

Kosovo : vouloir être ne viole pas le droit international

LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE a estimé que la déclaration d'indépendance du Kosovo ne violait pas le droit international. Les motifs de cet avis consultatif sont ici rapportés, en soulignant la logique de leur articulation, les raisons qui leur sont sous-jacentes et les difficultés qu'ils cachent. La part du droit international dans l'émergence sécessionniste d'un État est ainsi mise en lumière, de même que les limites de cet ordre juridique.

À la suite de la déclaration d'indépendance du Kosovo du 17 février 2008, ce journal a publié l'opinion selon laquelle cette déclaration, et singulièrement ce que j'avais appelé le « vouloir être » dont elle procédait, n'emportait aucune violation du droit international¹, tout jugement quant à son opportunité étant réservé. Quelques mois plus tard, le 8 octobre 2008, l'Assemblée générale de l'O.N.U. décida, à la suggestion de la Serbie, de soumettre à la Cour internationale de justice (ci-après « la Cour ») une question formulée comme suit : « La déclaration unilatérale d'indépendance des institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo est-elle conforme au droit international? »². La Cour a répondu à cette question par un avis consultatif en date du 22 juillet 2010, auquel la presse a largement fait écho. En substance, la Cour y dit, par dix voix contre quatre³, « que la déclaration d'indépendance du Kosovo adoptée le 17 février 2008 n'a pas violé le droit international »⁴.

Cette réponse constitue sans doute une très désagréable surprise pour les autorités de Belgrade, puisqu'elles prirent l'initiative de la saisine de la Cour avec la ferme certitude, maintes fois déclarée, que leur démarche aboutirait à un résultat qui leur serait favorable. Elles pouvaient d'ailleurs se prévaloir de l'opinion très tranchée d'une partie importante de la doctrine⁵, ainsi que du soutien non moins affirmé d'un grand nombre d'États, seuls une soixantaine d'entre eux ayant reconnu le Kosovo au moment où, en décembre 2009, les audiences s'ouvrirent à La Haye. Pourtant, à la lumière du droit international existant, de la

composition de la Cour et de sa pratique, cette manière de pari juridique était pour le moins risqué. On peut dès lors s'interroger sur les motifs véritables qui poussèrent le gouvernement serbe dans cette voie. À n'en pas douter, les considérations de politique interne ont dû être importantes, en plus des habituels positionnements diplomatiques. Ces questions dépassent toutefois, et de loin, le cadre de ce bref commentaire. Ce dernier ne pourra pas plus s'arrêter sur les trente-cinq exposés écrits et les vingt-huit présentations orales des quarante-trois États membres de l'O.N.U.⁶ ayant participé — en plus des « auteurs de la déclaration unilatérale d'indépendance » spécifiquement autorisés à cette fin — à la procédure devant la Cour. On relèvera seulement que, au-delà de leur caractère prévisible et de leur claire classification en deux camps, la plupart de ces différentes contributions ont pour point commun que leurs auteurs, en s'adressant à la Cour au sujet de la déclaration d'indépendance du Kosovo, sont en réalité venus parler d'eux-mêmes, soit qu'ils étaient directement en cause (Serbie et Kosovo), soit qu'ils craignaient pour eux-mêmes quelque sécession, soit encore qu'ils aient rappelé leur histoire, ou ce qu'ils firent pour le peuple kosovar. Il en va donc des États comme, souvent, des êtres humains : en parlant d'autrui, ils ne peuvent s'empêcher de parler d'eux-mêmes... Enfin, cette étude ne pourra pas plus s'arrêter sur les tensions qui, durant les deux ans et demi qui séparèrent la proclamation d'indépendance du Kosovo de l'avis consultatif de la Cour, ont agité le microcosme du droit international, ainsi que sur la lente transformation d'un discours qui se veut scientifique en argumentaire officiel pour un camp ou un autre. Il faut dire qu'après la décennie d'expansion enthousiasmante et consensuelle de cette discipline au lendemain de la fin de la guerre froide, les guerres du Kosovo (1999), d'Afghanistan (2001) et d'Irak (2003) ont amené un nombre grandissant de ses spécialistes à « prendre position », ce qui, parfois, tint lieu de discours critique. L'avis de la Cour et la déconvenue qu'il constitue pour certains, devrait donc inciter la profession à s'interroger sur la manière dont elle entend contribuer à la (re)constitution d'un savoir, tout en sachant combien l'ordre juridique dont ce savoir entend rendre compte est dépendant, dans son donné positif, d'une répartition de l'autorité reflétant très directement celle de la puissance des différents États soumis à ce même ordre.

Au-delà de ces éléments contextuels, ce bref commentaire retracera de manière linéaire les principaux éléments du raisonnement ayant conduit la Cour à considérer que la déclaration unilatérale d'indépendance du Kosovo « n'a pas violé le droit international » ; il soulignera la logique de leur enchaînement et mettra en lumière certaines difficultés qu'ils cachent.

L'avis consultatif du 22 juillet 2010 compte 44 pages. Une fois les rétroactes de la procédure rappelés, l'avis est divisé en cinq parties, la dernière étant constituée d'un paragraphe de conclusion générale qui précède le dispositif.

La Cour s'interroge d'abord sur sa compétence pour donner l'avis consultatif demandé, ainsi que sur l'opportunité de répondre à la question posée. Il ne faut guère s'arrêter sur le premier point, puisque c'est à l'unanimité de ses juges que la Cour dit, en s'appuyant sur l'article 65 de son statut et une jurisprudence bien établie, être compétente pour répondre à la demande d'avis consultatif. En d'autres termes, la Cour considère que l'Assemblée générale de l'O.N.U., en application de l'article 96, § 1^{er}, de la Charte, l'a valablement saisie d'une « question juridique » (§§ 18-28). Il suffit de rappeler que le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale disposent à cet égard d'une compétence très large, puisqu'ils peuvent saisir la Cour de « toute question juridique » (article 96, § 1^{er}, de la Charte), tandis que les autres organes de l'O.N.U. et institutions spécialisées autorisés par l'Assemblée générale à demander un avis consultatif ne peuvent lui adresser que « des questions juridiques qui se poseraient dans le cadre de leur activité » (article 96, § 2, de la Charte)⁷.

