

**L'AVIS DE LA COUR INTERNATIONALE
DE JUSTICE SUR LA DÉCLARATION
D'INDÉPENDANCE DU KOSOVO.
AUDACE ET RETENUE DE LA COUR
AU SUJET D'UNE QUESTION CONTROVERSÉE**

PAR

R. VAN STEENBERGHE

Chargé de recherches F.R.S.-FNRS,
chargé de cours invité à l'Université catholique de Louvain,
membre du Centre Charles de Visscher pour le droit international
et européen (CeDIE) de l'Université catholique de Louvain

ET

A. CLAEYS BOÚÚAERT

Doctorante et assistante au Centre Charles de Visscher
pour le droit international et européen (CeDIE)
de l'Université catholique de Louvain

RÉSUMÉ

Le 22 juillet 2010, la Cour internationale de Justice rendait son avis au sujet de la question posée par l'Assemblée générale des Nations Unies de la conformité de la déclaration d'indépendance du Kosovo au droit international. La Cour y a conclu que ce droit ne comportait aucune interdiction à l'endroit d'une telle déclaration. Bien que cette conclusion s'appuie sur un raisonnement particulièrement sommaire, celui-ci soulève (parfois implicitement) des questions de droit qui méritent analyses et commentaires. Le présent article s'attelle à l'examen de ces questions en suivant le raisonnement de la Cour. Il se penche, dans un premier temps, sur le traitement que la Cour a réservé aux questions préliminaires à l'avis, celles relatives à sa compétence, à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire et à la délimitation de la question posée. Il analyse, dans un

second temps, le raisonnement suivi par la Cour ainsi que la conclusion à laquelle elle a abouti au sujet de la question de fond, celle de la conformité de la déclaration d'indépendance au droit international tant général que spécial. Cet examen montre que, si la Cour a parfois fait preuve d'une certaine audace, principalement dans le cadre de l'analyse des questions préliminaires et de celle relative à l'identité véritable des auteurs de la déclaration d'indépendance, elle est généralement restée prudente dans la réponse qu'elle a donnée à l'Assemblée générale. Elle s'est ainsi gardée d'aborder des questions controversées comme celle du droit à la sécession-remède.

ABSTRACT

On 22 July 2010, the International Court of Justice rendered its Advisory Opinion on the question submitted by the UN General Assembly concerning the accordance with international law of Kosovo's declaration of independence. The Court held that international law contained no prohibition against such declaration. Although this conclusion is based on a particularly brief reasoning, it raises (sometimes implicitly) a number of legal issues that deserve analysis and commentary. This article closely reviews these issues by following the reasoning of the Court. It looks, firstly, at the way the Court tackled the preliminary issues related to its jurisdiction, the exercise of its discretion and the scope and meaning of the question asked to it. It analyzes, secondly, the Court's reasoning and its conclusion on the substance of the request, i.e. on the accordance of the declaration of independence with general as well as special international law. This review shows that, although the Court has sometimes answered with a certain audacity, especially with regard to the preliminary issues and concerning the identity of the authors of the declaration, it has overall rendered a cautious opinion. The controversial question of the «remedial secession» has, for example, been left unanswered.

INTRODUCTION

Le 17 février 2008, le Kosovo déclarait son indépendance. Vivement contestée par la Serbie ainsi que par de nombreux autres

États, cette déclaration a toutefois été favorablement accueillie par un nombre significatif de gouvernements, qui ont rapidement décidé de reconnaître le statut d'État à l'ancienne province serbe⁽¹⁾. Cet appui d'une certaine partie de la communauté internationale s'explique sans doute par le contexte très particulier dans lequel l'indépendance du Kosovo a été proclamée, à savoir, l'administration par les Nations Unies du territoire kosovar depuis le 10 juin 1999, date de l'adoption de la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité qui fixa les balises de cette administration⁽²⁾. Cette dernière faisait suite au conflit qui opposa les forces serbes aux Albanais du Kosovo et auquel l'intervention militaire de l'O.T.A.N. mit un terme. Elle a entraîné une suspension temporaire des droits souverains de la Serbie sur le Kosovo au profit des Nations Unies, lesquelles, agissant par l'entremise des institutions établies par la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité, étaient chargées de toutes les tâches civiles et sécuritaires normalement dévolues aux autorités internes d'un territoire.

