

Le développement de la normativité nucléaire ou l'art de l'évasion juridique

par Katia Boustany*

Introduction

S'il est un leitmotiv marquant en cette fin de siècle, c'est bien le discours sur le droit international et le respect de ses règles. Placé dès l'origine dans l'orbite de la sphère internationale, le droit nucléaire connaît des développements conventionnels récents qui ne manquent pas toutefois d'interroger l'esprit de juristes soucieux d'assurer à la norme juridique une portée effective. Longtemps attendus pourtant, laborieusement négociés, ces nouveaux instruments s'avèrent, à la lecture, relever davantage de principes vagues que d'engagements véritables emportant des obligations précises à la charge des États.

Ce constat qui peut paraître *a priori* sévère, s'adosse sur la prise en compte de l'ensemble du spectre normatif destiné à configurer un cadre réglementaire approprié aux activités civiles nucléaires. En effet, nombreux sont les textes – codes, principes directeurs, normes fondamentales, etc.¹ – résultant de processus variés au sein de l'AIEA et de l'AEN ou de la concertation entre ces deux Agences, l'OIT et l'OMS et visant à permettre aux Gouvernements de faire l'économie de dispositifs contraignants. Aussi, dès lors que les États envisagent de recourir au mode conventionnel, ils sont normalement supposés s'obliger en vertu de dispositions explicites commandant de leur part des comportements déterminés, orientés vers la réalisation d'objectifs clairement définis avec des moyens adéquats.

Or, paradoxalement, les dernières Conventions ayant pour axe principal la sûreté – soit des installations nucléaires, soit de la gestion et de l'entreposage des déchets radioactifs et du combustible usé – sont rédigées dans un langage dont la généralité floue contraste étonnamment avec l'élaboration détaillée de certains codes et principes directeurs de l'AIEA touchant précisément à ces matières. L'on aurait pu au moins escompter qu'à défaut de minutie dans les stipulations conventionnelles – dont la finalité, dira-t-on, est de fournir un cadre d'ensemble commun à l'action spécifique des Gouvernements –

* Katia Boustany est Docteur en droit, Professeur au Département des Sciences Juridiques de l'Université du Québec à Montréal et Directrice du GRID – Centre de recherche en droit, sciences et sociétés. L'auteur souhaite remercier vivement les organisateurs du Congrès de l'AIDN à Tours, en particulier son président, Monsieur Jean-Léo David et Monsieur Pierre Strohl, responsable de la table ronde, pour l'invitation qui lui a été adressée de prendre part aux travaux du Congrès, participation qui a nourri sa réflexion et a été à l'origine de l'idée du présent article qui a bénéficié par ailleurs d'une subvention du Conseil Canadien de Recherches en Sciences humaines. Les faits mentionnés et les opinions exprimées dans le présent article n'engagent que la responsabilité de l'auteur.

1. Une polysémie, parfois déroutante, caractérise la désignation de ces outils normatifs dont la production abonde particulièrement dans le domaine des utilisations civiles de l'atome. Sur le plan juridique, toutefois, ces appellations diverses n'ont point d'incidence car ces dispositifs ont en commun, au départ, de n'avoir pas de portée contraignante.

il y eût une référence ou un renvoi clairement stipulés² à ces dispositifs de *soft law* demeurés jusqu'ici le seul cadre normatif servant de repère dans ce domaine. Tel n'est pas le cas, et cela n'est point fortuit.

D'un autre côté, les démarches entreprises en vue des améliorations apportées au mécanisme de la Convention de Vienne sur la responsabilité civile nucléaire semblent encore loin de porter les fruits anticipés : en effet nombre d'États dotés d'installations nucléaires de production d'électricité n'ont toujours pas adopté de législation nationale dans ce domaine. Une telle situation, plus de dix ans après l'accident de Tchernobyl, manifeste une contradiction fondamentale avec l'instauration d'un État de droit et les préoccupations apparues dans l'ordre juridique international à cet égard.

Notre propos tentera d'apporter un éclairage sur le droit nucléaire par l'analyse de la portée des instruments qui le sous-tendent, à travers le prisme du pluralisme normatif et de la fonction du droit ainsi que dans la perspective des rapports entre l'ordre juridique international et l'ordre juridique interne³. Il a pour objectif de questionner l'action des gouvernements et des organes étatiques compétents dans l'accomplissement de leurs obligations tant à l'égard de leurs citoyens que dans leurs relations interétatiques.

I. La sûreté nucléaire au piège du « droit mou » et du « droit flou »

Engagée depuis les années 1970, la vive controverse doctrinale sur les actes concertés non-conventionnels pose, au fond, la grande question de savoir ce qu'est le droit, quelle sorte de matière la forme et par quelle dynamique une norme acquiert une force obligatoire susceptible d'imposer une contrainte à ses destinataires. Ceux-ci, dans l'ordre juridique international, demeurent principalement les États, sujets majeurs du droit mais partageant cette qualité, à des degrés divers, avec d'autres acteurs de la société internationale⁴. Cependant, comme la souveraineté continue d'être l'attribut cardinal et exclusif des États, l'idée que leur consentement à être liés doit procéder de leur volonté explicitement manifestée à cet effet sous-tend le débat sur la valeur juridique des instruments de *soft law*.

Pourtant, la dynamique par laquelle une norme ou un dispositif normatif émerge en tant que règles de droit ne résulte pas toujours d'un mode d'expression irréfutable dans l'entendement premier de l'État : les actes posés par lui dans un contexte *a priori* dépourvu de caractère contraignant peuvent

-
2. Le huitième (viii) considérant du préambule de la Convention sur la sûreté nucléaire ne nous paraît pas être suffisamment explicite de la volonté des États de se référer aux Codes et Guides de sûreté de l'AIEA d'une manière susceptible de leur conférer une fonction autre qu'indicative. D'ailleurs cela ressort non seulement du caractère sibyllin de la formulation utilisée mais aussi du fait que les États ont délibérément écarté la formule d'annexes techniques à la Convention qui auraient été écrites sur la base des normes contenues dans ces instruments. Voir : Odette Jankowitsch, La Convention sur la Sûreté Nucléaire, *Bulletin de droit nucléaire* n° 54, décembre 1994, pp. 9-23, voir p. 14, par. 22 ; Patrick Reyners, La Convention de 1994 sur la sûreté nucléaire, RGDIP (1995 - 3), pp. 605-621, voir pp. 611-612.
 3. Comme nous ne saurions prétendre à l'exhaustivité, notre démarche s'attachera essentiellement à deux questions majeures : la sûreté et la responsabilité civile nucléaire, ce qui ne nous empêchera pas d'aborder d'autres sujets, le cas échéant.
 4. Rappelons que dans son *Avis sur les dommages subis au service des Nations Unies* (CIJ, 11 avril 1949, Rec. 1949, pp. 174-188, voir p. 178), la Cour Internationale de Justice déclarait : « *Les sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits ; et leur nature dépend des besoins de la communauté. Le développement du droit international, au cours de son histoire, a été influencé par les exigences de la vie internationale, et l'accroissement progressif des activités collectives des États a déjà fait surgir des exemples d'action exercée sur le plan international par certaines entités qui ne sont pas des États.* »

s'avérer néanmoins créer à sa charge une obligation de comportement⁵. Aussi ne saurait-on se suffire d'une analyse selon laquelle, les outils de ce type ne constitueraient que des « actes pré-normatifs » car ils ne créeraient pas de droits et d'obligations pouvant être invoqués devant le juge ou l'arbitre international et leur violation n'engagerait pas la responsabilité internationale de l'État⁶ : une telle approche fait fi du rôle que le juge ou l'arbitre international, précisément, sont susceptibles de conférer au temps dont l'œuvre est souvent l'architecte qui transforme des normes non-contraignantes en règles juridiques obligatoires revêtant, notamment, les traits de principes généraux de droit ou de coutume internationale⁷.