Si la question de compétence de la Cour ne pose donc guère de difficulté — ce dont témoigne l'unanimité des juges — en revanche, ce n'est plus qu'à une majorité de neuf voix contre cinq que la Cour décide de donner suite à la demande d'avis consultatif, en l'absence de « raisons décisives » pouvant la conduire, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en matière consultative, à refuser de répondre à la question posée. La Cour rappelle que la discrétion dont elle dispose à cet égard « vise à protéger l'intégrité de [s]a fonction judiciaire et sa nature en tant qu'organe judiciaire principal » de l'O.N.U. (§ 29). Pour justifier l'exercice de sa compétence, la Cour consacre différents développements à la fonction et à la finalité de sa compétence consultative, aux implications du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale dans la crise du Kosovo

(1) P. D'ARGENT, « Kosovo : être ou ne pas être? », *J.T.*, 2008, pp. 261-265.

(2) Résolution 63/3, 8 octobre 2008.

(3) La Cour est normalement composée de 15 juges, mais le juge Shi, de nationalité chinoise, avait démissionné de ses fonctions à compter du 28 mai 2010.

(4) C.I.J., « Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, avis consultatif », 22 juillet 2010, § 123, point 3. L'avis consultatif, ainsi que les différentes opinions individuelles, dissidentes et déclarations des juges de la Cour, sont disponibles sur le site internet de la C.I.J. (www.icj-cij.org). Le lecteur pressé y trouvera également des résumés de ces textes.

(5) Voy. notamment O. CORTEN, « Déclarations unilatérales d'indépendance et reconnaissances prématurées : du Kosovo à l'Ossétie du Sud et à l'Abkhazie », *R.G.D.I.P.*, 2008, pp. 729-741 ; A. ORAKHELASHVILI, « Statehood, recognition, and the United Nations system : a unilateral declaration of independence in Kosovo », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2008, pp. 1-44 ; M. Shaw, *International Law*, 6^e ed., 2008, p. 210 ; sur l'intégrité territoriale comme obstacle à la sécession : M. KOHEN, « Introduction », in M. KOHEN (éd.), *Secession : International Law Perspectives*, Cambridge, 2006, p. 6. Voy. aussi l'opinion sans appel exprimée par M. Kohen dans *Le Temps*, 18 février 2008.

(6) On relèvera que la Belgique ne transmit aucun exposé écrit à la Cour, ni ne participa à la procédure orale. Si la présence de certains États est pleine de sens, l'absence d'autres ne l'est pas moins.

(7) Sur cette question, voy. C.I.J., « Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé (O.M.S.) », avis consultatif du 8 juillet 1996, *Rec.*, pp. 74 et s.

et à la délimitation de leurs pouvoirs respectifs. Sans s'arrêter plus longuement sur ces motifs qui relèvent du droit onusien, on relèvera que, mis à part le juge Keith, tous les juges s'étant prononcés contre la décision de la Cour de donner suite à la demande d'avis consultatif sont ceux qui ont voté contre la conclusion de la majorité au sujet de la conformité de la déclaration d'indépendance au droit international — et inversement. En l'espèce, le jugement quant à l'opportunité de se prononcer (ou de ne pas se prononcer) paraît ainsi, dans une très grande mesure, lié à la réponse que la majorité de la Cour entend donner à la question posée.

La Cour aborde ensuite, dans une deuxième partie, la « portée et [le] sens de la question posée » par l'Assemblée générale. Après avoir rappelé les termes de cette dernière, la Cour précise ce sur quoi elle n'est pas appelée à se prononcer, la question « ne port[ant] pas sur les conséquences juridiques de la déclaration en cause ». La Cour indique ainsi ne « pas [être] priée de dire si le Kosovo a ou non accédé à la qualité d'État, ni de se prononcer sur la validité ou les effets juridiques de la reconnaissance du Kosovo comme État indépendant par certains États » (§ 51). Deux « observations » sont ensuite formulées au sujet de la question posée par l'Assemblée générale. Ces « observations » sont décisives pour la suite du raisonnement.

D'une part, la Cour déclare qu'« [i]l serait incompatible avec le bon exercice de sa fonction judiciaire » de considérer que l'Assemblée générale aurait, par le libellé de sa question (« La déclaration unilatérale d'indépendance des institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo... » (je souligne)), tranché la question de l'« identité des auteurs de la déclaration d'indépendance » (§ 52). La réponse donnée par la Cour à cette question constitue la pierre angulaire de l'avis. On y reviendra.

D'autre part, la Cour donne à la question de la « conformité » qui lui est posée son sens le plus élémentaire : il s'agit de « déterminer si la déclaration d'indépendance a été adoptée en violation ou non du droit international », c'est-à-dire de « savoir si le droit international applicable [l']interdisait ou non » (§ 56). Vu les termes mêmes de la question, la Cour estime donc ne pas être tenue « de prendre parti sur le point de savoir si le droit international conférerait au Kosovo un droit positif de déclarer unilatéralement son indépendance, ni, *a fortiori*, sur le point de savoir si le droit international confère en général à des entités situées à l'intérieur d'un État existant le droit de s'en séparer unilatéralement ». En effet, « [i]l se pourrait parfaitement (...) qu'un acte — tel qu'une déclaration unilatérale d'indépendance — ne soit pas en violation du droit international, sans constituer nécessairement l'exercice d'un droit conféré par ce dernier » (§ 56). Sans nul doute, la doctrine commentera abondamment ce paragraphe⁸, duquel ressort tout à la fois une conception de l'ordre juridique international et de la légalité en son sein. Dans sa déclaration jointe à l'avis, le juge Simma considère cette manière de voir comme « obsolète » car elle refléterait une vision « anachronique » du droit international fondée sur le seul consensualisme, alors que le droit international contemporain serait profondément marqué par les idées de droit

