

MAKANE MOÏSE MBENGUE

ESSAI
SUR UNE
THEORIE DU RISQUE
EN DROIT
INTERNATIONAL
PUBLIC

L'ANTICIPATION DU

R I S Q U E

*environnemental
et sanitaire*

Préface de L. Boisson de Chazournes
Professeur à la Faculté de Droit de Genève

Editions A. PEDONE
13 rue Soufflot - 75005 Paris
2009

Préface

L'ordre juridique international s'est depuis fort longtemps intéressé aux risques de diverse nature. Les premières tentatives de régulation dans le champ sanitaire à la fin du XIX^{ème} siècle avaient pour but le contrôle des risques d'épidémie internationale. De même, le système onusien est fortement teinté d'une logique de prévention de certains risques. Il suffit, pour s'en convaincre, de penser au système de sécurité collective mis en place par la Charte des Nations Unies ou aux mécanismes institutionnels progressivement institués dans le champ des droits de l'homme. Toutefois, et c'est un paradoxe, la gestion des risques en ces domaines est principalement régie par une approche de nature réactive. Ce n'est généralement que suite à la réalisation de dommages que les contours d'une action internationale se dessinent.

C'est plus particulièrement à cause de l'évolution de la société technologique et des dégradations de l'environnement et de la santé qui s'en sont suivies, que le droit international a dû s'adapter en recourant à de nouveaux outils juridiques ainsi qu'à de nouvelles stratégies normatives. L'approche de nature réactive a progressivement fait place à ses côtés à une approche qualifiée de préventive ou « proactive ». Celle-ci consiste à éviter la réalisation de dommages, d'autant plus que le caractère irréversible de certains dommages apparaît au grand jour. Il s'agit alors pour le droit international d'appréhender la protection de l'environnement ou celle de la santé à l'aune de prismes nouveaux. La protection de l'environnement et de la santé est désormais régie par les paradigmes de l'incertitude scientifique et de la complexité. Le droit fait place à une autre temporalité : celle du futur. C'est dans ce sillage que se formule et se cristallise peu à peu un principe d'anticipation dans l'ordre international. Le principe d'anticipation apparaît comme la conséquence du redimensionnement temporel du droit international pour faire face aux questions d'environnement et de santé. Toutefois, il se dessine également comme la cause de la restructuration du droit international relatif à la protection de l'environnement et de la santé. La logique d'anticipation présuppose, en effet, une mutation du *modus operandi* du droit international. Ladite mutation est symbolisée par l'effacement d'une réglementation internationale articulée autour du dommage au profit de l'émergence d'une régulation internationale axée sur le *risque* en tant que tel. C'est cette problématique de l'anticipation du risque environnemental et sanitaire qui est analysée dans le bel ouvrage de M. Mbengue, fruit d'une thèse soutenue à la Faculté de droit de l'Université de Genève. Le titre de l'ouvrage indique que l'auteur s'est attelé à façonner une véritable théorie du risque en droit international public. C'est dans cette perspective que sont élaborés des modèles nouveaux d'analyse en droit

international – ceux de *contre-anticipation*, de *mi-anticipation* et de *tout-anticipation* du risque.

La « texture ouverte » du droit habite la démarche de M. Mbengue. L'auteur fait ainsi référence à divers concepts et théories des sciences humaines et sociales, notamment de la philosophie et de la sociologie, pour expliquer l'émergence des règles et principes visant l'anticipation – et la non-anticipation ! – du risque environnemental et sanitaire. A travers une « phénoménologie » du risque environnemental et sanitaire, M. Mbengue prouve que le droit international ne saurait procéder à une systématisation absolue des risques et les soumettre à un filtre formaliste. Le risque environnemental et sanitaire relève du domaine du contingent et du multiple. C'est également grâce à la phénoménologie que l'auteur procède à une analyse des différents rythmes d'anticipation dans le temps. Se référant aux instruments internationaux et à la jurisprudence internationale – en particulier celle de la Cour internationale de Justice (CIJ) et celle des organes de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) – l'auteur a réalisé un véritable travail d'orfèvre sur les mesures d'anticipation dans le passé, le présent et le futur. Il s'engage dans une analyse critique des fondements traditionnels de certaines institutions du droit international telles les mesures conservatoires et les mesures de sauvegarde ainsi que de certaines situations telles l'état de nécessité et l'urgence, afin de mettre en exergue les spécificités et les limites qu'elles revêtent lorsque sont en jeu des problèmes environnementaux et sanitaires.