Cependant, même si l'on peut considérer qu'ils sont néanmoins destinés à produire des effets juridiques⁸ il reste indéniable qu'au départ les dispositifs de *soft law* n'ont pas de caractère contraignant pour leurs destinataires. Ainsi, pour mieux confirmer cette intention originelle, dans sa préface à chacun des codes pour la sûreté des centrales nucléaires le Directeur de l'AIEA indique bien que « *les codes et les guides de sûreté sont présentés de telle façon que tout État Membre puisse, s'il en décidait ainsi, rendre leur contenu directement applicable aux activités relevant de sa juridiction* »⁹. C'est donc, initialement, la seule volonté des États considérés individuellement qui peut attribuer à ces dispositifs ou à certaines de leurs dispositions la qualité de règles de droit obligatoires dans l'ordre juridique interne : les États n'ont à cet égard aucune obligation en droit international. Avec le temps, une concordance de volontés étatiques orientées dans le même sens pourrait refléter l'existence d'une *opinio juris* et par conséquent traduire cette conviction de l'existence d'une règle de droit constitutive de l'élément psychologique sans lequel une pratique convergente des États ne s'identifie point comme norme coutumière. Mais, pour être effective dans ses effets juridiques, une telle détermination appartient au

5. L'on se souviendra que dans ses Arrêts relatifs à l'affaire des essais nucléaires français (Australie c. France, Nouvelle-Zélande c. France, Fond, CIJ, 20 décembre 1974, Rec. 1974, respectivement pp. 253-274 et pp.458-478, les par. 42-51 et 46-53), la CIJ avait conféré aux déclarations du Gouvernement français, en particulier à celles du Président de la République sur la suspension des essais nucléaires dans l'atmosphère la portée d'un engagement juridique contraignant alors même que les autorités françaises en exprimant une telle intention n'avaient pas pour autant nécessairement entendu se lier à cet égard, surtout relativement à une date déterminée ; d'ailleurs telle était bien la compréhension de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande qui estimaient insuffisantes les déclarations françaises et avaient cherché à obtenir de la Cour une déclaration d'incompatibilité (Australie) ou d'illégalité (Nouvelle-Zélande) des essais nucléaires français au regard du droit international. Voir : Brigitte Bollecker-Stern, *L'affaire des essais nucléaires français devant la Cour internationale de justice*, (1974) AFDI, pp. 299-333, voir pp. 328-333.

6. Prosper Weil, *Vers une normativité relative en droit international ?* (1982) RGDIP 5-47, p. 10.

7. Nous ne reprendrons pas, ici, l'ensemble des éléments de la discussion que nous avons déjà abordés par ailleurs, et nous nous permettons de référer les lecteurs à : Katia Boustany, *Technologie(s) : le phénomène d'internationalisation des normes*, dans René Côté et Guy Rocher, *Entre droit et technique : enjeux normatifs et sociaux*, Les Éditions Thémis, Montréal, 1994, 363-402, en particulier 392-400.

8. Alain Pellet, *Le « bon droit » et l'ivraie – plaidoyer pour l'ivraie*, dans *Mélanges offerts à Charles Chaumont, Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Pedone, Paris 1984, p. 490.

9. Préface du Directeur Général de l'AIEA aux cinq *Codes pour la sûreté des centrales nucléaires* portant, respectivement, sur l'organisation gouvernementale (Collection Sécurité n° 50-C-G [Rev.1]), le choix des sites (n° 50-C-S [Rev.1]), La conception (n° 50-C-D [Rev.1]), l'exploitation (n° 50-C-O [Rev.1]), l'assurance de la qualité (n° 50-C-QA [Rev.1]), Agence internationale de l'énergie atomique, Vienne, 1989. Notons la formulation encore plus explicite du recueil de directives sur la radioprotection des travailleurs publié par le Bureau International du Travail: « *Quoique rédigées sous forme de règles, les directives [...] n'ont pas force de loi et n'entraînent pour les États Membres aucune obligation de mettre leur législation en harmonie avec ces dispositions* » (*Radioprotection des travailleurs (rayonnements ionisants)*, Bureau international du travail, Genève, 1987, Avant-propos, p. VI).

juge ou à l'arbitre international appelé à trancher un différend mettant éventuellement en cause un dispositif de cette nature.

Or, jusqu'ici, aucune juridiction internationale n'a eu à se prononcer sur l'un quelconque des dispositifs de *soft law* qui nous préoccupent. Si l'accident de Tchernobyl avait donné lieu à un contentieux de la responsabilité de l'État soviétique, il aurait été possible de soulever la question de savoir dans quelle mesure l'URSS n'avait pas manqué à une obligation internationale en n'imposant pas à l'exploitant nucléaire l'obligation d'intégrer une enceinte de confinement dans la conception de la centrale¹⁰: cette norme technologique, dont la fonction cardinale vise à atténuer les conséquences d'accidents graves, est établie dans le Code de sûreté relatif à la conception des centrales nucléaires¹¹; elle a été suivie par l'ensemble des pays nucléaires de l'hémisphère occidental en tant que standard technologique satisfaisant à la nécessité d'assurer une défense en profondeur¹². En conséquence, l'on pourrait conclure à l'existence d'une pratique générale combinée à une *opinio juris* dont l'association aurait ainsi formé une coutume propre au domaine nucléaire ou, à défaut de considérer une telle pratique comme répondant à l'exigence de la généralité¹³, il est permis d'estimer qu'elle corrobore à tout le moins une *opinio juris* déjà exprimée dans les dispositions pertinentes du Code de sûreté et

-
10. Raymond Latarjet, sur l'accident nucléaire de Tchernobyl, dans *Tchernobyl ; le défi de l'atome*, 3/86 Politique étrangère (IFRI) pp. 669-677 ; l'élément cardinal mis en relief par l'auteur est l'absence d'enceinte de confinement autour du réacteur.
 11. *Code pour la sûreté des centrales nucléaires : conception*. Normes de Sûreté, Vienne, Collection Sécurité n° 50-C-D (Rev.1), Agence internationale de l'énergie atomique, 1989, par. 901, qui énonce : « Pour maintenir au-dessous de limites acceptables le rejet de substances radioactives dans l'environnement dans les conditions accidentelles, il faut prévoir un système de confinement, à moins que l'on puisse prouver que le rejet de radioactivité peut être limité par d'autres moyens ». Lors d'entretiens que nous avons eus à l'AIEA en 1991, il nous a été affirmé que la norme relative à l'enceinte de confinement existait déjà dans le Code.
 12. Ibid, par. 209 : « Une deuxième application du concept de **défense en profondeur** est la suivante. Une centrale nucléaire est conçue, construite et exploitée de telle manière que les matières radioactives soient retenues à l'intérieur de barrières physiques successives. Ces barrières physiques comprennent généralement le combustible proprement dit, la gaine du combustible, l'enveloppe du circuit primaire et **l'enceinte de confinement**. La conception doit comporter les dispositions nécessaires pour garantir une efficacité appropriée ainsi que la protection de chacune de ces barrières » (les caractères gras sont ajoutés par l'auteur). Il est d'ailleurs fort significatif que la Convention sur la Sûreté nucléaire se réfère expressément, en son article 18, au concept de défense en profondeur, comme pour lever le doute sur la portée qu'auraient déjà dû avoir les dispositions pertinentes du Code de sûreté à cet égard. L'on se souviendra que lors de l'accident de Tchernobyl, l'on s'était interrogé sur l'existence, en droit international, d'un devoir d'informer incombant à l'URSS et auquel cette dernière avait manqué : la conclusion, quelques mois plus tard, en septembre 1986, de la Convention sur la notification rapide d'un accident nucléaire dissipait définitivement toute incertitude sur ce plan et confirmait, nous semble-t-il, l'existence d'une *opinio juris* quant à une telle obligation. Sur l'existence de cette obligation d'informer voir : Alexandre Kiss, *Activités scientifiques et techniques et devoir d'information en droit international*, dans Études offertes à C.A. Colliard, *Droits et Libertés à la fin du XXe siècle : influence des données économiques et technologiques*, Paris, Pedone, 1984, pp. 273-288 : L'auteur avait déjà conclu (pp. 283-284) à « l'existence d'un devoir d'information en cas d'atteinte prévisible à l'environnement d'autres États » malgré les réticences qui avaient entouré l'insertion d'un tel principe dans la Déclaration de Stockholm de 1972.
 13. Rappelons que la généralité ne signifie pas l'unanimité (voir: Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier, Alain Pellet, *Droit International Public*, LGDJ, Paris, 5e Édition, 1994, p. 321, par. 215) ; toutefois la CIJ a interprété cette généralité comme impliquant « une participation très large et très représentative », comprenant les « États particulièrement intéressés » (Affaires du Plateau continental de la Mer du Nord, CIJ, Rec. 1969, p. 43, par. 74) ; de ce fait, sur la base de ces critères, il pourrait être argué que l'URSS n'ayant pas jugé devoir se conformer à une telle pratique, cela indiquerait que les conditions requises pour la formation d'une norme coutumière opposable à tout État ne sont pas réunies.