public, lesquelles auraient dû amener la Cour à s'interroger non seulement sur les règles prohibitives, mais aussi les règles « permissives ». Ce n'est sans doute pas le lieu de s'interroger plus avant sur la question de savoir si la conception de l'ordre juridique international retenue par la Cour s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale dans la fameuse affaire du *Lotus*⁹, selon laquelle les États demeurent libres d'agir en l'absence d'une règle prohibitive à laquelle ils auraient consenti. On comprend toutefois bien évidemment que la Cour n'a pas cité ce précédent, puisqu'il formule un principe de liberté à l'adresse des États, alors que l'avis du 20 juillet 2010 entend précisément éviter tout jugement quant à la nature étatique du Kosovo. Il n'en demeure pas moins que, ainsi que je l'écrivais, « sauf à avoir une vision particulièrement rigide de ce qu'est un ordre juridique, une interdiction [de déclarer l'indépendance] ne saurait être déduite du fait qu'il n'existe pas de "droit" à l'indépendance »¹⁰. Sans avoir besoin de se prononcer sur l'existence ou non d'un tel « droit », la Cour limite donc son analyse à l'éventuelle contrariété de la déclaration du 17 février 2008 avec une règle de droit international applicable.

Le contexte factuel ayant conduit à l'adoption de la déclaration d'indépendance est présenté dans la troisième partie de l'avis. La Cour y retrace le contenu de la résolution 1244, adoptée le 10 juin 1999 par le Conseil de sécurité, ainsi que les responsabilités et pouvoirs de la Mission d'administration intérimaire des Nations unies au Kosovo (MINUK) instituée par cette résolution. La Cour rapporte aussi différents règlements pertinents de la MINUK, dont celui du 15 mai 2001 relatif au « cadre constitutionnel pour une administration autonome provisoire ». Il est enfin question des principaux événements relatifs à la détermination du statut final du Kosovo, antérieurs à la déclaration d'indépendance du 17 février 2008, puis encore de cette dernière et de certains événements subséquents. La Cour s'attarde plus particulièrement sur le texte et les modalités d'adoption de la déclaration d'indépendance, éléments cruciaux pour la détermination de l'identité de ses auteurs à laquelle il est procédé très loin. Sans anticiper sur ce point, on remarquera que le contexte factuel ainsi retracé omet délibérément toute référence à des événements antérieurs à la résolution 1244. Certes, il se comprend que la Cour ait préféré s'abstenir de toute relation, même succincte, de l'histoire complexe des Balkans occidentaux. On ne peut toutefois manquer de rappeler que la résolution 1244 fut adoptée pour rétablir la paix et la sécurité internationales à la suite de ce qu'il est commode d'appeler la « guerre du Kosovo » et que les bombardements aériens entrepris par les pays de l'O.T.A.N. contre la Serbie à cette occasion n'étaient pas sans soulever de graves questions de légalité internationale¹¹. Il en était de même, bien sûr, de la politique répressive menée par la Serbie dans ce qui était alors sa province.

La quatrième partie de l'avis est consacrée à l'analyse de la conformité de la déclaration d'indépendance par rapport au droit international général, à la résolution 1244 et aux mesures

adoptées en vertu de celle-ci, soit le « cadre constitutionnel » de la MINUK.

S'agissant de la conformité au droit international général, la Cour relève que, sur la question qui l'occupe, le droit international contemporain n'est pas différent de celui des XVIII^e-XX^e siècles, au cours desquels de nombreux États sont nés à la suite de déclarations d'indépendance. Ainsi, aucune règle nouvelle interdisant de telles déclarations ne saurait être déduite du fait que le droit international a développé, à l'appui de la décolonisation survenue au cours de la seconde moitié du XX^e siècle, un « droit à l'indépendance au bénéfice des peuples des territoires non autonomes et de ceux qui étaient soumis à la subjugation, à la domination ou à l'exploitation étrangères » (§ 79). Conformément à sa deuxième « observation » relative à la portée et au sens de la question de « conformité » posée par l'Assemblée générale, la Cour « juge [qu'il n'est] pas nécessaire » de se prononcer sur la question de savoir si la population du Kosovo avait « le droit de créer un État indépendant », soit parce qu'elle aurait été titulaire du droit à l'autodétermination, soit parce que le droit international contemporain consacrerait plus largement un droit à la « sécession-remède » pour les peuples opprimés (§§ 82-83). Sur ces questions — controversées en doctrine et entre certains participants à la procédure consultative — la Cour a entendu s'en tenir à un silence prudent, ce que certains juges n'ont pas manqué de regretter¹².

Toujours au sujet du droit international général, la Cour réfute l'argument selon lequel le principe de l'intégrité territoriale interdirait implicitement les déclarations d'indépendance. Elle souligne que la portée de ce principe coutumier, consacré en particulier par la prohibition de l'emploi de la force énoncée par l'article 2, § 4, de la Charte de l'O.N.U., est « limitée à la sphère des relations interétatiques » (§ 80). Citant la pratique du Conseil de sécurité relative à la condamnation de certaines sécessions (Rhodésie du Sud, nord de Chypre, Republika Srpska), la Cour relève que, dans ces cas, les déclarations unilatérales d'indépendance rejetées « allaient ou seraient allées de pair avec un recours illicite à la force ou avec d'autres violations graves de normes de droit international général, en particulier de nature impérative (*jus cogens*) ». Dès lors, « aucune interdiction générale des déclarations unilatérales d'indépendance ne saurait être déduite de la pratique du Conseil de sécurité » (§ 81). La confirmation du caractère interétatique du principe de l'intégrité territoriale paraît élémentaire¹³. Cela emporte-t-il que la prohibition de l'emploi de la force armée s'impose aux seuls États, les « acteurs non étatiques » n'y étant pas tenus? On peut assurément le penser¹⁴, tant à la lecture du paragraphe 80 que sur la base du paragraphe 81 de l'avis (le « recours illicite à la force » qui y est visé est bien celui d'un État tiers, notamment celui de la Turquie à Chypre). Faut-il en déduire que tout le régime du *jus ad* (ou *contra*)¹⁵ bel-

(12) Voy. les opinions individuelles des juges Sepúlveda-Amor, Cançado Trindade et Yusuf.

