

EUI WORKING PAPERS

LAW No. 2006/06



Le droit à l'eau, un droit international?

PIERRE-MARIE DUPUY



EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE

Department of Law

**EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE
DEPARTMENT OF LAW**

Le droit à l'eau, un droit international?

PIERRE-MARIE DUPUY

EUI Working Paper **LAW** No. 2006/6

This text may be downloaded only for personal research purposes. Any additional reproduction for such purposes, whether in hard copies or electronically, require the consent of the author. If cited or quoted, reference should be made to the full name of the author(s), editor(s), the title, the working paper, or other series, the year and the publisher.

ISSN 1725-6739

© 2006 Pierre-Marie Dupuy

Printed in Italy
European University Institute
Badia Fiesolana
I – 50016 San Domenico di Fiesole (FI)
Italy

<http://www.iue.it/>
<http://cadmus.iue.it/dspace/index.jsp>

ABSTRACT

A growing number of international instruments tend to define in human rights terms a "right to water" possessed by each individual. How to define this right? Is it already admitted in positive international law and how to compare it with the classical customary rules of public international law governing, among others, the use of natural resources?

KEYWORDS

human rights - territory - environment - sovereignty

Le droit à l'eau, un droit international?

par Pierre-Marie Dupuy¹

Professeur à l'Université de Paris II et à l'Institut Universitaire Européen – Florence

Depuis au moins deux décennies est affirmé avec de plus en plus de force et de constance un nouveau droit de la personne que l'on désigne généralement sous le nom de « droit à l'eau ». Ainsi que le définit le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, « le droit à l'eau consiste en un approvisionnement suffisant, physiquement accessible et à un coût abordable, d'une eau salubre et de qualité acceptable pour les usages personnels et domestiques de chacun »². Ainsi le droit international positif le plus contemporain incite-t-il à se pencher sur les développements qu'est appelé à connaître un domaine placé à la conjonction du droit des eaux, du droit de l'environnement et des droits de l'homme³.

Dans la Convention sur les droits de la femme, l'article 14, paragraphe 2, dispose que les Etats parties doivent assurer aux femmes le droit de « bénéficier de conditions de vie convenables, notamment en ce qui concerne [...] l'approvisionnement en eau ». De même, à l'article 24.2 de la Convention relative aux droits de l'enfant, il est fait obligation aux Parties de lutter contre la maladie et la malnutrition grâce « à la fourniture d'aliments nutritifs et d'eau potable ». Mais on aurait déjà pu trouver des émergences antérieures du même droit en droit international humanitaire; par exemple, aux articles 85, 89 et 127 de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre de 1949 ou aux articles 5 et 14 du Protocole additionnel II aux Conventions de Genève de 1977.

Plus tard, des instruments relatifs à la protection de l'environnement énonceront également le droit à l'eau en termes de droit de la personne. Ainsi en est-il notamment au préambule de la Déclaration de Mer Del Plata de la Conférence des Nations Unies sur l'eau. Il en est de même au paragraphe 18.47 d'Action 21, programme qui accompagne le rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement tenue à Rio en juin 1992. La Convention de New York sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation adoptée en 1997 demandera quant à elle qu'"une attention spéciale [soit] accordée à la satisfaction des besoins humains essentiels" (art. 10 par. 2)⁴.

¹ La présente étude a été établie en parallèle à un article consacré par le même auteur à ce même sujet et destinée à paraître aux Mélanges offerts au professeur Lucius Caflish sous le titre « Le droit à l'eau : droit de l'homme ou droit des Etats ? ».

² Comité des droits économiques, sociaux et culturels. Vingt-neuvième session (2002), Observation générale n°15 : le droit à l'eau, Doc. ONU HRI/GEN/1/Rev. 7, p. 116, §2.

³ Voir Laurence Boisson de Chazournes, Les ressources en eau et le droit international, Académie de droit international de La Haye, Nijhoff, 2005.

⁴ Voir P.M.Dupuy, Les grands textes de droit international public, 4^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2004, p. 752.

Plus généralement encore, le principe n°2 du Programme d'action constituant le Rapport de la Conférence internationale sur la population et le développement tenue au Caire en septembre 1994 fera mention du même droit, par la suite régulièrement réitéré dans une série d'instruments programmatiques du même type.

Le plus ambitieux d'entre eux est sans doute la résolution 55/2 adoptée par l'Assemblée générale de l'O.N.U. en l'an 2000, dite aussi « Déclaration du Millénaire ». Ce texte comporte une suite de chapitres énonçant les objectifs des chefs d'Etats et de gouvernement solennellement réunis à cette occasion. Au titre du chapitre III, relatif au développement et à l'élimination de la pauvreté, l'engagement (moral) est ainsi pris « de 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 ».

