

DÉCLARATION DE M. LE JUGE TOMKA

[Traduction]

1. Je souscris d'une manière générale aux conclusions de la Cour. Les changements climatiques constituent pour la communauté internationale un défi mondial auquel seule la coopération permet de répondre. Si les traités sont peut-être le moyen le plus prometteur pour garantir une coopération à grande échelle, comme en témoignent la convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques et l'accord de Paris, l'important à présent est que ces instruments (ainsi que tous ceux qui pourraient être conclus à l'avenir) soient respectés et exécutés de bonne foi. J'espère que le présent avis consultatif renforcera l'action menée par les États pour relever le défi. Je reste néanmoins quelque peu préoccupé par la manière dont la Cour s'est acquittée de sa tâche, en particulier par la légèreté avec laquelle elle a déterminé et confirmé le droit international coutumier. Dans les paragraphes suivants, je commenterai brièvement un seul aspect, celui de la continuité de l'État.

2. Au détour d'une phrase unique, la Cour se dit d'avis qu'« une fois qu'un État est établi, la disparition de l'un de ses éléments constitutifs n'entraînerait pas nécessairement la disparition pour cet État de sa condition étatique » (par. 363). Cette opinion est exprimée, *ex cathedra*, dans la section de l'avis consacrée aux obligations des États en ce qui concerne l'élévation du niveau de la mer. Or, même si elle ne le dit pas expressément, la Cour pense assurément à la disparition du territoire d'un État qui se retrouverait totalement submergé par suite de l'élévation du niveau de la mer. Espérons que ce scénario ne se réalise jamais — et faisons tout ce qui est en notre pouvoir pour garantir qu'il ne se réalisera pas. Cela dit, la manière même dont la Cour aborde la question est troublante et mérite que l'on y prête attention à cause de ses implications ambiguës et potentiellement profondes. La formulation employée par la Cour peut s'interpréter soit comme une indication que le droit international n'exclut pas « nécessairement » la possibilité de continuité dans un contexte spécifique qui est celui de l'élévation du niveau de la mer induite par les changements climatiques, soit, dans un sens plus radical et même si ce n'était pas son intention, comme une quasi-approbation de la déconstruction des critères de la condition étatique en tant que telle.

3. La notion classique de condition étatique est virtuellement indissociable d'un territoire et d'une population. À titre d'exemple, l'article premier de la convention de Montevideo sur les droits et les devoirs des États, qui reflète le droit international coutumier sur cette question, dispose que « [l']État comme personne de Droit international doit réunir » certaines caractéristiques, qu'il énumère. Le terme « doit réunir » est une construction modale qui exprime une condition normative permanente : un État n'a cette qualité qu'à condition qu'il ait *a)* une population permanente ; *b)* un territoire déterminé ; *c)* un gouvernement ; et *d)* la capacité d'entrer en relation avec les autres États. Ce dernier critère, à savoir la capacité d'entrer en relation avec les autres États, fait l'objet d'une vaste controverse théorique à cause du caractère incertain de la frontière entre le droit et la volonté politique en matière de reconnaissance.

4. Même si ces critères ne concernent à proprement parler que l'établissement de la condition étatique et non aussi son *maintien*, la Cour, au paragraphe 363 de son avis, tient prématurément un raisonnement juridique audacieux malgré le silence d'un grand nombre d'États, voire de la majorité, sur la question. Or le rôle de la Cour, surtout dans le cadre d'un avis consultatif, est de clarifier et non d'« énoncer le droit avant que le législateur l'ait édicté » (*Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, *fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 24, par. 53). Le législateur de la communauté internationale des États, ce sont les États eux-mêmes. La prudence commande donc que cette question, sans parler de la myriade d'autres de second ou troisième ordre qu'elle implique, soit traitée par les États par voie d'accord et dans un esprit de coopération.