représentant des principes généraux de droit nucléaire¹⁴ ayant force obligatoire ; d'autant que la préface précitée du Directeur général de l'AIEA affirme à propos des cinq codes de sûreté qu'ils « *établissent les objectifs et les exigences minimales auxquels les centrales nucléaires doivent satisfaire pour que la sûreté de leur exploitation soit adéquate* ».

Placée dans la perspective des règles du droit international présidant à la protection de l'environnement, et notamment à la prévention des pollutions transfrontières, cette assertion signifie, en définitive, que la négligence à tenir compte de ces normes et énoncés élémentaires – dont la finalité première est d'éviter la libération dans l'atmosphère de niveaux de radioactivité nocifs et toxiques – est susceptible de mettre en cause la responsabilité internationale de l'État.

En effet, l'exercice de leur souveraineté par les États est soumis aux limitations¹⁵ qu'impose le respect du droit international, notamment en matière de règles de bon voisinage¹⁶. En particulier, il est bien établi qu'un État ne saurait utiliser ou laisser utiliser son territoire d'une manière qui porterait atteinte aux droits des autres États ou qui leur serait préjudiciable¹⁷ sous peine justement de voir

-
14. Rappelons que les principes généraux de droit reflètent, eux aussi, l'existence d'une *opinio juris*. Comme le remarque Alfred Verdross : *Les principes généraux de droit dans le système des sources du droit international*, dans Mélanges Guggenheim, I.U.H.E.I, Genève, 1968, pp. 521-530, voir p.526 : « *La différence entre la création d'un principe de droit et celle d'une règle coutumière consiste donc dans le fait que dans le second cas, l'opinio juris s'exprime dans la pratique constante des États, tandis que dans le premier cas le principe de droit naît au moment de sa reconnaissance expresse par les États au sein ou en dehors de l'Assemblée générale* ». La mise en œuvre de ces principes peut les transformer en normes coutumières (ibid., p.530) ; toutefois, « *ils ne disparaissent pas, ils sont masqués par des normes coutumières ayant le même contenu* » (Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier, Alain Pellet, op. cit, p. 345, par. 233). Parallèlement, la coutume elle-même connaît parfois une inversion de son processus de formation, l'*opinio juris* étant considérée désormais comme susceptible de précéder la pratique des États (Ibid., p. 324, par. 217). Dans cette perspective, il a été admis que, par une « *antériorité de la conscience sur l'histoire* », la *soft law* exprime parfois une *opinio juris* pouvant « *secréter* » une norme coutumière (René-Jean Dupuy, Coutume sage et coutume sauvage, dans Mélanges offerts à Charles Rousseau, La communauté internationale, Pédone, 1974, pp. 75-87, p.86) : « *La conscience du péril, non seulement précède le respect effectif de la règle, mais il finit par l'imposer à l'opinio necessitatis du monde. [...] La règle commence à apparaître comme un principe général du droit, mais, compte tenu du domaine spécifique où elle a pour effet de s'appliquer, celui de la protection de l'équilibre écologique, elle devient un principe spécialisé de droit, imposant le respect de standards technologiques* (les caractères gras sont ajoutés par l'auteur). Elle assume une mission que la coutume sage ne peut remplir en raison de sa somptueuse lenteur; elle agit comme la coutume sauvage, avec la même ardeur, mais elle réagit contre la barbarie du monde technologique et industriel; elle puise sa sagesse dans la science qui a dénoncé les périls, son dynamisme dans la nécessité de faire vite. Elle est tout à la fois coutume savante et alertante ». Voilà qui éclaire avantageusement la réflexion sur la portée des Codes et Guides de sûreté nucléaire.
15. Sentence du Tribunal arbitral franco-espagnol dans l'affaire de l'utilisation des eaux du Lac Lanoux, (1958) 62 RGDIP, p. 99 : « *La souveraineté territoriale joue à la manière d'une présomption. Elle doit fléchir devant toutes les obligations internationales, mais elle ne fléchit que devant elles* ». Il convient de souligner qu'il s'agit non seulement des obligations d'origine conventionnelles, mais aussi celles résultant du droit coutumier et des principes généraux ; voir sur ce point : Françoise Duléry, *l'Affaire du Lac Lanoux*, (1958) 62 RGDIP, p. 487.
16. Affaire du Détroit de Corfou, Arrêt CIJ, Rec. 1949, Rapport 4, p. 22.
17. Ibid., qui énonce « *l'obligation, pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États* » ; et, auparavant, Affaire de la Fonderie du Trail, États-Unis d'Amérique c. Canada, Décision finale, 11 Mars 1941, qui constitue la première jurisprudence internationale en matière de pollution transfrontière et dans laquelle le Tribunal Arbitral déclare : « *As Professor Egleton puts it (Responsibility of States in International Law, 1928, p. 80) : « A State owes at all times a duty to protect other States against injurious acts by individuals from within its jurisdiction. A great number of such general pronouncements by leading authorities concerning the duty of a State to respect other States and their territory have been presented to the Tribunal. [...] International decisions, in various matters [...] are based on the same*

engagée sa responsabilité internationale¹⁸. Dès lors, il apparaît que le caractère non contraignant des Codes de sûreté – pour ne prendre que ces instruments de *soft law* – n'est plus aussi absolu que leurs destinataires, notamment les États, auraient tendance à le considérer.

De fait, si ces Codes comprennent les standards minimaux essentiels pour assurer, à travers une sûreté adéquate, une protection nationale et transnationale de l'environnement en empêchant l'émission d'une radioactivité nocive et préjudiciable, l'on voit mal comment ils pourraient être totalement dépourvus d'un effet contraignant. En réalité, il faudrait distinguer la nature de *l'instrumentum* de son contenu : la première renvoie à la *soft law*, mais le second engendre *de facto* une inévitable obligation technologique rejoignant et répondant à de véritables obligations juridiques, telles celles que nous venons d'évoquer en droit international. Et il ne nous semble pas exagéré d'affirmer que l'accident de Tchernobyl en fournit une démonstration, hélas, *a contrario* – s'agissant au moins de la norme relative à l'enceinte de confinement, pour ne retenir ici que cet exemple.

Pour autant, il n'est pas possible de conclure que ces outils normatifs soient actuellement devenus opposables aux États de manière irrécusable car la survenance de dispositifs conventionnels en cette même matière de la sûreté nucléaire porte à une réflexion sur les rapports qu'entretiennent ces deux types d'instruments différents par leur nature et, subséquemment, dans leurs objectifs et leur portée.

En effet, selon certains observateurs, « *le recours à un engagement non-contraignant peut être analysé comme un « succédané » de traité : les États acceptent bien de s'engager, mais ils ne veulent – ou ne peuvent – le faire d'une manière formelle ou solennelle avec toutes les conséquences que cela implique – à commencer par la mise en jeu de leur responsabilité internationale en cas de non-respect –* »¹⁹. Autrement dit, lorsque les États conviennent d'assujettir une matière donnée à une réglementation par voie de traité plutôt que de continuer à la soumettre à un encadrement normatif de *soft law*, il devrait en résulter normalement une amélioration de la qualité de l'engagement étatique subséquente au changement de la nature de l'instrument choisi car désormais la responsabilité internationale de l'État est postulée pouvoir être en cause en cas de manquement à une obligation conventionnelle.