Un peu plus tard dans le même texte, au chapitre IV intitulé « Protéger notre environnement commun », il est promis de « mettre fin à l'exploitation irrationnelle des ressources en eau, 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. »

Bien entendu, on n'oubliera pas ici le caractère juridiquement hétérogène des textes que l'on vient de citer. Certains sont des conventions multilatérales à objet spécial. D'autres sont des engagements très généraux seulement énoncés dans des instruments sans portée juridique obligatoire. Certains, y compris parmi les conventions citées, se contentent, telle la Convention de New York de 1997, d'inviter les Etats à une diligence particulière en ce qui concerne la satisfaction des besoins essentiels des populations concernées; d'autres, au contraire, comme les conventions sur les droits de la femme ou ceux de l'enfant, énoncent de véritables obligations à la charge des Etats Parties.

Quoiqu'il en soit, au-delà de leurs différences statutaires et substantielles, l'accumulation de ces manifestations de volonté contribue sans doute à l'affirmation progressive d'un « droit à l'eau » envisagé comme un droit de l'homme ou, si l'on préfère, un « droit de la personne », les deux termes étant ici utilisés indifféremment. C'est pour prendre acte de cette tendance lourde qu'aux Nations Unies, la Sous Commission de la protection et de la défense des droits de l'homme a adopté le 25 juin 2002 sur la base des travaux préliminaires de Monsieur El Hadji Guissé, une étude sur le « 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 »⁵.

Ce document fait écho, dans l'ordre des droits de l'homme en général, à l'importante « Observations générale » adoptée également en 2002⁶ par le Comité sur les droits économiques sociaux et culturels dans le cadre du Pacte dont il a la charge de veiller à l'application. Cette « Observation générale » est intitulée « le droit à l'eau »; elle s'appuie sur diverses dispositions du Pacte dont elle relève à juste titre que sans mentionner explicitement un tel droit, elles l'impliquent directement. C'est ainsi que l'article 11.1 énonce de façon non exhaustive un certain nombre de droits découlant de celui à un « niveau de vie suffisant » cependant que le paragraphe suivant du même article énonce « le droit

⁵ Commission des droits de l'homme, 54^{ème} Session, Point 4 de l'ordre du jour, 25 juin 2002, Doc. E/CN.4/Sub.2/2002/10.

⁶ Voir supra note 1.

fondamental qu'« toute personne d'être à l'abri de la faim »⁷. L'Observation constate que « le droit à l'eau fait clairement partie des garanties fondamentales pour assurer un niveau de vie suffisant, d'autant que l'eau est l'un des éléments les plus essentiels à la survie ». Elle s'appuie qui plus est sur l'article 12.1 relatif au meilleur état de santé possible.

Il paraît en tout état de cause difficile de contester l'évidence et l'universalité d'un tel droit, fut-ce même au-delà de toute énonciation conventionnelle, surtout lorsqu'on garde en mémoire les données recueillies par l'Organisation mondiale de la santé selon lesquelles, en l'an 2000, 1,1 milliard de personnes (dont 80% vivaient dans des zones rurales) n'avaient pas accès à un système d'approvisionnement amélioré capable de fournir au moins 20 litres d'eau salubre par personne et par jour et que 2,4 milliards de personnes n'avaient accès à aucun assainissement⁸. Or, la tendance à la contamination de l'eau comme à l'épuisement des ressources en eau et à leur répartition inégale, loin de se réduire, ne font que s'accroître et s'aggraver. La maladie, la malnutrition, la mortalité infantile croissante vont ainsi affecter entre un cinquième et un quart de la population mondiale dans les décennies à venir si le « droit à l'eau » n'est pas assuré.

Le propos de cette étude n'est pas tant d'analyser en détails le statut juridique, le contenu et les prolongements de ce droit que de consacrer une série d'observations au fait qu'il soit désormais formulé en termes de droit de la personne et plus seulement comme une norme jouant dans le cadre classiquement interétatique. Que traduit ce choix normatif et dans quelle mesure s'inscrit-il dans le cadre d'une stratégie délibérée, appuyée par ses promoteurs sur une appréciation des avantages et des implications d'une telle option. On reviendra ainsi sur l'évolution normative (I) avant de tenter une comparaison des différentes dimensions des branches du droit international concernant l'eau douce (II) avant de conclure à la complémentarité des uns et des autres (III).

I. Du droit « de » l'eau au droit « à » l'eau.

A. L'eau douce, celle des fleuves et des rivières en particulier, fut traditionnellement perçue comme support de la navigation. Le droit international moderne commence à cet égard dès le début du XIX^e siècle avec le Congrès de Vienne avec l'affirmation du principe de la liberté de navigation sur les fleuves internationaux. Cependant, au-delà, et de très longue date également, le droit international s'est aussi intéressé aux eaux douces non pas directement à partir des préoccupations vitales des populations concernées mais en fonction de l'assise même du territoire de chaque Etat. Le fleuve ou le lac étaient alors perçus non plus seulement comme de voies de communication mais aussi comme des moyens de délimiter les frontières⁹. Ils servent de point d'appui à la description de la ligne divisoire dans les traités les plus anciens¹⁰. Ce qui compte alors n'est pas leur substance ou contenu, l'eau, mais leur situation et leur configuration. C'est d'ailleurs pour ces raisons que les mêmes éléments naturels seront à l'origine de beaucoup de conflits territoriaux dont certains ont vu ou verront

⁷ Ibid. p. 116, §3.