(13) Voy. toutefois Th. Christakis, « The ICJ advisory opinion on Kosovo : has international law something to say about secession? », *Leiden J.I.L.* (à paraître, n° 24/1, 2011).

(14) O. CORTEN, « Territorial integrity narrowly interpreted : reasserting the classical inter-State paradigm of international law », *Leiden J.I.L.* (à paraître, n° 24/1, 2011).

(15) O. CORTEN, *Jus contra bellum - L'interdiction du recours à la force en droit international contemporain*, Paris, Pedone, 2008, pp. 867.

(8) Voy. déjà A. PETERS, « Does Kosovo lie in the Lotus-Land of Freedom? », *Leiden J.I.L.* (à paraître, n° 24/1, 2011).

(9) C.P.J.I., *Affaire du « Lotus »*, arrêt du 7 septembre 1927, série A, n° 10, p. 19.

(10) P. D'ARGENT, *op. cit.*, p. 262.

(11) C.I.J., « Licéité de l'emploi de la force », *Serbie-et-Monténégro c. Belgique*, ordonnance du 2 juin 1999, *Rec.*, p. 132, § 17.

lum n'est applicable que dans le cadre des relations interétatiques et qu'ainsi, par exemple, un État victime d'un acte de terrorisme particulièrement grave ne pourrait jamais prétendre employer la force en légitime défense, en application de l'article 51 de la Charte, aussi longtemps qu'il n'est pas établi que cet acte relève de la responsabilité d'un autre État? Certes, l'emploi de la force en légitime défense « par un État contre un autre État »¹⁶ suppose que ce dernier soit l'auteur d'un acte d'agression. Cela n'épuise toutefois pas les hypothèses d'emploi de la force contre un acteur non étatique lorsqu'aucune atteinte à l'intégrité territoriale d'un autre État (non responsable d'agression) n'en résulte. Ces hypothèses relèvent certes, à ce jour, de la conjecture (par exemple, destruction d'un navire terroriste en haute mer¹⁷). Elles justifient toutefois qu'il ne soit pas *a priori* exclu que le droit de légitime défense puisse être déclenché à la suite d'une attaque terroriste. La question centrale est en effet celle de savoir où sera porté l'emploi de la force : si c'est sur le territoire d'un État qui n'est l'auteur d'aucun acte d'agression, son intégrité territoriale sera assurément violée et l'emploi de la force ainsi illicite. On comprend dès lors mieux pourquoi la Cour a établi un tel lien entre le principe de l'intégrité territoriale et l'interdiction du recours à la force en précisant que « le principe de l'intégrité territoriale (...) est consacré par la Charte des Nations unies, en particulier au paragraphe 4 de l'article 2 » (§ 80, je souligne). Ceci donne à penser que l'interdiction du recours¹⁸ à la force (article 2, § 4, de la Charte) puise sa raison d'être dans la protection juridique de l'intégrité territoriale et que l'appréciation des violations alléguées de cette interdiction ne puisse se faire sans tenir compte de l'atteinte éventuelle portée au territoire.

En considérant que le principe de l'intégrité territoriale n'était pas une règle de droit international « applicable » en l'espèce — en ce sens que la conformité de la déclaration d'indépendance ne doit pas s'apprécier en fonction d'elle — pour le motif qu'elle relève de la seule sphère interétatique, on peut penser que la Cour a, à son corps défendant, implicitement émis un jugement (négalif) sur la réalité étatique du Kosovo au (seul) moment précis de la déclaration d'indépendance, sauf à considérer, soit que cette dernière, par sa nature toute linguistique, n'est jamais susceptible de porter atteinte à l'intégrité territoriale de l'État dont il est fait sécession — mais la Cour ne le dit pas — soit que le principe de l'intégrité territoriale n'est tout simplement pas opposable aux auteurs de la déclaration, tels qu'ils sont identifiés par après.

La conformité de la déclaration d'indépendance à la résolution 1244 du Conseil de sécurité

et au « cadre constitutionnel » de la MINUK établi en vertu de celle-ci — considérés comme « *lex specialis* » (§ 83) applicables — était assurément la question la plus délicate que la Cour avait à résoudre. La question de la conformité à la résolution 1244, adoptée en vertu du chapitre VII de la Charte et engendrant donc incontestablement des « obligations juridiques internationales » (§ 85), était inévitable, d'autant que son préambule, ainsi que la Cour le relève (§ 95), rappelle la souveraineté et l'intégrité territoriale de la République fédérale de Yougoslavie¹⁹. En revanche, la Cour aurait pu échapper à la question de la conformité de la déclaration d'indépendance avec le « cadre constitutionnel » si elle l'avait considéré comme relevant du droit interne, plutôt que du droit international, la question de conformité n'étant posée par l'Assemblée générale que par rapport à ce dernier. Ce n'est toutefois pas ce chemin que la Cour a emprunté²⁰, sans doute parce qu'il l'aurait amenée à devoir développer des considérations par trop théoriques, voire à des impasses. Affirmer, comme elle le fait, que le « cadre constitutionnel » a été adopté « par le représentant spécial du Secrétaire général en vertu des pouvoirs qui lui sont dévolus par la résolution 1244 (...) » et donc, en dernière analyse par la Charte des Nations unies « et qu'il « revêt (...) un caractère juridique international » parce qu'il « tient sa force obligatoire du caractère contraignant de la résolution 1244 » (§ 88) permet en effet d'échapper à des complications inextricables qu'une autre conclusion n'aurait pas manqué de susciter. Y voir plutôt du droit interne aurait ainsi conduit à devoir s'interroger sur le sujet dont ce droit relève. Serait-ce du droit interne serbe? Ou du droit interne du... Kosovo? Il n'y a en effet pas de droit interne sans sujet de droit international dont ce droit interne relève, tandis qu'il peut y avoir du droit international (dérivé des Nations unies) applicable dans un espace territorial déterminé, sans qu'il soit pour autant nécessaire de considérer cet espace comme relevant d'un sujet de droit international plutôt que d'un autre. Cela étant, il serait assurément simpliste de toujours considérer le droit (sous-)dérivé d'une organisation internationale comme du droit international, en le faisant ultimement remonter au traité constitutif de cette dernière. Cette manière de voir paraît en tout cas intenable dans le cadre de l'Union européenne, l'autonomie de l'ordre juridique communautaire, dont font partie les traités de base, étant affirmée avec force par la Cour de justice, tant par rapport aux droits internes des États membres que par rapport au droit international lui-même²¹.