Or une telle bonification qualitative ne nous semble pas se réaliser à travers la Convention de 1994 sur la sûreté nucléaire et la Convention commune sur la sûreté de la gestion du combustible usé et sur la sûreté de la gestion des déchets radioactifs récemment signée à Vienne en septembre 1997. Ces deux textes se qualifient eux-mêmes, dans leur préambule respectif, de « Convention incitative »²⁰ et

general principle ». Le caractère de principe fondamental du droit international de l'environnement a été attaché à cette règle; voir : Alexandre Kiss, *Droit international de l'Environnement*, Pedone, Paris, 1989, p. 30.

18. Sentence du Tribunal arbitral franco-espagnol dans l'affaire de l'utilisation des eaux du Lac Lanoux, op. cit., p. 110, où le Tribunal souligne qu'en exerçant sa compétence, un État « *prend le risque de voir sa responsabilité internationale mise en cause, s'il est établi qu'il n'a pas agi dans les limites de ses droits* ». Il va de soi, *a fortiori*, qu'un État verra également sa responsabilité engagée s'il n'a pas exercé ses compétences pour que l'utilisation de son territoire ne porte pas préjudice aux droits des autres États et qu'ainsi son appréciation de la situation le place en contravention avec les règles du droit international, telles celles relatives à la protection de l'environnement. Est-il besoin de démontrer que les normes de sûreté ont précisément cette fonction première de protection de l'environnement contre les effets nocifs de la radioactivité ?
19. Dominique Carreau, *Droit international*, Ed. Pedone, Paris, 1988, p. 186.
20. Convention sur la sûreté nucléaire (17 juin 1994), INFCIRC/449, 5 juillet 1994, Préambule, par. vii) ; Convention commune sur la sûreté de la gestion du combustible usé et sur la sûreté de la gestion des déchets radioactifs, (5 septembre 1997), Préambule, par. (x).

sont élaborés en forme d'une suite d'énoncés généraux relatifs aux principales questions agençant la conformation de la sûreté nucléaire dans sa conception élémentaire. Il est d'ailleurs clairement spécifié, dans la première Convention qu'elle « *comporte l'engagement d'appliquer des principes fondamentaux de sûreté pour les installations nucléaires plutôt que des normes de sûreté détaillées et qu'il existe, en matière de sûreté, des orientations définies au niveau international qui sont actualisées de temps à autre et qui peuvent donc donner des indications sur les moyens les plus récents d'atteindre un haut niveau de sûreté* »²¹. Pareille assertion appelle quelques commentaires.

Habituellement considérés comme des instruments incitatifs parce qu'ils sont susceptibles de « créer des attentes »²², les outils de *soft law* que sont les codes et guides de sûreté auxquels il est tacitement fait référence dans la disposition précitée ne sont plus, ici, que des dispositifs indicatifs. Simultanément, le mécanisme conventionnel perd ses attributs de medium destiné à formuler des obligations précises dans l'ordre juridique international pour être réduit à un compendium de principes fondamentaux alors même que les normes détaillées – c'est-à-dire précises – se trouvent exclues du champ de l'engagement souscrit : la Convention devient elle-même *soft law*²³.

Certes, ce processus s'inscrit dans le prolongement d'une tendance contemporaine bien identifiée en matière conventionnelle par laquelle le traité, tout en ne perdant pas sa nature juridique de *hard law* est transformé en *soft law* par son contenu²⁴. Aussi, le problème de *soft law* dans le cadre conventionnel n'affectera pas la force juridique obligatoire que possèdent tous les traités (celle que l'on peut qualifier de force obligatoire *formelle*). Mais il concerne plutôt les modalités et le degré de limitation des comportements souverains de l'État. Il s'agit plutôt de la force obligatoire *matérielle*, émanant du contenu des dispositions conventionnelles. En d'autres termes, une règle de *soft law* dans un traité est celle qui donne à l'État une plus grande marge d'action ou d'exercice de pouvoir, tandis que la *hard law* conventionnelle détermine rigoureusement le comportement de l'État ou le résultat à atteindre²⁵.

C'est donc la nature, ou plus justement la qualité de l'engagement de l'État qui est affecté. Dans le cas de la sûreté nucléaire, le passage à l'acte conventionnel apparaît, dès lors, comme une opération à somme nulle.

21. Convention sur la sûreté nucléaire, op. cit., Préambule, par. (viii).

22. Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier, Alain Pellet, *Droit international public*, p. 383, par. 259.

23. Ibid, p. 381, par. 258; les auteurs notent: « *le traité est obligatoire en tant que source ; mais il peut contenir des normes incertaines, dont l'application est largement laissée à l'appréciation de leurs destinataires [...], alors que des actes concertés non conventionnels peuvent contenir des « normes » très précises ; tel est le cas, par exemple [...] des directives relatives aux transferts d'articles nucléaires (« Accords de Londres » du 17 juin 1975). L'ensemble de ces normes incertaines du fait soit de leur contenu, soit de leur inclusion dans une source non susceptible de créer des obligations juridiques (actes concertés non conventionnels et recommandations des organisations internationales) constitue ce qu'on appelle la soft law, expression dont la traduction française est difficile (droit « mou » ?, droit « doux » ?, droit « tendre » ?, droit « vert » ?) ».*

24. Ryuichi Ida, Formation des normes internationales dans un monde en mutation, Critique de la notion de *soft law*, dans Mélanges Michel Virally, *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Pedone, Paris, 1991, pp. 333-340, voir p. 335.

25. Ibid., p. 335.

Soulignons, tout d'abord, le caractère superfétatoire²⁶ des articles 4 et 18, respectivement de la Convention sur la sûreté nucléaire et de la Convention commune sur la sûreté de la gestion du combustible usé et sur la sûreté de la gestion des déchets radioactifs, qui disposent tous deux :

« chaque Partie Contractante prend, en droit interne, les mesures législatives, réglementaires et administratives et les autres dispositions qui sont nécessaires pour remplir chacune des obligations énoncées dans la présente Convention. »

Or il est établi depuis l'époque de la Société des Nations, sans ambiguïté aucune, qu'un État « qui a valablement contracté des obligations internationales est tenu d'apporter à sa législation les modifications nécessaires pour assurer l'exécution des engagements pris ». ²⁷ Par conséquent, ces dispositions jumelles n'ont qu'un effet déclaratif car l'obligation qu'elles énoncent « existe même dans le silence du traité. » ²⁸

En réalité, comme les deux Conventions maintiennent la sûreté nucléaire dans la zone de la *soft law*, il s'agissait néanmoins de marquer la différence entre l'ensemble d'instruments non-contraignants dans ce domaine et les conséquences de la démarche conventionnelle qui appelle donc, de la part des États, des obligations de comportement et de moyens. C'est d'ailleurs sur les éléments essentiels du cadre législatif et réglementaire que l'on trouve les prescriptions les plus explicites en vue d'instaurer des mécanismes permettant de satisfaire convenablement aux préoccupations de sûreté²⁹. Car pour le reste, la terminologie énonciative emprunte les formulations les plus vagues et les plus générales du flou juridique : mesures nécessaires ou appropriées ; ressources financières adéquates; nombre suffisant d'agents qualifiés, sans que l'on sache quels critères ou modèles serviront de référents pour déterminer ce qui est approprié, adéquat ou suffisant. Aussi, inévitablement, l'ombre des Codes et Guides de sûreté plane-t-elle encore et toujours sur le contenu concret des obligations contractées par les États, même si ces derniers ont entendu écarter tout renvoi exprès à ces instruments. D'une *soft law*, l'autre – comme en un perpétuel mouvement qu'impose malgré elle l'esquive des Gouvernements.