⁸ Voir OMS, Evaluation mondiale 2000 de l'approvisionnement en eau et de l'assainissement, Genève, 2000, p. 1.

⁹ Voir notamment D. Bardonnet, Les frontières terrestres et la relativité de leur tracé (problèmes choisis), RCADI 1976/V, vol. 153, P. 9-166.

¹⁰ Voir notamment Ch. De Visscher, Problèmes de confins en droit international public, Paris, Pedone, 1969, 200 p.

encore longtemps leur règlement apportés par le juge ou l'arbitre internationaux. La colonisation des vastes portions de l'Afrique ou de l'Asie exportera ce type de conflits territoriaux. C'est ainsi que les conseils et avocats d'Etats amenés aujourd'hui à instruire les pièces de contentieux territoriaux ont bien souvent l'occasion de se pencher sur le dessin et les contours de fleuves, de mares, de lacs ou de rivières constituant l'objet de la dispute entre Etats¹¹. En d'autres termes, la dimension territoriale de l'eau est loin d'avoir disparu.

La révolution industrielle partie d'Europe sera paradoxalement à l'origine de l'« humanisation » du droit international de l'eau, au sens où il sera de plus en plus conditionné par la prise en considération de l'eau comme une ressource vitale. C'est en effet l'apparition des techniques et des industries qui entraînera la diversification de ses usages. Fleuves, rivières et lacs ne sont plus seulement des *voies* d'eau, encore moins de simples lignes ou des tâches sur des cartes au demeurant souvent fort incertaines. Ils s'affirment comme des enjeux vitaux pour le maintien de l'économie pastorale, le développement de l'agriculture ou l'essor de l'industrie, elle-même consommatrice d'un milieu dont on tardera trop longtemps à reconnaître qu'elle le corrompt et en rend l'usage impropre à la consommation humaine; ainsi surgissent des sources de concurrences et de conflits, potentiels ou déclarés, entre les diverses utilisations de l'eau, en fonction des traditions locales, des niveaux et des projets de développements d'Etats aux territoires voisins et souvent contigus. L'eau devient un bien sinon déjà rare du moins de plus en plus sollicité, alors qu'il détermine souvent les conditions de vie du second élément fondamental de l'Etat : non plus le territoire, mais sa population.

Au XX^e siècle, une affaire contentieuse heureusement réglée par un tribunal arbitral, dans l'affaire du Lac Lanoux (1957) met ainsi parmi les premières l'accent sur la nécessité pour l'Etat d'amont de restituer à l'Etat d'aval la quantité d'eau qu'il lui aura soustraite par des travaux de dérivation¹². Il est cependant frappant de constater que l'on reste encore dans une conception essentiellement interétatique de la gestion internationale des ressources en eaux. Même si les populations concernées ne sont à l'évidence nullement absentes des préoccupations étatiques comme des enjeux du litige, ce sont avant tout leurs droits propres que les Etats font valoir. Un peu comme dans l'exercice de la protection diplomatique, l'Etat se maintient au premier plan, l'individu ou les personnes demeurent en retrait. Par ailleurs, le contentieux du Lanoux, pour important qu'il soit, manifeste aussi que la question de l'eau reste abordée en termes essentiellement quantitatifs. Sa qualité écologique n'est pas encore en cause.

Quant à cette dernière, il est même difficile de dire que les perspectives vont fondamentalement changer dès la Conférence de Stockholm en 1972. Certes, comme son nom lui-même l'indique, l'environnement, notion alors encore neuve en droit international, y est désigné comme « humain ».

Toutefois, ni la déclaration adoptée à l'issue de cette conférence ni celle qui en amplifiera encore les perspectives à Rio, en 1992, ne comportent encore de principe spécifiquement consacré à l'eau potable en tant que bien rare, essentiel à la vie. En définitive, même la Convention de New York de 1997, déjà citée, n'est pas totalement probante du point de vue de l'établissement des liens entre droit de l'environnement, finalement encore très marqué par ses origines « territoriales » et droits de la personne. La mention à l'article 10, consacré au

¹¹ Voir par exemple l'arrêt de la Chambre de la Cour dans l'affaire de la délimitation frontalière entre le Mali et le Burkina-Faso, arrêt du 22 décembre 1986, Rec. 1986; arrêts dans l'affaire de l'île de Kasikili/Sedudu entre le Botswana et la Namibie, arrêt du 13 décembre 1999, Rec. 1999.

¹² Sentence du 16 novembre 1957, *RSA*, vol. XII, p. 307, §12.

« rapport entre les utilisations » de l'eau de la satisfaction des « besoins humains essentiels » demeure très générale. Elle est cependant encourageante, dans la mesure où l'expression employée s'applique bien évidemment à l'eau potable dont la disponibilité est ainsi désignée comme prioritaire. On doit de plus mettre l'article 10 précité en relation avec la disposition contenue à l'article 21 de la même convention. Les « Etats du cours d'eau » y sont conviés à lutter contre la pollution « qui risque de causer un dommage significatif [...] à la santé ou à la sécurité de l'homme... ».