Dans la partie de l'ouvrage relative à l'« épistémologie » du risque environnemental et sanitaire, l'auteur pose comme postulat que les différents modèles d'anticipation du risque doivent nécessairement s'appuyer sur un certain nombre de canaux normatifs et procéduraux. M. Mbengue démontre judicieusement que l'approche de la Commission du droit international (CDI) tendant à limiter le phénomène anticipatif à la seule *due diligence* et au principe de prévention n'est pas suffisante. La panoplie des outils d'anticipation du risque environnemental et sanitaire est bien plus large et dépasse le cadre strict de la *due diligence* et de la prévention. Avec minutie et par le biais de conceptualisations nouvelles (par exemple, la « signalisation *ex ante* et *ex post* du risque »), de nombreuses techniques d'anticipation sont ainsi passées au crible.

Œuvre novatrice, cette étude juridique examine dans les détails les éléments de différenciation entre précaution et prévention, entre précaution et prudence, ou encore entre précaution et prévoyance. M. Mbengue a le mérite d'apporter de la clarté en un domaine qui laisse apparaître de multiples variations sémantiques. La précaution est au cœur de la théorie de l'anticipation du risque environnemental et sanitaire développée par l'auteur. Ce dernier met en relief les aspects majeurs de l'évolution du principe/approche de précaution dans l'ordre international, en particulier le passage de la précaution comme technique liée à la certitude scientifique à la précaution comme technique de gestion de l'incertitude scientifique.

Hormis ces aspects afférents à la précaution, l'ouvrage explore des sentiers jusque-là peu arpentés par la doctrine. M. Mbengue analyse avec finesse les instruments internationaux pour s'intéresser aux différents critères du risque, à ses éléments de différenciation avec le dommage et à l'identification du risque dans lesdits instruments. L'auteur affronte des rationalités complexes. Ainsi, l'ouvrage innove

sur le contenu, le contenant et la fonction de situations comme celle d'incertitude scientifique. Il n'y a pas une incertitude mais des incertitudes. Le constat au-delà de ses vertus théoriques a des implications pratiques pour le système international. Il suffit de penser aux organisations internationales comme l'Organisation mondiale de la santé (OMS) et l'OMC (notamment en ce qui concerne les différends relatifs à l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS)) ou encore aux organisations de standardisation internationale comme le *Codex Alimentarius* qui ont pour dénominateur commun d'être confrontées à l'incertitude scientifique. Les éléments de clarification apportés par le présent ouvrage aux concepts d'incertitude non réglée, d'incertitude nouvelle, d'insuffisance de preuves scientifiques, d'incertitude scientifique *a priori* et *a posteriori*, serviront sans aucun doute aux praticiens du droit.

D'une démarche fondée sur la « pensée complexe », l'auteur aura réussi au terme d'une réflexion juridique approfondie à donner une compréhension du champ des principes et règles internationaux applicables à l'anticipation des risques environnementaux et sanitaires. Cette étude contribuera aussi à déceler et accompagner l'évolution du droit international eu égard à l'appréhension d'autres risques. Le domaine du maintien de la paix et de la sécurité internationales se tourne, par exemple, de plus en plus vers l'action *ex ante*. La typologie des risques et des mesures d'anticipation qui est dressée par M. Mbengue pourront l'enrichir. Son ouvrage ouvre en quelque sorte la voie à de nouvelles réflexions juridiques.