Au bout du compte, qu'il s'agisse des Conventions ou des Codes et Guides de sûreté, la portée effective de l'un ou l'autre de ces outils normatifs et de leur contenu, le sens de leurs dispositions sont régis par les obligations qui incombent en tout cas aux États en vertu des règles évoquées plus haut du droit international général, voire également de celles de son corpus juridique particulier relatif à la protection de l'environnement, ou encore des dispositifs protégeant les personnes et leurs biens. À cet égard, le principe général de droit – *sic utere tuo ut alienum non laedas* – selon lequel l'utilisation du

26. Opinion partagée, dans son analyse pénétrante, par Monsieur Pierre Ströhl, *La Convention sur la sûreté nucléaire*, (1994) AFDI pp. 804-822, voir pp. 811-812.

27. Échange des populations grecques et turques, CPJI, Avis Consultatif, 21 février 1925, série B, n° 10, p. 20 ; plus tard, la même Cour complètera cette règle en affirmant que « c'est un principe généralement reconnu du droit des gens que, dans les rapports entre Puissances contractantes d'un traité, les dispositions d'une loi interne ne sauraient prévaloir sur celles du traité » (CPJI, Avis Consultatif, 31 juillet 1930, série B, n° 17, p. 32). La conjugaison de ces deux décisions signifie que les États ont l'obligation de conformer leur droit interne à leurs engagements internationaux et ils ne peuvent arguer de leur droit interne pour s'y soustraire. C'est d'ailleurs le sens de l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969) qui stipule: « Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant de la non exécution d'un traité ».

28. Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier, Alain Pellet, *Droit international public*, p. 230, par. 152.

29. Articles 7 et 8 de la Convention sur la Sûreté Nucléaire ; articles 19 et 20 de la Convention commune sur la sûreté de la gestion du combustible usé et des déchets radioactifs.

territoire doit se faire de manière à ne pas infliger de dommage aux États voisins est considéré comme ayant été confirmé par le développement du droit international de l'environnement et du droit applicable aux accidents industriels ayant des effets transfrontaliers ; en particulier, depuis que le principe 21 a été adopté à la Conférence de Stockholm³⁰, les États ne peuvent ignorer qu'ils ont une obligation de ne pas causer de préjudice à la santé humaine et à l'environnement au-delà de leur juridiction nationale³¹.

Destinées à déployer leurs bénéfices propres dans la société internationale comme dans les sociétés nationales, les activités civiles nucléaires s'inscrivent et se déroulent dans un contexte socio-juridique qu'informent des considérations axiologiques traduites en termes normatifs ; c'est pourquoi, malgré le caractère souvent dérogoatoire au droit commun des législations et conventions applicables au secteur nucléaire, celles-ci ne sont pas mises en œuvre de manière cloisonnée ou en vase clos mais sont appelées à produire leurs effets dans le respect des autres règles de droit demeurant, par ailleurs, en vigueur.

De ce fait, les États n'ont pas toujours les marges de manœuvre qu'ils croient posséder dans leur souveraineté, laquelle connaît les limites que lui impose le droit international. Dans cette optique, les questions relatives à la responsabilité civile nucléaire méritent également l'attention.

II. La responsabilité civile nucléaire : un complément méconnu de la sûreté

Une même disposition dans les deux conventions relatives à la sûreté concerne la responsabilité de l'exploitant nucléaire³² et établit ainsi un lien entre sûreté et responsabilité. Mais, une

30. Déclaration du 16 juin 1972 de la Conférence des Nations Unies sur l'Environnement, dans Claude-Albert Colliard et Aleth Manin, *Droit international et Histoire diplomatique*, Tome 1 : textes généraux 1971-1973, Publications de la Sorbonne/Librairie Soliec, Paris, 1975, voir pp. 181-186 ; Les termes du principe 21 sont les suivants : « *Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et ils ont le devoir de s'assurer que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres États ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale* » (les caractères gras sont ajoutés par l'auteur). Sur la portée de ce principe, A. Kiss (op. cit., pp. 81-82) écrit : « *Le principe 21 de la Déclaration de Stockholm, texte juridiquement non obligatoire, est aujourd'hui généralement reconnu comme étant devenu une règle de droit international coutumier. En effet, il a été réaffirmé un certain nombre de fois dans des déclarations émanant des Nations Unies elles-mêmes [...], comme par d'autres institutions internationales [...]. Son contenu est aussi inséré dans la Convention sur le droit de la mer (article 194(2)) ainsi que dans l'article 20 de la Convention sur la conservation de la nature et des ressources naturelles, signée le 9 juillet 1985 par six États d'Asie du Sud-Est. La Convention de Genève du 13 novembre 1979 sur les pollutions atmosphériques transfrontières à longue distance reproduit le principe 21 de la Conférence de Stockholm en le qualifiant « d'expression de la conviction commune ». Il est donc permis de voir ainsi réunis les deux éléments constitutifs de la coutume internationale, d'une part dans la répétition des affirmations et la pratique internationale à laquelle elles correspondent dans l'ensemble, d'autre part dans cette « conviction commune » maintes fois exprimée qui constitue l'élément psychologique, l'*opinio juris*.* »

31. Louise de La Fayette, *International Environmental Law and the Problem of Nuclear Safety*, (1993) *Journal of Environmental Law*, vol.5, n° 1, pp. 33-69, voir p.39 ; l'auteur raisonne, à toute fin pratique, de la même manière que Kiss : « *Since Principle 21, the 'no harm' principle was adopted at the Stockholm Conference in 1972, its message has been repeated in scores of treaties, codes of conducts, decisions, directives and guidelines, in both 'hard' and 'soft' law instruments. Having recently concluded a number of substantial multilateral conventions on environmental protection, and having commenced negotiations on a fair number of others, states cannot but be aware that they have a duty not to cause harm to human health and the environment beyond the limits of their national jurisdiction* ».

32. L'article 9 de la Convention sur la Sûreté nucléaire énonce : « *Chaque Partie Contractante fait le nécessaire pour que la responsabilité première de la sûreté d'une installation nucléaire incombe au titulaire de* »

fois de plus, la formulation de l'obligation pesant sur l'État demeure vague et semble lui laisser toute latitude quant aux modalités de son accomplissement. Pourtant, le contenu de cette obligation nous semble devoir inévitablement se rapporter à la nécessité de mettre en place une législation spécifique relative à la responsabilité civile nucléaire objective du titulaire d'autorisation, lui imposant ainsi une obligation de résultat et non seulement de moyens. Autrement, l'on ne voit pas comment serait satisfaite la disposition conventionnelle selon laquelle la responsabilité première de la sûreté devrait incomber audit titulaire, surtout si l'on tient compte du fait que l'objectif majeur du processus conventionnel est « *d'atteindre et maintenir un haut niveau de sûreté dans le monde entier*³³. »

En outre, pareille stipulation n'aurait pas sa raison d'être s'il n'avait existé, en réalité, une grande distorsion à cet égard entre différents pays ayant développé un programme électronucléaire, notamment sur le continent européen. En effet, nombreux étaient les États d'Europe Centrale et Orientale qui, jusqu'à tout récemment, n'avaient pas encore adopté de législation dans le domaine de la responsabilité civile nucléaire. À l'heure actuelle, la Fédération de Russie ne l'a toujours pas fait. Or, l'accident de Tchernobyl, a clairement mis en évidence l'inadéquation des mécanismes du droit commun en matière d'indemnisation et de réparation des dommages aux personnes et aux biens résultant d'un accident nucléaire³⁴.

