

DÉCLARATION DE M. LE JUGE SIMMA

[Traduction]

L'interprétation que fait la Cour de la demande de l'Assemblée générale est par trop restrictive et susceptible d'induire en erreur — L'approche de la Cour dénote une conception dépassée du droit international — La demande aurait mérité une réponse plus complète, passant par l'analyse de règles tant permissives que prohibitives du droit international — Selon le principe du Lotus, sur lequel s'est fondée la Cour, tout ce qui n'est pas expressément interdit est uniformément licite — La Cour aurait pu se demander si le droit international peut être neutre ou délibérément muet sur certaines questions et s'il peut faire place à la notion de « tolérance » — En adoptant ainsi une approche limitative, la Cour a réduit la qualité consultative de son avis.

1. Bien que je souscrive à la plupart des motifs avancés par la Cour ainsi qu'à la réponse qu'elle a donnée à l'Assemblée générale, je crains que son analyse n'ait été par trop restrictive et qu'elle ne soit susceptible d'induire en erreur. En particulier, au paragraphe 56 de l'avis consultatif, la demande de l'Assemblée générale est interprétée comme visant simplement à obtenir un avis sur la question de savoir si la déclaration d'indépendance du Kosovo a été adoptée en violation ou non du droit international, et ce, d'une manière que je considère comme très discutable sur le plan méthodologique. A mon sens, cette interprétation non seulement va à l'encontre du libellé même de la demande, qui pose en termes neutres la question de la « conformité au droit international » de la déclaration d'indépendance (voir avis consultatif, par. 1), mais encore elle soustrait à l'examen de la Cour la question de savoir si le droit international peut permettre expressément ou même prévoir un droit à l'indépendance lorsque certaines conditions sont remplies.

2. Je trouve cette approche troublante compte tenu de la conclusion générale de la Cour figurant au paragraphe 3 du dispositif (*ibid.*, par. 123), selon laquelle la déclaration d'indépendance « n'a pas violé le droit international ». La logique qui sous-tend l'approche suivie par la Cour dénote une conception ancienne et vieillie du droit international, fondée qu'elle est sur le fameux adage figurant dans l'arrêt rendu en l'affaire du *Lotus*, selon lequel les limitations posées à l'indépendance d'un Etat ne se présumant pas, l'ordre juridique international étant par nature consensuel (*Lotus*, arrêt n° 9, 1927, C.P.J.I. série A n° 10, p. 18). Comme la Cour permanente dans l'affaire du *Lotus* (*ibid.*, p. 19-21), la Cour a conclu dans le présent avis que, en ce qui concerne un acte spécifique, il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'une règle permissive dès lors qu'il n'existe pas d'interdiction.

3. Sur ce point, dans le contexte actuel d'un ordre juridique international fortement influencé par des idées venues du droit public, le raison-

nement de la Cour est dépassé. A titre d'explication, je ferai ici deux observations. Premièrement, en limitant indûment la portée de son analyse, la Cour n'a pas répondu de manière satisfaisante à la question qui lui était posée. Pour ce faire, elle aurait dû examiner de façon plus poussée les règles tant prohibitives que permissives du droit international concernant les déclarations d'indépendance et les tentatives de sécession. Deuxièmement, en se fondant sur le principe du *Lotus*, la Cour n'a pas su saisir l'occasion de dépasser cette vision anachronique extrêmement «consensualiste» du droit international. Elle aurait pu envisager la question dans une autre perspective, et ne pas se contenter d'assimiler de manière formaliste absence d'interdiction et existence d'une règle permissive; elle aurait pu aussi examiner la possibilité que le droit international soit neutre ou délibérément muet quant à la licéité de certains actes.

4. En ce qui concerne mon premier argument, je voudrais rappeler le libellé de la demande de l'Assemblée générale, qui voulait savoir si la déclaration d'indépendance du Kosovo était «conforme au droit international» (avis consultatif, par. 1). Dans son avis, la Cour considère que, pour répondre à cette question, il lui suffit de vérifier s'il existe, en droit international, une règle prohibitive en la matière, considérant donc que, en l'absence de violation du droit international, il y a conformité avec celui-ci (*ibid.*, par. 56). Cette interprétation, cependant, cadre mal avec les termes mêmes de la demande, qui ne pose délibérément pas la question de l'existence d'une règle prohibitive ou permissive en droit international. Si l'Assemblée générale avait voulu limiter ainsi la portée de sa question, elle aurait aisément pu choisir un autre libellé qui l'aurait indiqué clairement, l'expression «conforme au» revêtant par nature un sens plus large.

5. Certes, la demande n'est pas rédigée de la même manière que la question posée à la Cour suprême du Canada (qui portait sur un «droit de procéder ... à la sécession» — voir *ibid.*, p. 55), mais cette différence ne justifie pas la conclusion de la Cour selon laquelle l'expression «conformité au» doit être interprétée comme renvoyant *exclusivement* à la question de l'existence d'une règle prohibitive, la déclaration d'indépendance étant, en l'absence d'une telle règle, conforme au droit international.