Laurence BOISSON DE CHAZOURNES,
Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève

SOMMAIRE

Introduction : Ontologie de l'anticipation du risque environnemental et sanitaire dans l'ordre juridique international	
I- <i>La matrice de l'anticipation dans l'ordre juridique international</i>	6
II- <i>Les vecteurs de l'anticipation en droit international</i>	8
III- <i>La maturation du principe d'anticipation dans l'ordre juridique</i>	11
IV- <i>L'opérationnalisation de l'anticipation du risque en droit international</i> ..	16
Première partie : Phénoménologie de l'anticipation du risque environnemental et sanitaire	
Chapitre I : Phénoménologie intrinsèque de l'anticipation : les temps de l'anticipation	
Section I- La contre-anticipation ou le temps de l'ignorance	30
<i>Paragraphe I- Configuration de la contre-anticipation</i>	30
<i>Paragraphe II- Ratio legis de la contre-anticipation</i>	36
Section II- La mi-anticipation ou le temps de la connaissance.....	66
<i>Paragraphe I- Configuration de la mi-anticipation du risque de dommage</i>	66
<i>Paragraphe II- Ratio legis de la mi-anticipation du risque de dommage</i>	76
Section III- La tout-anticipation ou le temps de l'incertain	97
<i>Paragraphe I- Configuration de la tout-anticipation du risque</i>	97
<i>Paragraphe II- Ratio legis de la tout-anticipation du risque</i>	102
Chapitre II : Phénoménologie extrinsèque de l'anticipation du risque : l'anticipation des temps	
Section I- L'anticipation du risque environnemental et sanitaire dans le passé.....	119
<i>Paragraphe I- Les fonctions de l'anticipation du passé</i>	120
<i>Paragraphe II- Qualification de l'anticipation du risque dans le passé</i>	122
Section II- L'anticipation du risque environnemental et sanitaire dans le présent .	129
<i>Paragraphe I- L'anticipation de l'imminence du risque environnemental et sanitaire</i>	130
<i>Paragraphe II- L'anticipation du risque environnemental et sanitaire en situation d'urgence</i>	142
Section III- L'anticipation du risque environnemental et sanitaire dans le futur	146
<i>Paragraphe I- La prospective dans l'anticipation du risque environnemental et sanitaire</i>	147
<i>Paragraphe II- La durabilité dans l'anticipation du risque environnemental et sanitaire</i>	149
Conclusion de la première partie	155

**Deuxième partie : Epistémologie de l'anticipation du risque
environnemental et sanitaire**

**Chapitre I : Un canal normatif atypique de juridicisation de
l'anticipation : la précaution**

Section I : Configuration de la précaution.....	159
<i>Paragraphe I - Ratio legis de la précaution.....</i>	159
<i>Paragraphe II - Structuration de la précaution : les critères d'identification de la précaution dans les instruments juridiques internationaux.....</i>	182
Section II – Caractérisation de la situation de précaution : le critère de l'« incertitude scientifique ».....	216
<i>Paragraphe I- La juridicisation du doute scientifique sur le risque.....</i>	216
<i>Paragraphe II- Modus operandi de la précaution dans l'ordre juridique international.....</i>	237

**Chapitre II : Les canaux procéduraux de l'anticipation du risque
environnemental et sanitaire**

Section I- Procédures de signalisation du risque environnemental et sanitaire.....	265
<i>Paragraphe I- Les procédures de signalisation ex ante du risque.....</i>	266
<i>Paragraphe II- Les procédures de signalisation ex post du risque environnemental et sanitaire.....</i>	295
Section II- Mécanismes d'objectivation du risque environnemental et sanitaire.....	309
<i>Paragraphe I - L'analyse du risque environnemental et sanitaire.....</i>	309
<i>Paragraphe II - La standardisation internationale, modalité dérivée d'objectivation du risque environnemental et sanitaire.....</i>	322
Conclusion de la deuxième partie.....	328
Conclusion générale.....	331
Bibliographie.....	343
Index.....	363
Table des matières.....	365