Ce rapport entre la sûreté et un régime approprié de responsabilité civile nucléaire a été confirmé sur le plan juridique, paradoxalement, à travers un processus de contestation judiciaire de la Loi Canadienne sur la responsabilité civile nucléaire. Dans cette affaire, une association environnementaliste de l'Ontario, Energy Probe, contestait la constitutionnalité de la loi notamment sur la base de l'article 7 de la Charte Canadienne des Droits et Libertés qui consacre le droit à la sécurité de la personne³⁵. Les demandeurs avançaient, en particulier, que les membres du public étaient privés de la sécurité de leur personne au niveau de la diligence requise (« care level ») : selon eux, le plafond de responsabilité instauré par la Loi sur la responsabilité civile nucléaire réduisait les incitatifs de sûreté de la part de l'exploitant nucléaire, de sorte que les réacteurs seraient exploités de manière moins sûre, accroissant ainsi le risque pour le public d'un accident nucléaire³⁶.

l'autorisation correspondante et prend les mesures appropriées pour que chaque titulaire d'une autorisation assume sa responsabilité » ; et l'article 21 de la Convention commune sur la gestion du combustible usé et des déchets radioactifs reprend les mêmes termes en y apportant les modifications requises par l'objet du texte : « *Chaque Partie Contractante fait le nécessaire pour que la responsabilité première de la sûreté du combustible usé ou des déchets radioactifs incombe au titulaire de l'autorisation correspondante et prend les mesures appropriées pour que chaque titulaire d'une autorisation assume sa responsabilité* ». Il convient de souligner que la « responsabilité première de l'exploitant » visée ici répond au concept de « *responsibility* » et « *liability* » laquelle demeure par ailleurs une obligation primordiale lui incombant. Cette distinction n'affecte pas toutefois l'analyse que nous nous proposons de faire de l'ensemble des obligations incombant tant à l'État qu'à l'exploitant au titre d'une responsabilité, quel qu'en soit le sens.

33. Article 1(i) de chacune des deux Conventions.

34. Soupatavaeva Olga, *Nuclear Liability Law in Russia, Nuclear Inter Jura*'97 ; l'auteur écrit : « *The experience in the elimination of consequences of the Chernobyl catastrophe has clearly proved that nuclear damage of a tremendous scale cannot be compensated for within the framework of traditional standards of civil law, which were designed to compensate for usual risks* ».

35. L'article 7 de la Charte des Droits et Libertés énonce : « *Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale* ».

36. *Energy Probe et al. v. Attorney General of Canada (1994) 17 O.R. (3d) 717, Ontario Court (General Division), Blenus Wright J., pp. 731-732.*

Le jugement rendu, qui décline une telle proposition, passe en revue un certain nombre d'éléments dont certains méritent, ici, de retenir plus particulièrement l'attention.

La Cour s'attache d'abord aux pratiques de l'organisme réglementaire – la Commission de contrôle de l'énergie atomique – CCEA – et relève que cette dernière délègue en permanence des scientifiques et des ingénieurs résidant sur le site même d'une centrale nucléaire pour en assurer une surveillance continue tout au long du cycle de l'installation; par ailleurs, la CCEA possède un complément de spécialistes travaillant dans le domaine de l'assurance de la qualité.³⁷ L'une et l'autre de ces procédures de contrôle par l'organisme réglementaire répondent à des prescriptions énoncées dans les Codes pour la sûreté des centrales nucléaires de l'AIEA. En effet, le Code relatif à l'exploitation stipule : « *La sûreté d'une centrale nucléaire en exploitation doit être soumise à la surveillance d'un organisme réglementaire indépendant de l'organisme exploitant* »³⁸.

De même, est-il prévu dans le Code de sûreté portant sur l'organisation gouvernementale que « *des inspections réglementaires doivent être effectuées dans tous les domaines de responsabilité réglementaire* », notamment pour « *assurer la mise en œuvre efficace des programmes d'assurance de la qualité* » et, le cas échéant, évaluer et en approuver les modifications³⁹.

L'arrêt rendu s'intéresse ensuite au processus réglementaire, et met en évidence trois exigences technologiques de la Commission à l'égard du détenteur de permis : il s'agit des systèmes spéciaux de sûreté que sont les systèmes d'arrêt de la centrale, le système de refroidissement du réacteur et l'enceinte de confinement⁴⁰. Là encore, nous retrouvons des critères énoncés dans le Code de sûreté consacré à la conception des centrales nucléaires⁴¹. Le jugement souligne que dans le processus de délivrance du permis, les questions importantes de sûreté sont identifiées avant l'octroi du permis, lequel n'est accordé qu'après leur résolution⁴²; il note également que des règles fondamentales régissent l'exploitation sûre d'un réacteur, la CCEA requérant, par ailleurs, un programme d'entraînement des opérateurs approuvé par elle et comportant des examens administrés sous son contrôle.⁴³ Sont également prises en compte par le juge les inspections de sûreté effectuées par les inspecteurs résidents de l'organisme réglementaire, l'assurance de la qualité comme partie intégrante de la sûreté de l'installation, les conditions d'entretien et de vérification des équipements, les exigences imposées au détenteur de permis de rapporter tous incidents et données d'exploitation et la révision annuelle par le personnel de la Commission de la performance d'une centrale nucléaire en matière de sûreté⁴⁴.

Avec, au point de départ, l'idée que le plafonnement de la responsabilité financière de l'exploitant serait susceptible de réduire le niveau de sûreté⁴⁵, le juge en arrive au constat inverse par

37. Ibid, p. 735.

38. Code pour la sûreté des centrales nucléaires : exploitation, op. cit., par. 202.

39. Code pour la sûreté des centrales nucléaires : Organisation gouvernementale, op. cit., par. 1006, (3) et (4).

40. *Energy Probe v. Canada*, op. cit, p. 736.

41. Code pour la sûreté des centrales nucléaires : Conception, op. cit., chapitres 5, 7 et 9.

42. *Energy Probe v. Canada*, op. cit, p. 737.

43. Ibid.

44. Ibid., pp. 737-739.

45. Ibid., pp. 732-733 ; le juge Wright écrit : « *As a general proposition it may be that less liability results in less incentives for safety . But, that proposition depends on the activity involved and the surrounding circumstances. [...] In the case of nuclear plants, consideration must be given to the incentives of operators*

l'examen minutieux du processus régulateur. Ainsi, des mécanismes appropriés de sûreté génèrent une responsabilité adéquate de l'exploitant nonobstant les conditions financières en cause.

En fait, c'est la canalisation de la responsabilité sur l'exploitant qui apparaît comme la pierre angulaire d'une sûreté fiable. Et cette canalisation est double : *responsabilité technologique* première de l'exploitant en matière de sûreté, selon le sens de l'exigence explicite des deux Conventions relatives à ce domaine ; *responsabilité juridique* civile, exclusive et objective de l'exploitant emportant obligation d'indemniser tout préjudice en cas de défaillance de sa part aboutissant à un accident.

Dès lors, il devient fort difficile pour les États de prétendre dissocier leur obligation de mettre en place les dispositifs réglementaires capables d'induire de la part du titulaire d'autorisation le niveau requis de sûreté des installations nucléaires de leur obligation parallèle d'adopter une législation spécifique concernant la responsabilité civile nucléaire. Car, comme cela a été fort pertinemment relevé « la sanction de la responsabilité participe à : remédier au mieux par une logique de compensation aux défaillances du système préventif ; constituer dans le même temps l'un des moyens par lequel l'efficacité de ce système sera stimulée. Il y a, à l'évidence un lien étroit entre la réparation et la prévention », la première devant revêtir un « caractère dissuasif » à l'endroit des entreprises afin de susciter chez elles « une attention accrue à la sécurité et à la prévention des accidents⁴⁶. »

Corollaire d'une sûreté fiable, un régime adéquat de responsabilité civile nucléaire s'impose aussi à titre de composante cardinale d'un ordre juridique au sein duquel l'État et le droit remplissent leur fonction de régulateurs des comportements sociaux⁴⁷. Il y a là une conséquence inévitable de la nature du risque technologique généré par les activités civiles nucléaires; et la prise en charge des obligations législatives et réglementaires leur incombant par les pouvoirs publics des pays démocratiques a permis d'y établir un corpus juridique répondant à ces nécessités jumelles de sûreté et de responsabilité. Aussi, la survenance d'accidents tels ceux de Three Mile Island, de Goiânia et de Forbach a-t-elle ouvert aux victimes la possibilité de quérir par voie juridictionnelle un dédommagement du préjudice subi et également, dans les deux derniers cas, une sanction des responsables dont la négligence a été mise en cause⁴⁸. Au contraire, l'accident de Tchernobyl a requis l'adoption,

and the role of the regulator in the safe operation of nuclear reactors [...] Of prime importance is the role of the AECB in regulating safe operation ».