5. Pour ce qui est de la pratique des États relativement à cette question : si l'on adopte une interprétation stricte, au sens de conduite effective visant à répondre à un événement qui s'est produit, elle est inexistante ; si l'on adopte une interprétation plus large, les engagements de certains États à en reconnaître d'autres malgré l'élévation du niveau de la mer à venir¹ constituent une pratique, même si celle-ci est très limitée. Rien de surprenant à cela, compte tenu à la fois de la nature sans précédent du problème et, peut-être, de la réticence des États à réfléchir aux paramètres juridiques de leur extinction (ou à élaborer un corpus juridique complet sur celle-ci). Il est alors tentant d'interroger la pratique des États qui existe dans d'autres contextes. Ainsi, la pratique internationale a manifestement admis que des États dont les gouvernements étaient en exil continuaient d'exister alors que leurs territoires étaient sous le contrôle d'une puissance étrangère². Néanmoins, dans ces cas, il existe encore un territoire, même si celui-ci est parfois profondément modifié ; seulement, le « véritable » souverain n'exerce pas, pour une durée indéterminée mais en fin de compte limitée, le contrôle effectif sur ce territoire. En revanche, lorsque le territoire d'un État est intégralement submergé par la mer, il n'est pas « occupé », mais cesse simplement d'être un territoire. Toute analogie avec des cas de ce type est par conséquent une erreur de catégorisation.

6. De nombreux États n'en ont pas moins exposé des opinions juridiques, notamment sur la condition étatique dans le contexte de l'élévation du niveau de la mer. Le groupe d'étude sur l'élévation du niveau de la mer au regard du droit international de la Commission du droit international a mis en évidence une tendance récente, suivie par un nombre croissant d'États, en faveur de l'idée que la condition étatique peut subsister même lorsqu'un territoire a totalement disparu. Cette tendance est certes appréciable. Elle n'autorise cependant pas à conclure vigoureusement et sans réserve qu'une règle coutumière s'est cristallisée sur ce point, à tout le moins pas encore. Il n'est pas indifférent que plusieurs États aient souligné la distinction à opérer entre perte partielle et perte totale de territoire, tandis que de nombreux autres ont gardé un silence significatif, voire ont réservé officiellement leur position. Cela signifie peut-être qu'il reste encore du chemin à parcourir avant qu'une *opinio juris* collective reflétant une nouvelle règle coutumière puisse faire l'objet d'une reconnaissance judiciaire. On peut faire observer à bon droit que de nombreux États, peut-être une majorité, n'ont pas adopté une position ferme et publique sur cette question, que ce soit dans le cadre de la présente procédure consultative ou dans d'autres juridictions. Les auteurs des rapports dudit groupe d'étude eux-mêmes invitent les États à adopter de nouveaux « instruments contraignants ou non contraignants ... qui traitent expressément des questions juridiques découlant de l'élévation du niveau de la mer »³, ce qui ne serait guère nécessaire s'il n'y avait pas matière à controverse.

7. En bref, la Cour se trouve au centre d'une vaste controverse sur les normes. Les États vulnérables et ceux qui partagent leurs vues estiment que les mécanismes du droit international doivent être mobilisés, et si nécessaire adaptés, pour répondre à une grave injustice, à savoir que les effets néfastes de l'élévation du niveau de la mer frapperont de manière disproportionnée ceux qui sont les moins responsables de ses causes. Certains États ont plaidé pour une obligation juridique de maintien de la reconnaissance. D'autres ont invoqué divers principes et droits interdépendants, parmi lesquels le droit de l'État à défendre son intégrité territoriale et le droit à l'autodétermination, ainsi que des considérations de politique équitable ou de justice climatique⁴. Dans ce dernier cas, il s'agit

¹ Voir, par exemple, Article 2 of the Australia-Tuvalu Falepili Union Treaty, signed in Rarotonga on 9 November 2023 and published in the *Australian Treaty Series*, 2024, p. 10.

² James Crawford, *The Creation of States in International Law* (2nd ed. 2006), p. 688-695, 700 et suiv.

³ Nations Unies, rapport final du groupe d'étude sur l'élévation du niveau de la mer au regard du droit international, par. 59, in rapport de la Commission du droit international, soixante-seizième session (28 avril-30 mai 2025), doc. A/80/10, p. 129.

⁴ *Ibid.*, par. 38.

d'une invitation à faire preuve de créativité et à repenser les catégories pour répondre à un nouveau défi existentiel.