B. Tout se passe cependant comme si les différentes branches du droit international s'intéressant à la question de l'eau douce avaient longtemps gardé et conservaient encore en bonne mesure leurs orientations respectives, les unes fondées sur une approche macro-politique et en partie territoriale et restant attachée à la dimension étatique classique, les autres centrées sur la personne humaine et ses droits propres. De son côté, l'affirmation du droit des personnes à l'eau potable comme condition essentielle de leur droit à la vie, à la santé et à la dignité poursuit son chemin par ses voies propres. Celles-ci s'appuient comme on l'a vu en introduction sur la prise en considération initiale de la situation de certaines catégories de personnes particulièrement exposées ou dépendantes de l'accès à l'eau, comme les prisonniers en tant de guerre, les femmes ou les enfants en toutes conditions mais particulièrement dans les pays pauvres. Par la suite, à partir de cette réglementation sectorielle, on redécouvrira par l'intermédiaire du Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels que le « droit à l'eau » est un droit proprement universel, et général.

Comme on l'a vu en introduction, on pouvait déjà voir apparaître les prolégomènes d'un droit de la personne « à l'eau » dans le droit international humanitaire dès les conventions de Genève de 1949; mais ceci restait largement étranger à l'évolution parallèle du droit « de l'eau » y compris lorsqu'il sera intégré dans le droit de l'environnement. Ainsi, la Cour internationale de Justice, il est vrai dans l'ensemble peu novatrice dans son seul véritable arrêt relatif à la protection de l'environnement, intervenu en 1997 entre la Slovaquie et la Hongrie à propos du barrage de Gabčíkovo-Nagymaros¹³, n'a pas non plus tenté de dépasser la distinction entre la dimension territoriale et la dimension humaine de l'eau. Ceci vaut d'autant plus la peine d'être relevé, et, en l'occurrence, déploré, que les ressources en eau dont il s'agissait concernaient non seulement les eaux du Danube mais son système aquifère (ou d'eaux souterraines). L'un des arguments auxquels la Hongrie¹⁴ était très attachée résidait précisément dans le fait que la construction du système de barrage en amont de Budapest risquait (et risque encore, en dépit de la non construction du barrage d'aval) de porter atteinte à l'une des plus importantes réserves d'eau naturellement potable en Europe. En écho, la Cour s'est contentée d'observer qu'elle « ne voit aucune difficulté à reconnaître que les préoccupations exprimées par la Hongrie en ce qui concerne son environnement naturel dans la région affectée par le projet Gabčíkovo-Nagymaros avaient trait à un « intérêt essentiel » de cet Etat au sens où cette expression est utilisée à l'article 33 du projet de la Commission du droit international »¹⁵.

Entre l'une et l'autre perspective, ce que l'on pourrait désigner, d'une part, comme « le droit de l'eau », qui concerne les Etats, et, de l'autre « le droit à l'eau », qui concerne les personnes, on ne saurait manquer de rappeler une troisième dimension, affirmée notamment, sur les fondements de la Charte des Nations Unies elle-même, à partir des années soixante. C'est celle des droits des peuples, dont la Cour, là encore sans en tirer de conséquences

¹³ Arrêt du 25 septembre 1997, Rec. 1997 et www.icj-cij.org.

¹⁴ dont l'auteur de ces lignes était l'un des conseils.

¹⁵ Ibid., § 53.

concrètes, avait observé deux ans plus tôt, en 1995, qu'elle n'avait pas d'objection à ce qu'on leur reconnaisse un caractère d'opposabilité « erga omnes »¹⁶. Dans la mesure, difficilement contestable, où les ressources en eaux, et en eau douce en particulier comptent parmi ces ressources, elles font l'objet d'une souveraineté permanente affirmée par la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale des Nations Unies¹⁷. Adoptée en 1962, elle a souvent été considérée, il est vrai dans le contexte différent du droit international économique et du développement, à l'origine de développements importants dans le droit coutumier.

Droit des Etats, droit des peuples, droit de la personne, l'accès à l'eau potable et aux usages essentiels que l'on peut en faire se conjugue à des niveaux sinon sur des registres divers. L'évolution que l'on vient d'évoquer ne procède cependant nullement par substitutions mais par adjonctions successives. Pour autant, il semble qu'il n'y ait pas de redondances ou d'abusives réitérations normatives dans cette accumulation. Au contraire, il paraît exister une certaine complémentarité entre les différents aspects du droit de l'eau et l'affirmation aujourd'hui très déterminée du « droit à l'eau ». On doit, dès lors, comparer ces droits convergents vers la protection d'une même ressource vitale.

II. Comparaison : logiques distinctes des droit et obligations de l'Etat et du droit de l'homme à l'eau potable dans le cadre du développement durable.

Si l'on tente une comparaison, elle paraît s'imposer au moins sur trois plans : celui des fondements, celui des caractères et celui de la dynamique des droits « de » et « à » l'eau, trois aspects que l'on retrouvera conjugués dans les développements qui vont suivre.