46. Marie-Claude Boehler, *Réflexions sur la responsabilité et l'accident radiologique ou nucléaire : le cas des accidents de Goiânia, Forbach, Three Mile Island et Tchernobyl*, *Bulletin de droit nucléaire* n° 59, (Juin 1997) pp. 15-29, voir p. 15.

47. Georges Burdeau, *L'État, Seuil*, Paris, 1970 ; l'auteur consacre des développements à « l'État comme régulateur de l'ordre et du mouvement » et constate (pp.110-111) à ce propos : « [...] l'État est la seule puissance capable de régulariser la concurrence des Pouvoirs. Leurs luttes, si elles pouvaient atteindre leur paroxysme, détruiraient la société, et le même résultat serait atteint si l'un d'eux parvenait à réduire les autres au silence puisque alors la société s'étiolerait dans une immobilité mortelle » ; Paul Amselek, *Le droit, technique de direction publique des conduites humaines*, (1989-10) *Droits*, pp. 7-10, qui écrit (p. 10) : « Ce qui caractérise et singularise les règles juridiques par rapport aux autres sortes de règles éthiques, c'est une spécialisation particulière de leur vocation instrumentale : les règles juridiques sont des outils de direction publique des conduites humaines, des outils de commandement ou gouvernement public. Les hommes, en effet, sont des animaux sociaux qui vivent en peuples ou populations et qui ont, de ce fait, besoin d'une coordination, c'est-à-dire d'un règlement synchrone de leurs conduites respectives, d'un réglage de leur expérience de convivialité. Partout l'expérience historique montre l'existence de procédures visant à la satisfaction de ce besoin, en particulier sous la forme de l'établissement de pouvoirs publics ou autorités publiques... ».

48. Marie-Claude Boehler, *op. cit.*

postérieurement à l'événement, de législations spéciales pour l'indemnisation des victimes ce qui a soumis le processus davantage à des considérations politiques que de droit⁴⁹.

Or le propre d'un État de droit est de protéger les citoyens contre les aléas politiques en assujettissant également les gouvernants à la règle de droit⁵⁰ de manière à protéger les gouvernés contre l'arbitraire ou l'abus de pouvoir de la part des autorités étatiques quelles qu'elles soient :

« En effet, la notion d'État de droit est la traduction juridique de l'idée de la primauté éthique de l'individu vis-à-vis du pouvoir : l'État n'est légitime que dans la mesure où il contribue à l'épanouissement de l'individu. En d'autres termes l'État de droit est la forme juridique revêtue par les sociétés modernes individualistes et libérales. Il représente le retrait de l'État face aux droits de l'homme désormais conçus comme catégories juridiques efficientes⁵¹. »

Dans cette perspective, l'existence d'une législation adéquate relative à la responsabilité civile nucléaire répond aussi aux exigences inhérentes à toute démocratie quant au respect des droits de la personne tels qu'énoncés tant dans l'ordre juridique interne que dans l'ordre juridique international. C'est pourquoi un lien peut être établi entre la responsabilité, la diligence dans le domaine de la sûreté et le droit à la sécurité. À cet égard, il est significatif que le juge canadien, dans l'affaire Energy Probe précitée, n'ait pas nié une telle relation tripolaire : il a seulement vérifié la prétention des demandeurs à partir de l'analyse des conditions réglementaires et effectives de sûreté. Voire, le fait même de se livrer à cet examen confirme la pertinence du triangle techno-juridique comme pilier fondamental de la normativité nucléaire.

Transposée à l'espace juridique européen issu de la Dimension humaine de la Conférence sur la Sécurité et la Coopération en Europe – CSCE (devenue OSCE) – avec la place centrale que la Charte de Paris a conférée à la trilogie « droits de l'homme, démocratie, État de droit »⁵² –, la triade « responsabilité, sûreté, sécurité » dans le domaine nucléaire s'inscrit alors également au sein d'une sphère régionale orientée vers l'édification d'un ordre juridique fondé, dans ses volets à la fois interne et externe, sur des valeurs communes devant informer législations et réglementations.

Dès lors, nous semble-t-il, les États ne sauraient se soustraire à l'adoption des dispositifs juridiques répondant aux garanties recherchées pour les citoyens à travers des engagements internationaux qui, même s'ils sont consignés dans des instruments de *soft law*⁵³, n'en appellent pas moins une mise en oeuvre de bonne foi⁵⁴. Et dans cette optique, l'instauration de régimes de sûreté et de

49. Ibid., pp. 25-28.

50. Olivier Beaud, Ouverture : L'honneur perdu de l'État, (1992 - 15) Droits, 3-10; l'auteur rappelle (p. 9) : « Dans sa version la plus courante, la théorie de l'État de droit implique une limitation de l'État par les règles de droit, et par conséquent une auto-limitation de l'État lorsque celui-ci crée les normes ».

51. Ibid., pp. 7-8.

52. Charte de Paris pour une nouvelle Europe (1990), 21 novembre 1990, dans Emmanuel Decaux, Sécurité et coopération en Europe, La Documentation Française, Paris, 1992, pp. 285-294 ; rappelons les termes pertinents pour notre propos des énoncés de la Charte de Paris : « Les droits de l'homme et les libertés fondamentales sont inhérents à tous les êtres humains, inaliénables et garantis par la loi. La responsabilité première des gouvernements est de les protéger et de les promouvoir. [...] Le gouvernement démocratique repose sur la volonté du peuple [...]. La démocratie est fondée sur le respect de la personne humaine et de l'État de droit ».

53. C'est le cas de la Charte de Paris.

54. Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier, Alain Pellet, Droit international public, p. 383, par. 259 : « sans être liés par leurs dispositions, les États le sont par le principe de la bonne foi; leur non-respect n'engage pas, ipso

responsabilité nucléaires fiables et adéquats participe du respect de l'engagement de protéger les personnes et leurs droits à l'intérieur de l'espace étatique. Autrement dit, elle constitue, pour les pays d'Europe Centrale et Orientale, un élément capital du processus de transition vers la démocratie comprise non seulement à travers le mécanisme d'élections libres, mais dans son sens plein et entier incorporant l'État de droit et les droits de la personne.

Demeure la question de savoir si les États concernés et leurs corps constitués ont toute latitude dans le temps pour mettre en place les mesures législatives et réglementaires pertinentes. Certes, la Convention commune sur la sûreté de gestion du combustible usé et des déchets radioactifs accepte de tenir compte, dans son préambule, de la situation particulière « des États à économie en transition »⁵⁵, mais cela ne signifie pas pour autant que de telles considérations économiques pourraient justifier un quelconque retard dans la mise en place d'un régime juridique de responsabilité civile nucléaire. À cet égard, il convient de rappeler que la règle de bonne foi dans les rapports internationaux concerne l'État dans toutes ses institutions, y compris notamment l'instance législative, laquelle devrait faire preuve de diligence en la matière. Car plus de dix ans après l'accident de Tchernobyl, et bientôt neuf ans après la chute du Mur de Berlin, l'on comprend mal que ne soit pas encore complétée l'harmonisation des législations dans ce domaine avec celles des pays d'Europe de l'Ouest comme avec la Convention de Paris et la Convention de Vienne, du moins en ce qui a trait à la responsabilité objective de l'exploitant et à sa canalisation exclusive – fut-elle juridique ou économique – sur lui.