Afin d'analyser la conformité de la déclaration d'indépendance à la résolution 1244, la Cour s'arrête un instant sur son interprétation. Elle énonce à ce sujet des principes applicables à toutes les résolutions du Conseil de sécurité — lesquelles sont adoptées à l'issue d'un vote

« par un organe unique et élaborées dans le cadre d'un processus très différent de celui qui permet la conclusion d'un traité » (§ 94) — avant de relever les « principales caractéristiques » de la résolution 1244. Cela lui permet d'affirmer que l'objet et le but de cette dernière « étaient d'établir un régime juridique temporaire de caractère exceptionnel qui s'est substitué, sauf lorsqu'il l'a expressément conservé, à l'ordre juridique serbe et visait à stabiliser le Kosovo; ce régime était censé s'appliquer à titre transitoire » (§ 100). Avant de déterminer si la résolution 1244 ou le cadre constitutionnel ont créé « une interdiction spécifique de toute déclaration d'indépendance » (§ 101), la Cour revient sur la question cruciale de l'identité des auteurs de la déclaration d'indépendance qu'elle avait soulevée au titre de sa première « observation » relative à la portée et au sens de la question de l'Assemblée générale. Ce préalable est nécessaire car l'interdiction qui serait contenue dans la *lex specialis* doit être « applicable à ceux qui ont adopté la déclaration d'indépendance du 17 février 2008 » (§ 101) pour que l'on puisse conclure, sous cet aspect, à la violation du droit international.

La question de l'identité des auteurs de la déclaration d'indépendance est formulée en ces termes : « La Cour doit déterminer si [ladite] déclaration (...) constituait un acte de l'Assemblée du Kosovo » en tant qu'institution provisoire d'administration autonome établie conformément au chapitre 9 du cadre constitutionnel, ou si ceux qui ont adopté cette déclaration agissaient en une autre qualité » (§ 102). La réponse à cette question se lit comme suit : « (...) la déclaration d'indépendance du 17 février 2008 n'est pas le fait de l'Assemblée du Kosovo en tant qu'institution provisoire d'administration autonome agissant dans les limites du cadre constitutionnel, mais celui de personnes ayant agi de concert en leur qualité de représentants du peuple du Kosovo, en dehors du cadre de l'administration intérimaire » (§ 109). Il y a là une appréciation du fait, plutôt que du droit. Avant de revenir sur les éléments qui ont conduit la Cour à cette conclusion, il faut relever que, ni la question qu'elle formule, ni sa réponse, ne se situent dans le cadre d'une analyse, propre au droit de la responsabilité internationale, de l'attribution d'un comportement à un sujet. La Cour ne dit donc pas que l'Assemblée du Kosovo, organe de l'administration autonome, n'a pas agi en cette qualité d'organe, et que pour cette raison la déclaration d'indépendance ne saurait être considérée comme un acte des institutions provisoires d'administration autonome. Elle dit, bien plus fondamentalement et positivement, que la déclaration d'indépendance est le fait « de personnes ayant agi de concert en leur qualité de représentants du peuple du Kosovo, en dehors du cadre de l'administration intérimaire » (je souligne). Il n'y a donc pas à se tromper : lorsque la Cour s'interroge sur la « qualité » des auteurs de la déclaration d'indépendance, ce n'est pas parce qu'elle serait d'avis que l'Assemblée du Kosovo, organe de l'administration provisoire, n'aurait pas agi « en qualité » d'organe²². Le recours aux règles d'attribution du droit de la responsabilité internationale pour expliquer la conclusion de la Cour est déplacé,

(16) C.I.J., « Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé », avis consultatif du 9 juillet 2004, Rec., p. 194, § 139.

(17) Institut de droit international, *Problèmes actuels du recours à la force en droit international - Légitime défense*, session de Santiago, 2007, article 10 (ii).

(18) On rappellera que l'article 2, § 4, de la Charte prohibe également la menace de l'emploi de la force. À elle seule, matériellement, cette menace ne peut jamais porter atteinte à l'intégrité territoriale. Il faudrait par exemple que l'État menacé cède à cette menace et consente à une cession territoriale. Ce consentement serait assurément vicié et l'accord conclu frappé de nullité (article 52 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités). L'auteur de la menace contraire à la Charte serait par ailleurs internationalement responsable de ce fait internationalement illicite.

(19) À l'époque de l'adoption de la résolution 1244, la république fédérale de Yougoslavie existait encore. Elle s'est ensuite dénommée Serbie-et-Monténégro, puis le Monténégro devint, avec l'accord de la Serbie, un État indépendant.

(20) Voy. l'opinion individuelle du juge Yusuf qui estime que la Cour a procédé à une confusion entre l'autorité habilitée à promulguer les règlements de la MINUK et la nature de ces derniers, lesquels, selon lui, ne relèvent pas du droit international.

(21) Voy. notamment P. D'ARGENT, « Arrêt "Kadi" : le droit communautaire comme droit interne », *J.D.E.*, 2008, pp. 265-268.