A. Du côté du « droit de l'eau », tout d'abord, on a déjà pu noter que dans les relations interétatiques, l'eau est perçue comme une pièce ou un élément du territoire, ainsi soumis à la souveraineté de l'Etat concerné. Il est, dans la nature, peu d'eaux stagnantes; même celles des lacs sont animées de flux provenant du courant des rivières. Cependant, par le jeu d'une fiction juridique, l'eau douce est ramenée statutairement à son contenant géographique sis sur un territoire; elle devient, à l'instar de ce qu'elle est dans le droit privé de la propriété, un « immeuble par destination ». Le principe de base entre Etats unis les uns avec les autres par cette mobilité et cet usage commun contrariés par des appropriations territoriales concurrentes et juxtaposées est alors celui de l' « utilisation équitable » au sens où elle est définie dans la convention de codification de New York déjà citée.

Adaptant au droit des fleuves le principe général d'utilisation non dommageable du territoire dégagé par la Cour internationale de Justice dès l'affaire du Détroit de Corfou¹⁸, l'article 7 de la convention précitée pose que « lorsqu'ils utilisent un cours d'eau international sur leur territoire, les Etats du cours d'eau prennent toutes les mesures appropriées pour ne pas causer de dommages significatifs aux autres Etats du cours d'eau ». Cette obligation prend appui sur les deux articles précédents, au titre desquels est posé le principe de l'utilisation équitable (article 5), elle-même définie cas par cas en fonction d'un faisceau de critères dont celui de la

¹⁶ Affaire du Timor oriental, arrêt du 30 juin 1995, Rec. 1995 et www.icj-cij.org, § 28.

¹⁷ Voir P.M.Dupuy, Grands textes de droit international public, op.cit. p. 528.

¹⁸ Arrêt du 9 avril 1949, Rec. 1949 et www.icj-cij.org. Pour une analyse du principe d'utilisation non-dommageable du territoire, voir P.M.Dupuy, La responsabilité internationale des Etats pour les dommages d'origine technologique et industrielle, Paris, Pedone, 1976.

due prise en considération de « la population tributaire du cours d'eau dans chaque Etat du cours d'eau »¹⁹, ce qui établit un lien tangible avec le « droit à l'eau » considéré plus haut.

Les principes généraux réitérés dans la Convention de New York dans les termes que l'on vient de rappeler sont déclaratoires du droit international coutumier et donc valables entre tous les Etats, y compris ceux, aujourd'hui minoritaires, qui n'ont pas ratifié la convention. Du point de vue du statut et des caractères juridiques du « droit de l'eau », une question intéressante est alors celle de savoir si les obligations ainsi posées obéissent encore étroitement ou non au principe de réciprocité. Quoique posées entre Etats, on pourrait en douter. Tout porte à croire qu'il s'agit en réalité d'« obligations interdépendantes ». Ainsi que Sir Gerald Fitzmaurice l'avait bien dégagé dans ses rapports à la Commission du droit international sur le droit des traités, il s'agit typiquement d'obligations dont l'exécution par chaque partie est conditionnée par l'exécution correspondante par toutes les parties, de telle sorte « qu'une violation fondamentale par ...[l'une] des obligations conventionnelles justifie une non-exécution générale correspondante par les autres parties et pas seulement une non-exécution dans les relations de ces parties avec la partie en défaut »²⁰.

Dans la mesure où le « droit de l'eau » entre Etats comprend l'obligation (mais aussi le droit opposable aux autres Etats) de veiller à la satisfaction des besoins fondamentaux (« basic needs ») de sa population et, notamment, le besoin proprement vital de celle population, que l'on peut aussi considérer comme un « peuple » au sens de la Charte, d'accéder à suffisance à l'eau potable, on peut poser la question de savoir s'il ne s'agit pas là d'un « droit fondamental » de l'Etat tel que la catégorie en a été ranimée par la Cour internationale de Justice dans son avis de 1996 sur la licéité de la menace et de l'emploi des armes nucléaires. Un droit d'un tel caractère rencontrerait ainsi son caractère opposable « erga omnes » lorsqu'il est envisagé par référence au « peuple » de l'Etat considéré.

Ces deux références autoriseraient alors, très vraisemblablement, un Etat voyant ses ressources en eau potable menacées par les initiatives d'un autre Etat (par exemple un Etat d'amont) à invoquer un « droit de nécessité écologique » et sanitaire pour prendre des mesures éventuellement illicites afin de garantir la satisfaction des besoins précités. C'est très exactement l'un des arguments que l'auteur de ces lignes, s'autorisant du commentaire du professeur Roberto Ago sur ce qui était à l'époque l'article 33 de la première partie du projet de codification du droit de la responsabilité internationale avait invoqué devant la C.I.J. dans l'affaire du barrage de Gabčíkovo-Nagymaros. Il avait également souligné combien il s'agissait par là pour la Hongrie de faire valoir un « intérêt essentiel » au sens restrictif énoncé à l'article 33 du projet de la CDI. Comme on l'a vu plus haut, la Cour avait accepté cet argument en lui-même mais n'avait pas retenu qu'en l'occurrence l'existence d'une telle menace sur les ressources en eau potable de la Hongrie ait été suffisamment prouvée par ce pays²¹.