En effet, à travers les dispositifs législatifs et conventionnels spécifiques en matière de responsabilité civile nucléaire, il y a l'expression d'une *opinio juris sive necessitatis* au sens précis d'une nécessité sociale commune à l'ensemble des composantes de la société internationale⁵⁶; et l'accession de la presque totalité des pays d'Europe de l'Est à la Convention de Vienne de 1963 confirme cette conviction générale de l'existence de règles de droit ou principes internationaux fondamentaux en matière de responsabilité civile nucléaire appelant un alignement des législations nationales sur le régime de base à cet égard.

Aussi, le défaut persistant d'un État aussi important que la Fédération de Russie à rallier effectivement l'orientation juridique désormais confirmée quant aux caractères substantiels d'un dispositif adapté de responsabilité civile nucléaire ne saurait affecter l'existence d'une telle *opinio juris*, dans la mesure où la Déclaration faite à l'issue du Sommet de Moscou de 1996 sur la sûreté et la sécurité nucléaires reconnaît, à propos de la responsabilité nucléaire, que « *les principes essentiels dans ce domaine sont la responsabilité stricte et exclusive de l'exploitant des installations nucléaires, et la garantie d'une sécurité financière propre à assurer une indemnisation adéquate* ». La même déclaration affirme : « *Il est essentiel que les pays possédant des installations nucléaires établissent, lorsqu'ils ne l'ont pas encore fait, un régime efficace de responsabilité en matière de dommages nucléaires qui soit conforme à ces principes*⁵⁷. »

facto, la responsabilité de l'auteur du manquement, mais l'acte concerté non conventionnel a pu créer des attentes, qui peuvent autoriser son ou ses partenaires à faire jouer le principe d'estoppel ».

55. Convention commune sur la sûreté de la gestion du combustible usé et des déchets radioactifs, op. cit., Préambule, par.(x).

56. Dominique Carreau, op. cit., pp. 245-246.

57. Extraits rapportés dans un rapport sur le Séminaire concernant la Responsabilité et l'assurance nucléaire en Russie, *Bulletin de l'AEN*, Printemps 1997, vol. 15 n° 1, pp. 18-21.

Compte tenu d'une telle *opinio juris* relative aux principes internationaux devant régir la responsabilité civile nucléaire et de la pratique générale qui y est associée, il est permis de constater la possible cristallisation d'une norme coutumière et, en conséquence, de mettre de l'avant une obligation en droit international de se conformer à cet ensemble de normes formulant les exigences fondamentales d'un régime juridique approprié de responsabilité civile nucléaire. Il en résulte, là aussi, que les États n'ayant pas encore adopté de législation spécifique à cet égard auraient moins de latitude de repousser une telle échéance que leurs seuls engagements conventionnels ne le leur laisserait croire, car dans les rapports entre l'ordre juridique international et l'ordre juridique interne l'obligation de conformer ce dernier au premier concerne l'ensemble du spectre normatif international⁵⁸.

En d'autres termes, la mise en place d'un régime de responsabilité civile nucléaire basé sur la canalisation exclusive d'une responsabilité objective sur l'exploitant et comportant un mécanisme financier approprié d'indemnisation des dommages procède d'un triple spectre d'obligations internationales : celles reliant la responsabilité à une sûreté fiable ; celles résultant de l'État de droit et son corollaire la primauté du droit en vertu desquels les droits de la personne s'imposent aux Gouvernants, de sorte que dans le cas qui nous préoccupe les citoyens jouissent d'un droit à la sécurité de leur personne comme d'un droit à un environnement sain⁵⁹; et, enfin, celles découlant de la coutume internationale émergeant de la conjugaison d'une *opinio juris* à une pratique largement confirmée en matière de responsabilité civile nucléaire.

Conclusion

Il a été dit de la Convention sur la Sûreté nucléaire qu'elle était celle du « possible »⁶⁰ eu égard, notamment, à la structure complexe des savoirs qu'il faut associer pour maîtriser le risque radioactif ainsi qu'à la diversité des filières techno-scientifiques à l'échelle nationale et aux aléas des « incertitudes résiduelles des connaissances » restreignant ainsi les « modes d'action du droit » à des énoncés de principes et objectifs de sûreté, de moyens et critères globaux comme également de « spécifications essentielles du système »⁶¹.

Toutefois, le « possible » s'avère aussi être l'étendue de la volonté des États à s'engager conventionnellement de manière sérieuse. Dans cette optique, le problème soulevé par les textes des deux Conventions de sûreté ne réside pas tant dans le fait qu'ils formulent seulement des règles générales mais se rattache davantage à la dissolution des obligations étatiques dans l'étonnant concept de « Convention incitative ». Et la question majeure qui se pose est celle de savoir s'il faut en déduire une absence de responsabilité de l'État en cas de défaut à agir selon les orientations conventionnelles. Certes,

58. La nécessité d'appliquer la coutume internationale dans l'ordre juridique interne ne fait plus de doute, d'autant que « *la règle traditionnelle d'origine anglo-saxonne, international law is part of the law of the land, est universellement admise* » (Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier, Alain Pellet, *Droit international public*, p. 337, par. 226 ; rappelons, par ailleurs, que pour la doctrine objectiviste affirmant la primauté du droit international sur le droit interne « *toute norme intersociale prime toute norme interne en contradiction avec elle, la modifie ou l'abroge ipso facto* » Georges Scelle cité par Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier, Alain Pellet, *Droit international public*, p. 96, par. 49).

59. Déclaration de Stockholm, 1972, op. cit., Principe 1 : « *L'homme a un droit fondamental à la liberté, à l'égalité et à des conditions de vie satisfaisantes, dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien-être* ».

60. Pierre Strohl, op. cit., p. 810.

61. Ibid., p. 807.

chacune des Conventions comprend une disposition relative aux procédures et modes de « règlement des désaccords »⁶² portant sur leur interprétation ou leur application ; néanmoins, ces formulations semblent écarter l'éventualité d'une véritable mise en cause de la responsabilité internationale d'un État défaillant. D'ailleurs, comment établir une telle défaillance ; à l'aune de quels critères ou modèles lorsque la prémisse est que l'État demeure juge de l'opportunité et des moyens.

Il est, bien sûr, capital que l'exploitant ou le titulaire d'autorisation soit assujéti à un régime de responsabilité objective et exclusive; il l'est tout autant pour l'État de savoir que sa responsabilité internationale peut être mise en cause pour violation d'une règle de droit international ou négligence à la mettre en œuvre effectivement – sinon efficacement. À cet égard, la complaisance vis-à-vis de l'URSS des pays d'Europe de l'Ouest directement affectés par l'accident de Tchernobyl n'aura certainement pas été exemplaire. Et l'on peut se demander, à constater les retards persistants de la Fédération de Russie tant dans le domaine de la législation relative à la responsabilité civile nucléaire que dans celui de la sûreté, si une telle complaisance n'a pas eu, en fait, des effets pervers.

Il ne suffit pas que les États d'Europe Occidentale ou, plus largement de l'OCDE, contribuent financièrement et techniquement à l'amélioration du niveau et des processus de sûreté dans les centrales nucléaires des différents pays d'Europe Centrale et Orientale ; encore leur faut-il peser de tout le poids de leur contribution pour obtenir, en contrepartie, l'adoption des législations et réglementations pertinentes non point par une prétendue ingérence dans les affaires internes d'autres États mais parce que l'ensemble des États considérés est convenu d'édifier une société européenne fondée sur l'État de droit et le respect des citoyens.

62 Article 29 de la Convention sur la sûreté nucléaire et article 38 de la Convention commune sur la gestion du combustible usé et des déchets radioactifs ; ces deux dispositions stipulent : « *En cas de désaccord entre deux ou plusieurs Parties contractantes concernant l'interprétation ou l'application de la présente Convention, les Parties contractantes tiennent des consultations dans le cadre d'une réunion des Parties contractantes en vue de régler ce désaccord* ». L'article 38 de la Convention commune poursuit : « *Au cas où lesdites consultations s'avèreraient improductives, il pourra être recouru aux mécanismes de médiation, de conciliation et d'arbitrage prévus par le droit international, y compris les règles pratiques en vigueur au sein de l'Agence* ».