(22) Je ne partage donc pas l'analyse faite sur ce point par J. D'ASPREMONT, « The creation of States before the International Court of Justice : which (il)legality? », *The*

car le présupposé logique de tout exercice d'attribution — même s'il aboutit à une conclusion négative — est l'identification d'un sujet du droit international dont l'organe est en cause. À l'évidence, la Cour n'a pas entendu se fonder sur une telle logique : elle l'aurait amenée à devoir estimer que le sujet en cause était, soit la Serbie — solution absurde — soit le Kosovo — ce qui aurait présupposé son existence étatique, question volontairement évitée — soit l'O.N.U. elle-même — ce qui aurait conduit à devoir constater le manquement du représentant spécial du Secrétaire général pour n'avoir pas annulé un acte *ultra vires* d'un organe relevant de son contrôle et donc, ultimement, une forme de responsabilité de l'organisation à l'occasion de la déclaration d'indépendance! On peut comprendre que l'organe judiciaire principal de cette même organisation n'a pas entendu fonder son raisonnement sur une analyse qui aurait pu aboutir à une telle mise en cause... Par ailleurs, afin de ne pas indûment décourager les États à accepter, à l'avenir, que l'O.N.U. conduise chez eux des opérations intérieures d'administration territoriale, il importait sans doute également de leur indiquer que la déclaration unilatérale d'indépendance n'était en rien liée aux structures de gouvernance mises en place par l'organisation.

Cette précision apportée, il faut revenir sur les éléments ayant conduit la Cour à sa conclusion, tant critiquée²³, quant à l'identité des auteurs de la déclaration d'indépendance. Ces éléments sont identifiés aux paragraphes 74 à 77 de l'avis, dans la partie consacrée au contexte factuel, puis en partie repris et complétés aux paragraphes 103 à 109. Il serait trop fastidieux d'en faire ici le détail, même si on relèvera qu'ils tiennent à des éléments de contexte (antérieur et postérieur au 17 février 2008), au texte même de la déclaration, à des éléments de procédure relatifs à son adoption et, surtout, à ce que la Cour considère devoir nécessairement être l'intention de ses auteurs²⁴. On peut

bien entendu ne pas partager l'analyse de la Cour sur ces différents points, pris isolément ou dans leur ensemble. Il semble toutefois que la pierre angulaire de cet avis consultatif n'est pas aussi friable que certains le considèrent et qu'elle ne constitue en rien un « truc » sorti de nulle part pour asseoir un résultat recherché. Certes, comme toujours, il y a là un motif déterminant arrêté par le juge afin de justifier le choix auquel il procède, c'est-à-dire la solution à la question juridique qu'il a l'autorité de trancher. Mais ce motif n'a rien d'artificiel ou d'absurde lorsqu'on veut bien tenter de comprendre ce qu'est une telle déclaration d'indépendance. Ce qui paraît profondément intéressant c'est que — non sans un certain paradoxe, mais celui-ci n'est qu'apparent lorsque l'on sait la place que les arguments de forme tiennent habituellement dans les raisonnements de la Cour — ce motif est entouré de considérations for-

lité d'institution née de cet ordre juridique et habilitée à exercer ses fonctions dans ce cadre, mais qu'ils ont décidé d'adopter une mesure dont l'importance et les effets iraient au-delà ».

nelles (les mots de la déclaration, sa procédure d'adoption, de promulgation et de publicité, les personnes qui y ont participé, le silence du représentant spécial du secrétaire général...), alors qu'il revient, matériellement, à considérer la déclaration d'indépendance dans sa radicalité historique en tant qu'acte à la fois de rupture et de fondation. Sous cet angle et quel que soit le malaise que l'on peut ressentir face à une analyse de la subjectivité d'un corps collectif, le motif tiré de l'intention des auteurs de la déclaration d'indépendance — acte « de personnes ayant agi de concert » (§ 109) et non acte d'un organe n'ayant pas agi en cette qualité — était sans doute inévitable.

La question de l'identité des auteurs de la déclaration d'indépendance étant réglée de cette manière, la suite de l'avis consultatif en découle et se comprend sans peine.

La résolution 1244 n'a pas été violée car, d'une part, son objet est d'instaurer un régime intérimaire pour le Kosovo et non de déterminer son statut final — contrairement à la « tentative » (§ 114) que constitue la déclaration d'indépendance à cet égard — et que, d'autre part, elle ne contient, ni explicitement, ni implicitement lorsqu'elle est lue « dans son contexte et à la lumière de son objet et de son but », aucune interdiction « liant les auteurs de la déclaration d'indépendance, de faire une telle déclaration » (§ 118). La Cour refuse notamment de considérer le paragraphe 11, alinéa c, de la résolution — lequel précise que l'administration intérimaire est instituée « en attendant un règlement politique » — comme « comportant une interdiction de déclarer l'indépendance applicable en particulier aux auteurs de la déclaration du 17 février 2008 » (§ 118; je souligne). Quant au « cadre constitutionnel » de la MINUK, il n'a pas pu être violé, puisque les auteurs de la déclaration d'indépendance, tels qu'identifiés, n'en relevaient pas²⁵.

Les motifs relatifs au contenu et au sens de la résolution 1244 peuvent bien entendu susciter la critique. Les principes sur lesquels la Cour appuie son analyse interprétative paraissent toutefois très sains, en termes de politique juridique et de contrôle des actes du Conseil de sécurité en plus d'être juridiquement peu contestables. En substance, la Cour ne dit rien d'autre que ceci : si le Conseil de sécurité veut quelque chose, il doit le dire, et de préférence explicitement. La Cour n'exclut certes pas de rechercher la volonté implicite du Conseil « au cas par cas, compte tenu de toutes les circonstances pertinentes » (§ 117). Mais il semble bien que le silence du Conseil emporte une manière de présomption contre l'existence d'une obligation²⁶ déduite de la résolution. On re-

Hague Justice Portal (<http://www.haguejusticeportal.net/>).

(23) Voy. la déclaration du vice-président Tomka et les opinions dissidentes des juges Koroma, Bennouna et Skotnikov. Dans la doctrine, voy. notamment l'opinion critique très tranchée de M. KOHEN et K. DEL MAR, « The Kosovo opinion and UNSCR 1244 (1999) : A declaration of "independence from international law"? », *Leiden J.L.L.* (à paraître, n° 24/1, 2011).

