle le fait de l'Etat n'est pas conforme découle d'une norme impérative de droit international général ; ou
  - b) si l'obligation internationale à laquelle le fait de l'Etat n'est pas conforme est prévue par un traité qui, explicitement ou implicitement, exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité ; ou
  - c) si l'Etat en question a contribué à la survenance de l'état de nécessité.

### ***Article 25 (version retenue dans les Articles de la CDI adoptés en 2<sup>e</sup> lecture)***

1. L'État ne peut invoquer l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à l'une de ses obligations internationales que si ce fait:
  - a) constitue pour l'État le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent; et
  - b) ne porte pas gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'État ou des États à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble.
2. En tout cas, l'état de nécessité ne peut être invoqué par l'État comme cause d'exclusion de l'illicéité:
  - a) si l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité; ou
  - b) si l'État a contribué à la survenance de cette situation.

### ***Modification suggérée par le Rapporteur spécial Crawford, Deuxième rapport, 1999***

« Article 25 1. (...) »

a) ce fait n'ait constitué le seul moyen de sauvegarder un intérêt essentiel dudit Etat contre un péril grave et imminent *dont on ne pouvait raisonnablement exclure l'éventualité selon les meilleurs renseignements dont on disposait.* » (italiques ajoutées)

### ***Commentaires aux Articles de la CDI adoptés en 2<sup>e</sup> lecture, 2001, A/53/10, p. 218, § 16.***

« le fait qu'une incertitude demeure quant à l'avenir n'interdit pas forcément d'invoquer cette circonstance si le péril est clairement avéré sur la base des éléments dont on peut raisonnablement disposer au moment considéré »