Le 18 février 2008, le Conseil de sécurité était convoqué à la demande de la Serbie et de la Russie afin de discuter de la déclaration d'indépendance du Kosovo. Les deux États y ont formulé certaines demandes, notamment celle tendant à ce que le représentant spécial du Secrétaire général pour le Kosovo «déclare nul et non avenu» la déclaration d'indépendance du Kosovo qu'ils considéraient comme «un acte unilatéral illégal»⁽³⁾. Le Secrétaire général des Nations Unies n'y a pas donné de suite. De manière générale, aucune mesure n'a été adoptée à l'issue de la séance du Conseil de sécurité, aucun projet de résolution — condamnant ou, au contraire, approuvant la déclaration — n'ayant en réalité été soumis au Conseil à cette séance. Ayant souligné à plusieurs reprises que le combat qu'elle mènerait contre toute tentative de sécession de son ancienne province demeurerait pacifique et qu'il se situerait sur le plan non seulement politique mais également

(1) Actuellement, 75 États ont formellement reconnu le Kosovo en tant qu'État tandis que 30 États s'y sont explicitement opposés, le reste des États ne s'étant pas (encore) officiellement prononcés à ce sujet (voy. à cet égard : http://fr.wikipedia.org/wiki/Kosovo#Reconnaissance_internationale).

(2) S/RES/1244 (1999), du 10 juin 1999.

(3) Voy. les déclarations faites par les représentants serbe et russe à cette occasion (S/PV.5839, p. 5 et p. 6).

juridique, la Serbie s'est dès lors tournée vers l'Assemblée générale des Nations Unies et a proposé que cette dernière requière de la Cour internationale de Justice un avis sur la déclaration d'indépendance du Kosovo. Dans sa résolution du 8 octobre 2008, l'Assemblée générale a approuvé la proposition de la Serbie et a demandé à la Cour internationale de Justice de lui donner un avis sur la question de savoir si «la déclaration unilatérale d'indépendance des institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo [était] conforme au droit international»⁽⁴⁾.

La Cour a rendu son avis le 22 juillet 2010⁽⁵⁾. Elle y a conclu que la déclaration d'indépendance du Kosovo ne violait pas le droit international. Dans sa résolution 64/298, adoptée le 9 septembre 2010, l'Assemblée générale a pris acte de cette conclusion, tout en se félicitant des efforts produits par l'Union européenne pour faciliter le dialogue entre les parties concernées. L'avis de la Cour est le résultat d'un raisonnement relativement succinct si on le compare aux longs raisonnements qu'elle a déjà tenus dans des avis rendus sur des questions aussi importantes que celle qui était en jeu. Celles et ceux qui espéraient que la Cour élucide les grandes controverses du droit international contemporain — le droit à l'autodétermination des peuples autres que les peuples coloniaux ou sous occupation étrangère, la notion de sécession-remède, les éléments constitutifs d'un État ou la reconnaissance de l'État — sont assurément restés sur leur faim. Une lecture attentive de l'avis suscite néanmoins plusieurs observations et interrogations sur la manière dont la Cour a tranché certains points de droit, tant relatifs aux questions préliminaires (Section I) qu'en ce qui concerne les questions de fond (Section II). Les auteurs de cet article se proposent de suivre le fil du raisonnement adopté par la Cour en identifiant les nœuds, faibles ou forts, de son argumentation.

(4) A/RES/63/3, du 8 octobre 2008.

(5) C.I.J., *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, avis du 22 juillet 2010 (ci-après «C.I.J., *Avis relatif au Kosovo*»), disponible à l'adresse <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15988.pdf>.

SECTION I. — QUESTIONS PRÉLIMINAIRES

Avant de se pencher sur la question de fond qui lui avait été soumise par l'Assemblée générale, la Cour se devait d'aborder trois questions préliminaires, à savoir, celles relatives à sa compétence, à son pouvoir discrétionnaire de répondre ou non à la question posée et aux contours de cette dernière. On constate que la Cour a fait preuve d'une très grande souplesse dans l'analyse de ces trois questions préliminaires. Elle a levé tous les obstacles à sa compétence et écarté toutes les raisons invoquées par les États pour l'inviter à ne pas se prononcer alors même que ces obstacles et raisons étaient loin d'être dénués de toute pertinence. De même, tout en estimant qu'il n'était pas nécessaire de redéfinir la question posée, la Cour a toutefois formulé deux observations qui ont conduit à une redélimitation déterminante de celle-ci.

§1. — *Compétence*

Se référant à sa jurisprudence antérieure, la Cour a tout d'abord rappelé les bases juridiques permettant de fonder sa compétence lorsqu'elle est saisie d'une demande d'avis par l'Assemblée générale, à savoir, les articles 65, § 1 de son statut et 96, § 1 de la Charte des Nations Unies. En vertu de ces articles, l'Assemblée générale bénéficie d'un droit assez large de demander un avis à la Cour⁽⁶⁾, la seule condition limitant expressément ce droit étant que la question posée par l'Assemblée générale soit «juridique»⁽⁷⁾. Le caractère juridique de la question soumise en l'espèce à la Cour était difficilement contestable. Comme celle-ci l'a soutenu, suivant en cela sa jurisprudence bien établie à cet égard, cette question imposait dans son libellé une analyse proprement juridique et les aspects politiques qu'elle impliquait ne pouvaient, selon la Cour, l'empêcher de se prononcer sur les aspects juridiques qu'elle emportait également⁽⁸⁾. Il s'agissait donc bien d'une question «juridique» pouvant dès lors valablement lui être posée par l'Assemblée générale. La Cour ne

(6) *Ibid.*, §§ 18-20.