(24) Le paragraphe 105 de l'avis est sur ce point essentiel :

« 105. Il ressort de la déclaration d'indépendance que ses auteurs avaient pris conscience de l'échec des négociations relatives au statut final et du tournant décisif auquel se trouvait le Kosovo. Dans son préambule, la déclaration fait référence aux « années de négociations sous l'égide de la communauté internationale entre Belgrade et Pristina sur la question [du] futur statut politique [du Kosovo] » et s'inscrit expressément dans le contexte de l'échec des négociations sur le statut final puisque, y est-il indiqué, « aucun accord n'[a] pu être trouvé concernant un statut acceptable pour les deux parties » (dixième et onzième alinéas du préambule). Partant de là, les auteurs de la déclaration d'indépendance soulignent qu'ils sont résolus à « trouver un règlement » à la question du statut du Kosovo et à donner au peuple kosovar « une vision claire de son avenir » (treizième alinéa du préambule). Les termes utilisés indiquent que les auteurs de la déclaration n'entendaient pas agir dans le cadre normal du régime intérimaire d'administration autonome du Kosovo mais voulaient faire de ce dernier un « État souverain et indépendant » (§ 1^{er}). La déclaration d'indépendance n'était donc pas destinée, dans l'esprit de ceux qui l'ont adoptée, à prendre effet au sein de l'ordre juridique instauré aux fins de la phase intérimaire chose qui, d'ailleurs, aurait été impossible. Au contraire, la Cour considère que les auteurs de cette déclaration n'ont pas agi, et n'ont pas entendu agir, en qua-

strada
lex

Relaxez-vous,
Strada lex travaille pour vous !



Votre portail juridique Strad@droit bénéficie aujourd'hui des évolutions technologiques les plus récentes et laisse ainsi la place à **Strada lex**, une version hautement innovante.

Grâce à ses nouvelles fonctionnalités, **Strada lex** rend vos recherches juridiques plus simples, plus rapides et plus performantes !

Découvrez les nombreux avantages de **Strada lex** sur www.stradalex.com et sur www.larcier.com

L'accès le plus direct à toute
l'information juridique

Pour toute question, démonstration
personnalisée ou formation gratuite,
contactez l'équipe Strada lex.

► info@stradalex.com
► 02/548 07 20
► www.stradalex.com

(25) « 121. Toutefois, la Cour a d'ores et déjà conclu (voy. §§ 102 à 109 ci-dessus) que la déclaration d'indépendance du 17 février 2008 n'émanait pas des institutions provisoires d'administration autonome, et qu'il ne s'agissait pas non plus d'un acte destiné à prendre effet, ou ayant effectivement pris effet, dans le cadre de l'ordre juridique au sein duquel celles-ci agissaient. Il s'ensuit que les auteurs de la déclaration d'indépendance n'étaient pas liés par le cadre qui visait à régir, en définissant leurs pouvoirs et responsabilités, la conduite des institutions provisoires d'administration autonome. En conséquence, la Cour conclut que la déclaration d'indépendance n'a pas violé le cadre constitutionnel ».

(26) Voire d'une « autorisation » : en ce sens, les principes retenus par la Cour permettent de contrer tout argument fondé sur une forme d'« autorisation implicite » d'employer la force armée, formulé par les États-Unis et

marquera enfin que la lecture de la résolution 1244 retenue par la Cour présuppose qu'elle ne doute pas que le Conseil de sécurité aurait pu adresser aux dirigeants albanais du Kosovo une interdiction de déclarer l'indépendance. S'agissant de l'organe judiciaire principal de l'O.N.U., une conception aussi élargie des pouvoirs du Conseil de sécurité, fût-elle implicite, ne surprend guère. Encore faut-il voir deux choses. Tout d'abord et même si, rappelons-le, la Cour a estimé ne pas être appelée à se prononcer à ce sujet, cela paraît confirmer que la population du Kosovo n'est pas titulaire du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, sans quoi la Cour aurait tout de même dû s'interroger sur la possibilité pour le Conseil de sécurité, au titre du maintien de la paix et de la sécurité internationales, d'interdire l'exercice de ce droit puisqu'il est, selon sa propre jurisprudence²⁷, opposable *erga omnes*. Ensuite, il n'est pas certain qu'une conception aussi élargie des pouvoirs du Conseil de sécurité, si elle devait être formulée explicitement, puisse convaincre, au premier chef, les membres du Conseil eux-mêmes. Avec l'avis consultatif (§ 81), on rappellera ainsi que le Conseil ne condamne les sécessions que lorsqu'elles procèdent ou s'accompagnent d'une violation grave d'une règle impérative. Certes, peut-être n'y a-t-il là qu'un jugement d'opportunité dont on ne saurait déduire aucune limitation quant à la compétence du Conseil. Il n'empêche, au-delà du droit, que l'enjeu de cette question est de savoir si l'histoire des peuples est, en tout ou seulement en partie, entre les mains des cinq États membres permanents du Conseil de sécurité. Posée sous cet angle, cette question de légitimité et de politique donne au débat juridique sous-jacent toute son importance, le propre du droit international étant, à certains égards et si l'on n'y prend garde, de prétendre — quelle prétention! — contrôler l'histoire humaine²⁸. Par la manière de modestie dont il témoigne face à cette dernière, cet avis consultatif manifeste une forme de sagesse judiciaire qui devrait inciter à s'interroger à nouveau sur les finalités, et donc aussi les limites, du droit international.

Pierre D'ARGENT
Premier secrétaire
de la Cour internationale de justice²⁹
Professeur à la Faculté de droit
de l'Université de Louvain (en congé).

le Royaume-Uni à l'occasion de la guerre d'Irak de 2003 et critiqué par la doctrine (O. CORTEN, « *Opération Iraqi Freedom* : peut-on accepter l'argument de l'"autorisation implicite" du Conseil de sécurité? », *R.B.D.I.*, 2003, pp. 205-247).