Ceci pose un autre problème, non seulement de fait mais aussi de droit; celui de l'inadaptation du droit actuel de la preuve dans le procès international à la prise en compte des spécificités du dommage écologique. En l'occurrence, un dommage causé par l'envasement progressif du bassin de retenue des eaux en amont ne sera susceptible d'avoir d'effet sur les qualités de l'eau contenue dans la nappe aquifère que 20, 30, 40 ou 50 ans après la construction du barrage par la Slovaquie. La Cour n'était pas préparée à admettre

¹⁹ Article 6.1, *litera c.*

²⁰ *Annuaire CDI*, 1958, II, commentaire de l'article 19, p. 46, paragraphe 91.

²¹ Arrêt du 25 septembre 1997, *op.cit.supra*, § 54.

cette réalité et s'en est tenue à la conception classique du dommage né, certain, personnel et direct hérité des droits privés.

Quoiqu'il en soit, on constate que le droit de l'eau est loin d'être obsolète. Ses racines anciennes comme ses développements contemporains lui offrent au contraire des perspectives intéressantes, tant dans le cadre de la négociation internationale d' « accords de cours d'eau » au sens défini par l'article 3 de la Convention de New York de 1997 que dans le cadre du procès contentieux.

B. Du côté du « droit à l'eau » en tant que droit de l'homme, à présent, on constate une inspiration et des fondements tout différents qu'il convient de replacer dans l'évolution générale de l'ordre juridique international après 1945²². Ce n'est pas faire du « droit de l'hommisme », expression aussi malsonnante qu'elle est aléatoire sur les plans théorique, que de constater le fait selon lequel les droits de l'homme ne sont pas cantonnés dans le domaine qui leur est formellement assigné par des textes dotés d'effet relatif. A partir de leur fondement dans la Charte des Nations Unies, ils ont introduit dans le mode d'être du droit international des innovations majeures, liées au dévoilement progressif du fait que l'exercice de la souveraineté ne peut désormais éviter de s'assigner des « fins humaines » aux sens où les envisageaient Charles de Visscher²³ ou Hersch Lauterpacht²⁴. La promotion des droits et libertés fondamentaux fut énoncée dans la Charte en vue de la réalisation de la paix sans que les délégations réunies à San Francisco aient alors sans doute bien réalisé qu'elles offraient ainsi la possibilité aux individus de rappeler aux Etats que la souveraineté n'est pas une fin en soi mais qu'elle doit être exercée en vue des intérêts de l'homme. C'est très exactement ce que l'auteur de « *The Function of Law in the International Community* » avait dit de façon prémonitoire en 1933 dans les termes suivants :

« No doubt it is true to say that international law is made for States and not States for international law, but it is true only in the sense that the State is made for human beings and not human beings for the State.²⁵ »

La vieille doctrine des « droits fondamentaux de l'Etat » dont on évoquait plus haut la surprenante réapparition dans la jurisprudence consultative de la Cour n'a du reste de légitimité après 1945 et l'entrée en vigueur de la Charte que dans la mesure où elle est mise au service des « droits de l'homme et des libertés fondamentales » énoncés à son article premier paragraphe 2. En d'autres termes, la logique d'implication introduite dans la Charte par la référence initiale aux droits des peuples et, surtout, aux libertés fondamentales va bien au delà de l'accumulation des déclarations et conventions relative aux droits de l'homme. Elle réoriente progressivement l'exercice de la souveraineté étatique elle-même dans le sens du respect et de la promotion de ces droits²⁶. L'essor de la société civile internationale, manifesté par l'accroissement de la coopération entre les organisations non gouvernementales les plus représentatives et les organisations intergouvernementales illustre l'importance de cette « révolution des droits de l'homme » dont il est cependant réaliste de constater qu'elle reste

²² Voir P.M.Dupuy, L'unité de l'ordre juridique international, cours général de droit international public, Vol. 297 (2002), pp. 414-418 et, du même auteur, « Dynamique des droits de l'homme et société civile internationale », in Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan, Bruylant, Bruxelles, pp. 747-760.

²³ Charles de Visscher, Théories et réalités en droit international public, Paris, Pédone, 1971.

²⁴ Hersch Lauterpacht, The International Protection of Human Rights, R.C.A.D.I. 1947-I, t. 70, pp. 1-108.

²⁵ Hersch Lauterpacht, The Function of Law in the International Community, CUP, 1933, p. 430-431.

²⁶ Voir notre article cité supra note 20, Dynamique des droits de l'homme et société civile internationale.

par ailleurs largement contrariée par le maintien de l'affrontement classique des concurrences entre souverainetés.

Ceci posé, la dynamique des droits de l'homme et leur expansion hors du champ qui leur était initialement assigné a connu aussi des manifestations quelque peu inflationnistes, dont il est loisible de considérer que toutes n'ont pas forcément bien servi la cause qu'elles s'étaient assignées²⁷. C'est ainsi que l'on fit sans doute un usage inconsidéré dans les années 80 des « droits de troisième génération » dont le « droit à la paix » est sans doute resté l'une des illustrations les plus ambitieuses. La déclaration de 1986 sur « le droit au développement » est également un témoignage intéressant mais sans doute très exigeant de la stratégie consistant à vouloir doubler les obligations assignées aux Etats par l'affirmation corrélative de droits reconnus aux personnes²⁸.