8. La principale difficulté que rencontrent ces arguments réside dans le fait que les cadres juridiques pertinents sont étroitement liés au territoire. En l'absence d'une définition internationalement reconnue du terme « peuples », le droit des peuples à l'autodétermination est interprété et appliqué par référence à des unités territoriales ; les décisions de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples sont à cet égard instructives⁵. Quant au droit de chaque État de défendre son intégrité territoriale, la notion même d'« intégrité territoriale » présuppose l'existence d'un territoire. Les États eux-mêmes sont une construction sociojuridique qui permet l'exercice d'une autorité exclusive — la souveraineté — sur un *territoire* et *ses* habitants. Traditionnellement, donc, le territoire est essentiel à la notion d'État. Selon cette thèse, l'absence de territoire — ou, d'ailleurs, d'une population permanente — tendrait à entraîner la disparition de l'État en question en tant que sujet de droit international. Pareille solution est inacceptable, et cela se comprend, pour ceux qui poussent pour une reconceptualisation du droit.

9. La question de la condition étatique est l'une des plus fondamentales du droit international, en ce qu'elle renvoie à la détermination des sujets de celui-ci. La communauté des États se trouve engagée dans une profonde introspection, qui touche à sa propre identité, à sa continuité et à son extinction. Le débat en cours trouve son origine dans la perte progressive de territoire qui menace de faire disparaître les terres natales des peuples des petits États insulaires. À mesure que de nouveaux États, notamment ceux qui sont restés jusque-là silencieux, s'intéresseront davantage à la question, les efforts déployés en faveur d'un renouvellement du droit pourraient bien prendre de l'ampleur dans les années à venir. Avec tout le respect que je dois à la Cour, il ne lui appartient pas de diriger, encore moins devancer, ce processus. La Cour est tenue de dire le droit tel qu'il est, et non tel qu'elle pense qu'il devrait être.

10. Je pense que la Cour aurait pu adopter une approche plus prudente en laissant de côté cette question sensible et encore mal connue. En outre, l'Assemblée générale n'ayant pas demandé à la Cour de se prononcer sur la condition étatique proprement dite, il n'était pas seulement inconsideré, mais également inutile de la part de cette dernière de le faire de son propre chef⁶.

11. Dès lors qu'elle avait pris la décision de traiter la question de son propre chef, la Cour aurait dû, par courtoisie envers l'Assemblée générale, lui offrir une interprétation approfondie, rigoureuse et solidement motivée. La Cour aurait dû expliquer précisément ce qu'elle entendait par continuité de la condition étatique — voire, par la condition étatique elle-même —, énoncer les critères et les limites théoriques de cette condition, et même, si nécessaire, prendre davantage de temps pour étoffer son avis dans ce but. Au lieu de cela, nous sommes entrés dans la grande salle de

⁵ Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, *Mornah c. Bénin et autres (requête n° 028/2018)*, 2022, arrêt du 22 septembre 2022, p. 88, par. 301 : « La Cour souligne, en outre, que le droit à l'autodétermination est essentiellement lié au droit de propriété des peuples sur un territoire particulier et à leur statut politique sur ce territoire. La libre jouissance du droit à l'autodétermination ne peut se réaliser en l'absence d'un territoire quelconque que les peuples appelleraient leur patrie. »

⁶ Voir *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission des petits États insulaires sur le changement climatique et le droit international, avis consultatif, 21 mai 2024, TIDM Recueil 2024*, p. 62, par. 150 :

« Le Tribunal estime que si l'intention de la Commission avait été de demander un avis sur les conséquences de l'élévation du niveau de la mer sur les points de base, lignes de base, revendications, droits ou titres sur des zones maritimes établis sur le fondement de la Convention, ou sur les frontières maritimes, et les obligations correspondantes, elle aurait expressément formulé la demande en conséquence. »

Si l'Assemblée générale souhaite connaître l'opinion de la Cour sur les conséquences juridiques de l'élévation du niveau de la mer pour la condition étatique, il lui est toujours loisible de la lui demander.

justice comme autrefois la pythie entrait dans le temple d'Apollon dont elle était la grande prêtresse, pour prononcer une unique phrase, dont le laconisme ne laisse rien deviner de ses stupéfiantes ramifications. Il reste au lecteur à s'interroger sur le sens à donner à cette phrase sibylline, sans pouvoir s'appuyer sur le moindre raisonnement. Ce n'est pas de bon augure. Il se peut que, grâce à sa concision, le style oraculaire ait aidé la Cour à donner un avis unanime, mais cela a un coût. L'autorité de la Cour se nourrit non pas de mystère, mais d'analyse motivée — en particulier sur des questions touchant aux fondements mêmes du droit.

(Signé) Peter TOMKA.