6. En outre, de nombreux participants à la procédure, y compris les auteurs de la déclaration d'indépendance, ont fait valoir des arguments liés au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et à la question de la «sécession-remède» (voir *ibid.*, par. 82). La Cour aurait pu examiner le fond même de ces arguments, mais son interprétation restrictive du champ de la question l'en a empêchée. Or, la question de la pertinence des notions d'autodétermination et de «sécession-remède» est importante pour la solution du différend du Kosovo dans son ensemble et l'examen exhaustif de tous les aspects de la conformité de la déclaration au droit international. Les auteurs mêmes de la déclaration d'indépendance se réfèrent, au paragraphe 1 de son dispositif, à la «volonté du peuple», ce qui est une façon assez claire de revendiquer l'exercice de l'autodétermination (voir paragraphe 75 de l'avis, où le texte de la déclaration d'indé-

pendance est cité *in extenso*). De plus, l'examen de ces points serait entré précisément dans le champ de la question telle qu'interprétée par les Kosovars eux-mêmes — et par plusieurs autres participants à la procédure —, qui se réfèrent à un droit à l'autodétermination externe fondé sur le droit à l'autodétermination et à la «sécession-remède» dont ils peuvent se prévaloir en tant que peuple. La manière dont la Cour a traité — ou plutôt n'a pas traité — ces arguments n'est, à mon sens, pas satisfaisante sur le plan judiciaire, puisque la Cour n'a pas refusé de donner l'avis que lui avait demandé l'Assemblée générale.

7. A la lumière de ce qui précède, j'estime que la demande de l'Assemblée générale aurait mérité une réponse plus complète, portant sur les règles tant permissives que prohibitives du droit international, et comprenant une analyse approfondie de la question de savoir si le principe de l'autodétermination ou une quelconque autre règle (faisant peut-être expressément référence à la «sécession-remède») autorise, voire justifie, l'indépendance (par voie de sécession) de certains peuples ou territoires. Cela étant, je ne considère pas qu'il relève de mon rôle judiciaire d'examiner ces arguments *in extenso*; c'est pourquoi, sur ce point, je dirai seulement que la Cour aurait pu donner un avis plus satisfaisant intellectuellement et plus pertinent au regard de l'ordre juridique international dans sa forme actuelle si elle n'avait fait une interprétation aussi restrictive de la portée de la question. En traitant ces questions de manière plus complète, la Cour aurait démontré qu'elle était au fait de l'architecture actuelle du droit international.

8. Deuxièmement, outre ces préoccupations concernant la question spécifique à laquelle la Cour devait répondre, l'approche adoptée soulève également un problème conceptuel plus large. Dans la lecture qu'elle a faite de la question de l'Assemblée générale et dans le raisonnement qu'elle a suivi, la Cour a directement conclu que l'absence d'interdiction valait autorisation, appliquant ainsi purement et simplement le principe du *Lotus*. En reprenant ce principe, la Cour répond à la question d'une manière qui rappelle le positivisme du XIX^e siècle et sa déférence excessive à l'égard du consentement de l'Etat. Selon cette conception, tout ce qui n'est pas expressément interdit est uniformément licite; il n'est fait aucun cas des nuances possibles de la non-interdiction, qui va de ce qui est «toléré» à ce qui est «souhaitable» en passant par ce qui est «acceptable». Dans ces conditions, même s'il existait un droit positif clairement reconnu de déclarer l'indépendance, cela n'aurait en rien changé la réponse donnée par la Cour.

9. En interprétant comme elle l'a fait la question de l'Assemblée générale, la Cour s'est privée de la possibilité de s'interroger sur le statut précis, en droit international, d'une déclaration d'indépendance. Si au contraire elle s'était écartée du principe du *Lotus*, elle aurait pu se demander si le droit peut être neutre ou délibérément muet sur certaines questions, en d'autres termes s'il peut faire une place à la notion de *tolérance* et rompre ainsi avec l'opposition binaire entre permission et interdiction, laissant le champ libre à tout un éventail d'activités non interdites. Qu'un

acte puisse être «toléré» ne signifierait pas nécessairement qu'il est «licite», mais plutôt qu'il n'est «pas illicite». En ce sens, je suis préoccupé de ce que l'étroitesse de l'approche de la Cour risque, à l'avenir, de limiter sa capacité à tenir compte des importantes nuances qui colorent tout le droit international. Par ailleurs, que l'ordre juridique international puisse être délibérément muet ou neutre quant à certains faits ou actes n'a rien à voir avec la situation du *non liquet*, qui se produit lorsqu'une institution judiciaire n'est pas en mesure de se prononcer sur un point de droit parce qu'elle conclut que le droit n'est pas clair. La neutralité du droit international sur certains points indique simplement qu'il existe des domaines qui n'ont pas encore été réglementés par lui et qui peut-être ne le seront jamais. La cohérence de l'ordre juridique international ne saurait se trouver confrontée à un problème conceptuel plus vaste.

10. Pour ces raisons, la Cour aurait dû examiner la question dans une perspective un peu plus large, et ne pas se borner à l'application mécanique de principes juridiques. Telle que posée par l'Assemblée générale, la question circonscrivait déjà étroitement l'aspect sur lequel devait se prononcer la Cour dans le différend portant sur le statut final du Kosovo. Que la Cour ait sciemment choisi de limiter encore la portée de la question l'a conduite à suivre un raisonnement judiciaire dans lequel elle a laissé de côté certains des points les plus importants concernant ce statut final. En ne se demandant même pas si une déclaration d'indépendance pouvait être «tolérée», voire était expressément autorisée par le droit international, la Cour n'a pas pleinement répondu à la demande de l'Assemblée générale et, à mon sens, la qualité *consultative* de son avis s'en trouve sensiblement réduite.

(Signé) Bruno SIMMA.