Pour excessives voire inappropriées que ces tentatives aient pu s'avérer, elles s'expliquent néanmoins par les avantages qu'on en escomptait quant aux moyens de leur promotion effective.

- Leurs titulaires étant désignés à raison de leur qualité de personnes humaines et non plus de ressortissants d'un pays déterminé peuvent, du moins en théorie, les faire valoir eux-mêmes, directement à l'encontre d'Etats étrangers sans le recours à la protection diplomatique qui les maintenait dans la dépendance de leur Etat de nationalité. Les droits de l'homme lui sont propres, à la différence de ceux du « national » dont la protection est soumise aux aléas de l'Etat dont il relève.
- Mais, au-delà, l'affirmation d'un droit de l'homme « au développement », par exemple, lui offrent également et au minimum les bases théoriques sinon les moyens effectifs de s'en prévaloir face à son propre Etat. L'une des caractéristiques des droits de l'homme est en effet d'abolir la distinction entre le droit international et le droit interne dans la mesure où l'Etat qui y souscrit s'engage d'abord à les respecter à l'intérieur de sa propre sphère de compétence (ce qui rend l'exception de compétence nationale par principe inopérante en la matière).
- Enfin, quant à la nature des obligations ainsi faites aux Etats à raison de l'affirmation des droits qu'ont les personnes à leur égard, elles sont quant à elles totalement dégagées de la règle de la réciprocité, à raison du caractère dit « objectif » des droits de l'homme.

Qu'en est-il, alors, du « droit à l'eau » en tant qu'il vient doubler et prolonger les droits et obligations de l'Etat dans ce domaine ? On peut sans doute considérer, tout en faisant preuve de prudence et de réalisme, qu'il a plus de chance d'être effectivement promu ou moins délibérément négligé que les droits « de troisième génération » du type « droit à la paix », dont on a pu à juste titre critiquer en leur temps le caractère inflationniste. Le droit à l'eau ne fait d'ailleurs pas partie de cette catégorie dans la mesure où on vu qu'il est directement lié à des droits fondamentaux affirmés dès la Déclaration universelle de 1948 à son article 3 comme le droit à la vie. A l'inverse du « droit à la paix », il n'est pas seulement une formule incantatoire ou un rituel de compensation symbolique à son ineffectivité dans la mesure où un tel droit dispose de moyens organiques du contrôle de son application : comités des droits de

²⁷ Voir notamment Ph. Alston, *Conjuring up New Human Rights : A Proposal for Quality*, *AJIL*, 1984, n°3, p. 60è-621.

²⁸ G.Abi-Saab, *Le droit au développement*, *Annuaire suisse de droit international*, 1988, p. 9-24; J.J. Israël, *Le droit au développement*, *RGDIP*, 1983, n°1, p. 1-41.

la femme, de l'enfant ou, d'une façon plus générale, Comité des droits économiques, sociaux et culturels en fournissent les instruments à l'échelle universelle. Il s'agit de mécanismes de suivi dotés de pouvoirs effectifs de contrôle, s'appuyant sur une pratique interprétative des conventions dont ils relèvent sinon même d'une véritable jurisprudence, leur permettant de faire évoluer cette interprétation. Dans le cas du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, il fait même preuve d'une compétence à certains égards quasi normative, par le biais de l'émission d'Observations générales dont la n°15 a précisément joué un rôle important pour préciser la définition, les contours et les implications du « droit à l'eau ».

A l'échelle régionale, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a su elle aussi manifester son dynamisme à partir de droits reconnus dans la Convention européenne. Ainsi, par exemple, dans l'affaire Lopez Ostra, du 9 décembre 1994, et bien qu'il ne s'agisse pas seulement d'une affaire ayant trait à la pureté de l'eau mais, d'une façon plus générale, aux conditions dans lesquelles la construction d'une station d'épuration avait porté atteinte aux droits de la requérante, la Cour a constaté que « de graves atteintes à l'environnement peuvent affecter le bien-être d'une personne et la priver de la jouissance de son domicile »²⁹. Constatant la carence des autorités nationales espagnoles à cet égard, la Cour détermina l'indemnité qui devrait être versée à la victime pour réparation du préjudice ressenti.

On est en droit d'attendre dans la logique d'une telle décision que, mutatis mutandis, et en s'appuyant en particulier sur l'article 2 de la Convention européenne (droit à la vie) ou sur toute autre disposition présentant, compte tenu des données de l'espèce, un lien de connexité suffisant avec le « droit à l'eau », ce dernier trouve une défense effective dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La reconnaissance explicite par un nombre croissant de législations internes d'un « droit à l'eau » comme droit de la personne devrait contribuer à une telle évolution³⁰. Des remarques analogues pourraient être formulées à propos des autres systèmes régionaux de protection des droits de l'homme, en particulier celui de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Est-ce à dire que les potentialités du droit à l'eau le rendent concurrent du « droit de l'eau » ?