2) <i>La technique de l'étude d'impact comme technique d'évaluation du risque environnemental et sanitaire</i>	313
B. <i>L'analyse a posteriori du risque environnemental et sanitaire</i>	315
1) <i>La gestion du risque</i>	315
2) <i>La communication du risque</i>	320
Paragraphe II- La standardisation internationale, modalité dérivée d'objectivation du risque environnemental et sanitaire	323
A. <i>Les fonctions de la standardisation dans le champ du risque environnemental et sanitaire</i>	324
B. <i>Les techniques d'adoption ou d'exécution des standards internationaux à des fins d'anticipation du risque environnemental et sanitaire</i>	326
1) <i>La technique de l'opting out</i>	326
2) <i>L'application volontaire immédiate</i>	327
Conclusion de la deuxième partie	329
Conclusion générale	331
I. <i>Structuration, fonction et substance du risque dans l'ordre international</i>	332
II. <i>Scénarios d'anticipation du risque environnemental et sanitaire</i>	334
Bibliographie	343
Index	363
Table des matières	365

The book aims at developing a theory of the relationship between knowledge (science) and international law. In this context, three models are conceptualized: counter-anticipation (damage-based approach) when international regulation and implementation of dangerous activities are based on quasi-ignorance of risks (faith in the reversibility of damages to the environment), semi-anticipation (science-based anticipation) when international regulation and implementation of hazardous activities depend on scientific certainty (faith in the predictability of risks) and anticipation per se (risk-based anticipation) when international regulation and implementation of activities may they be dangerous, hazardous or ultra-hazardous focused on the unknown consequences of governmental and other human activities (assumption of the irreversibility and of the uncertainty of risks). The book explores new avenues which so far have seldom been analyzed in the International Law literature or by international organizations as well as international courts and tribunals, such as e.g. the distinction between scientific uncertainty and the insufficiency of scientific evidence, between non-reversibility and irreversibility, between due diligence and preventive action, or the necessity to make a clear separation between "risk" and "damage" through a critical analysis of the traditionally used term "risk of damage" as a single connotation. The book is a useful tool for every international lawyer involved at the academic level and in practice.

MAKANE MOÏSE MBENGUE holds a Ph.D. from the University of Geneva Law School and is a Lecturer at the Geneva University Law School and at the Graduate Institute of International Studies and Development (Geneva). Mr. Mbengue has also been a Research Scholar at New York University School of Law (Hauser Global Law School Program).

ISBN 978-2-233-00557 -1

44 €

Submit your order: Editions A. PEDONE - 13 Rue Soufflot - 75005 PARIS, FRANCE

by fax: 00 33 (0)1.46.34.07.60 or by mail: editions-pedone@wanadoo.fr

44 € by book and 7€ for shipment.

You can pay by credit card or visa master :

N°...../...../...../.....

ISBN..... Date of validity.....

Signature :

Name.....

Address.....

City.....Postal code.....

Country.....

ESSAI SUR UNE THEORIE DU RISQUE EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

MAKANE MOÏSE MBENGUE



Environmental and sanitary risks have introduced a paradigm change in the international legal order. Indeed, these risks require a new mode of thinking and of action to prevent their realization and their potentially irreversible consequences. Traditional International Law is familiar with the issue of risk (risk to the international peace and security, risks in International Humanitarian Law, risk to human rights, etc.) and has long ago developed means of risk avoidance and prevention. However, this perception of risk is mostly based on a reactive approach because it is essentially dependent on the certainty of the imminent occurrence of the risks. For instance, efforts to prevent the threat to peace and security often occur when clear evidence of the threat is established, like the beginning of hostilities, movement of troops, etc. Environmental and sanitary risks ask for a new approach based on uncertainty and future events, and thus with the emergence and the multiplication of environmental and sanitary risks, new legal tools, mechanisms, rules and principles were and are needed to face the new challenges posed by those risks. These innovative legal concepts go beyond the simple prevention or reduction of present and well-known risks foreseen in traditional International Law to deal with a new rationale. It is this new rationale which is called “anticipation” in the present essay. The concept of anticipation does not only reflect the change of philosophy induced by environmental and sanitary risks in the international legal order but it also appears as a federative concept to refer to the various legal techniques provided for in International Environmental Law and International Health Law to designate legal means for risk elimination, reduction or avoidance: prevention, due diligence, precaution, provisional measures, vigilance, prudence, alert, prior notification, prior informed consent, advance informed agreement, risks assessment, risk management, risk communication, risk analysis, etc.

Editions A. PEDONE