(27) C.I.J., *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt du 30 juin 1995, *Rec.*, p. 102, § 29; C.I.J., « Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé », avis consultatif du 9 juillet 2004, *Rec.*, p. 172, § 88, et p. 199, § 156.

(28) « To what extent can history be written in advance? This naïve question lies at the heart of international law as a normative system. It explains why doubts about the possibility of its very existence are endlessly raised and reconsidered. It explains why it is — intrinsically and not only procedurally — so very "political", and, for that very reason, either praised as an indispensable common language or disregarded as a dangerous illusion » : P. D'ARGENT, « Wrongs of the past, history of the future? », *EJIL*, 2006, p. 279.

(29) Les opinions exprimées ici sont strictement personnelles et n'engagent en rien la Cour internationale de justice ou l'Organisation des Nations unies.

I. LOIS. — Interprétation. — Divergences entre le texte français et le texte néerlandais. — Prééminence d'une version sur l'autre (non). — Recherche de la volonté du législateur. — II. ACTION EN JUSTICE. — Demande principale. — Recevabilité. — Entreprise commerciale ou artisanale. — Inscription à la Banque-carrefour. — Activité pour laquelle elle n'est pas inscrite à la date d'introduction de l'action. — Activité qui ne tombe pas sous l'objet social pour lequel elle est inscrite. — Demande fondée sur ces activités. — Sanction. — Fin de non-recevoir. — Régime. — À invoquer avant toute autre exception ou défense.

Cass. (1^{re} ch.), 28 mai 2010

Siég. : Ch. Storck (prés. et rapp.), P. Mathieu (prés. sect.), A. Fettweis, Ch. Matray et S. Velu.

Min. publ. : Th. Werquin (av. gén.).

Plaid. : M^e J. Verbist.

(S. B. c. s.p.r.l. Piront Rolf).

I. *Les divergences qui peuvent exister entre le texte français et le texte néerlandais des lois, qui sont votées, sanctionnées, promulguées et publiées en langue française et en langue néerlandaise, sont résolues d'après la volonté du législateur, déterminées suivant les règles d'interprétation, sans prééminence de l'un des textes sur l'autre.*

II. *La volonté du législateur, exprimée dans les travaux préparatoires, a été de déclarer que la fin de non-recevoir déduite de ce que l'action d'une entreprise commerciale ou artisanale inscrite en cette qualité à la banque-carrefour des entreprises, basée sur une activité pour laquelle elle n'est pas inscrite à la date d'introduction de l'action ou qui ne tombe pas sous l'objet social pour lequel elle est inscrite à la date d'introduction de l'action, ne peut être invoquée qu'avant toute autre exception ou défense.*

La procédure devant la Cour.

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 26 février 2009 par la cour d'appel de Liège.

Le président Christian Storck a fait rapport.

L'avocat général Thierry Werquin a conclu.

Le moyen de cassation.

La demanderesse présente un moyen libellé dans les termes suivants :

Dispositions légales violées.

— article 14, alinéas 1^{er} et 4, de la loi du 16 janvier 2003 portant création d'une Banque-carrefour des entreprises, modernisation du registre de commerce, création de guichets-entreprises agréés et portant diverses dispositions;

— articles 4 et 30 de la Constitution;

— article 76 de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone;

— articles 1^{er} et 7 de la loi du 31 mai 1961 relative à l'emploi des langues en matière législative, à la présentation, à la publication et à l'entrée en vigueur des textes légaux et réglementaires.

Décisions et motifs critiqués.

L'arrêt déclare recevable et fondée la demande introduite par la défenderesse et condamne la demanderesse à payer à la défenderesse la somme de 19.504 EUR. Il rejette le moyen de la demanderesse selon lequel la demande introduite par la défenderesse est irrecevable, aux motifs que :

« La [demanderesse] fait valoir que la demande originaire est irrecevable, parce que la [défenderesse] est, selon la Banque-carrefour des entreprises, inscrite pour les activités d'exploitations forestières, sciage et rabotage du bois. Elle soutient qu'elle a soulevé ce moyen à juste titre avant toute discussion sur le fond *in limine litis*;

» La [demanderesse] perd cependant de vue que la condition, prévue à l'ancien article 42 de la loi du 18 août [lire : 20 juillet] 1964 sur le registre de commerce pour la couverture de l'irrecevabilité, d'invoquer l'irrecevabilité avant toute discussion sur le fond (*in limine litis*), qu'elle invoque dans ses conclusions de synthèse, et à laquelle la doctrine et la jurisprudence, citées par la [demanderesse], font référence, n'est plus applicable depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 2003, de l'article 14, dernier alinéa, de la loi du 16 janvier 2003 portant création d'une Banque-carrefour des entreprises;

» Selon cette disposition (traduction allemande, *M.B.*, 1^{er} décembre 2003, 57446) : 'Dans le cas où l'entreprise commerciale ou artisanale est inscrite en cette qualité à la Banque-carrefour des entreprises, mais que son action est basée sur une activité pour laquelle l'entreprise n'est pas inscrite à la date de l'introduction de l'action ou qui ne tombe pas sous l'objet social pour lequel l'entreprise est inscrite à cette date, l'action de cette entreprise est également non recevable. L'irrecevabilité est cependant couverte si aucune autre exception ou aucun autre moyen de défense n'est opposé comme fin de non-recevoir';

» Cette nouvelle disposition légale ne fait pas référence à la condition de faire valoir le moyen concernant l'absence d'inscription avant toute discussion sur le fond, mais à la formulation d'autres moyens d'irrecevabilité de la demande (voy. B. VOGLET, « L'irrecevabilité de l'action (en justice) d'une société pour l'inadéquation de l'activité fondant cette action avec l'activité inscrite à la B.C.E. ou dans son objet social », *J.D.S.C.*, 2004, pp. 126-127);

» La [demanderesse] ne soulève pas d'autres fins de non-recevoir au sens de cette disposition;

» La demande originaire est donc recevable ».