III. Complémentarité des différents types de droit en cause.

Beaucoup d'internationalistes positivistes classiques, encore fascinés par le dépendance de ce droit à l'égard de la souveraineté étatique, dans laquelle ils se plaisent à trouver son « génie propre » ont bien des réticences à intégrer dans leur vision ces droits venus d'ailleurs que sont les droits de l'homme. Ces derniers compliquent leur schéma puisque, ainsi qu'on l'a vu plus haut, ils viennent, plus manifestement encore que par le passé, assigner des « fins humaines » à cette fascinante souveraineté³¹.

Cette opposition de principes n'a cependant rien de technique mais tout d'idéologique. En réalité, si l'on intègre bien l'axiome qu'énonçait Hersch Lauterpacht dans la formule lapidaire

²⁹ § 51 de l'arrêt, consultable sur le site de la Cour.

³⁰ Voir Henri Smets, Reconnaissance et mise en œuvre du droit à l'eau, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 13, n°52, 2002, p. 837-852; du même auteur, Pour un droit effectif à l'eau potable, *Académie de l'Eau*, 2005; Salman, Siobhan McInerney-Lankford, *The Human Right to Water. Legal and Policy Dimensions*, World Bank, Washington D.C., ISBN 0-8213-5922-3; Bronwen Morgan, *The Regulatory Face of the Human Right to Water*, *The Journal of Water Law*, vol. 15, issue 5, 2004, p. 179-186.

³¹ Voir notre Cours général de droit international à l'Académie de droit international de La Haye, intitulé *L'unité de l'ordre juridique international*, *RCADI* 2002, Vol. 297, 487p.

que l'on rappelait plus haut, selon lequel la souveraineté est faite pour l'homme et non pas l'homme pour la souveraineté, on voit immédiatement qu'il n'y a pas concurrence mais complémentarité entre droit *de* et droit *à* l'eau. Le premier appartient aux Etats; le second à l'individu. Mais, on l'a dit assez, le premier s'exerce au bénéfice du second.

Ainsi, si, devant la Cour internationale de Justice ou tout autre tribunal international, un Etat était demain amené à défendre sa souveraineté sur la portion d'un fleuve ou d'un lac, il le fera d'autant mieux sur le plan juridique qu'il pourra s'appuyer sur le droit de sa population à l'eau. Son droit territorial propre sera d'autant plus légitime qu'il est le garant de l'obligation faite, par ailleurs, à cet Etat à l'égard de son propre peuple ou de chacun de ses ressortissants de leur garantir l'accès à l'eau et, en tout premier lieu, à l'eau potable. Un droit, pour les peuples, inaliénable et permanent, et, pour les individus, tout simplement vital.

On voit ainsi que les droits les plus classiquement fondés sur la souveraineté loin d'être contrecarrés par leurs prolongements individuels, sont tout au contraire accrus et confirmés par eux. Les uns sont les moyens de garantie des autres³². L'Etat, dans l'hypothèse contentieuse que l'on vient d'évoquer n'a, en réalité pas le droit mais le devoir de veiller à ce qu'aucune portion de son territoire recelant une ressource en eau n'échappe à sa souveraineté. A l'inverse, le droit de chaque national et, collectivement, le droit du peuple que leur rassemblement compose ne pourront être effectivement satisfaits que si l'Etat leur garantit l'accès à l'eau potable nécessaires à leur survie et à leur dignité.

Ce serait, cependant, un résultat bien paradoxal, et certainement erroné, de laisser envisager que l'adjonction des droits de l'Etat, de son peuple et des individus qui le composent sur une ressource en eau pourront servir demain à alimenter des conflits sinon même des guerres, alors que la Charte des Nations Unies n'a affirmé la promotion des droits de l'homme que dans la perspective de la promotion de la paix. Or, ce que l'Etat d'amont peut arguer pour justifier de son droit, l'Etat d'aval peut tout autant l'invoquer au nom des obligations qu'il a à l'égard de son propre peuple. Et, comme tous les rapports d'experts l'attestent, l'avenir, y compris l'avenir immédiat pourrait voir se multiplier des situations de concurrences des droits revendiqués par plusieurs Etats (et plusieurs peuples) sur la même ressource et à partir des mêmes fondements juridiques.

C'est alors que l'on doit revenir aux principes fondamentaux du « droit de l'eau » tel qu'il a été codifié dans la Convention de New York de 1997 : ceux, en particulier, de partage équitable, d'informations réciproques et, plus largement, de collaboration active qui doivent caractériser les Etats d'un même bassin à l'égard des ressources (y compris aquifères) que ce bassin comporte. L'affirmation du « droit à l'eau » n'est pas l'apanage d'un peuple au détriment d'un autre. Parce qu'il est aussi un droit individuel, il appartient par définition à tous. Etant une expression des droits à la vie, à la santé et à la dignité humaine, le « droit à l'eau » est aussi totalement indifférent aux distinctions de races, de sexe, de religion mais aussi de nationalité; il est à tout le monde. Les ressources se raréfiant dangereusement et rapidement, il va falloir s'en souvenir pour développer les moyens de l'entraide et de la coopération multilatérale.

³² Il est intéressant, là aussi, de faire la comparaison avec le droit du développement et le droit « au » développement, chez G.Abi-Saab, *op.cit.supra*.