(7) L'article 65, § 1 du statut de la Cour renvoie indirectement à l'article 96 de la Charte dont le paragraphe premier stipule : «L'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité peut demander à la Cour internationale de Justice un avis consultatif sur toute question juridique».

(8) C.I.J., *Avis relatif au Kosovo*, §§ 26-27.

s'est cependant pas arrêtée là. Certaines de ses considérations suggèrent qu'elle s'est attelée à vérifier si la résolution de l'Assemblée générale n'avait pas été adoptée *ultra vires*.

La Cour a bien rappelé, au début de son raisonnement, que la question sur laquelle portait la demande d'avis devait se poser dans le cadre de l'activité («activities») de l'organe requérant (conformément à l'article 96, § 2 de la Charte) sauf si cette question était posée par l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité (en vertu de l'article 96, § 1 de la Charte)⁽⁹⁾. Elle a toutefois affirmé un peu plus loin que, «[b]ien que le paragraphe 1 de l'article 96 confère à l'Assemblée générale le pouvoir de demander un avis consultatif "sur toute question juridique", la Cour a parfois, par le passé, donné certaines indications quant à la relation entre la question faisant l'objet d'une demande d'avis et les activités de l'Assemblée générale [...]»⁽¹⁰⁾. Elle a ensuite mentionné les articles 10 et 11 de la Charte, qui confèrent à l'Assemblée générale des compétences assez larges, notamment en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales⁽¹¹⁾, avant de vérifier si, en demandant un avis sur une question liée à ces compétences, l'Assemblée générale n'avait pas violé l'article 12, § 1 de la Charte⁽¹²⁾, lequel interdit en effet à l'Assemblée de faire des recommandations sur une situation touchant au maintien de la paix et de la sécurité internationales aussi longtemps que le Conseil de sécurité remplit ses fonctions à cet égard, à moins que ce dernier ne lui en ait fait la demande.

Ces dernières considérations montrent que la Cour envisageait clairement le respect de l'article 12 de la Charte comme une condition *sine qua non* de validité de sa saisine. Une telle exigence pouvait en réalité déjà être déduite du raisonnement qu'elle avait adopté au sujet de sa compétence dans l'affaire du *Mur*, affaire dans laquelle elle avait en effet consacré de longs développements à la question de la conformité de la demande d'avis de l'Assemblée générale à l'article 12⁽¹³⁾. Et, pourtant, aucune condition de ce

(9) *Ibid.*, § 19.

(10) *Ibid.*, § 21.

(11) *Ibid.*, § 22.

(12) *Ibid.*, § 23.

(13) C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur en territoire palestinien*, avis du 9 juillet 2004, *Rec.*, p. 145, §§ 45-28.

type ne figure à l'article 96, § 1 de la Charte. Faut-il s'en offusquer? Critiquée par certains auteurs⁽¹⁴⁾, cette exigence, tenant au respect de la répartition des pouvoirs entre organes des Nations Unies, semble toutefois justifiée dans la mesure où elle paraît déterminante pour conférer à l'avis toute sa légitimité. On ne voit par ailleurs pas pourquoi on devrait *a priori* ne pas soumettre les demandes d'avis de l'Assemblée générale à l'examen du respect des règles générales applicables aux résolutions de l'Assemblée et, en particulier, de ses recommandations. Cela dit, la Cour a très rapidement réglé la question. S'appuyant sur son avis rendu dans l'affaire du *Mur*, elle a considéré qu'une demande d'avis n'équivalait pas à une recommandation et que, par conséquent, l'article 12, § 1 de la Charte, n'envisageant que le cas de recommandations de l'Assemblée générale, ne s'appliquait pas en l'espèce⁽¹⁵⁾. Autrement dit, aucun empiètement sur les pouvoirs du Conseil de sécurité au sens de cet article n'était envisageable, l'Assemblée générale étant libre, selon la Cour, de demander tout avis sur une question juridique touchant au maintien de la paix et de la sécurité internationales quand bien même cette question concernerait une situation à l'égard de laquelle le Conseil de sécurité continuerait à remplir activement ses responsabilités et sans que celui-ci ne lui en fasse la demande. La Cour a toutefois pris soin de préciser que, si l'article 12 ne pouvait en aucun cas être violé par une demande d'avis de l'Assemblée générale, la question de la répartition des pouvoirs entre l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité était susceptible d'intervenir dans l'évaluation des raisons pouvant inciter la Cour à refuser d'exercer sa compétence consultative sur la base de son pouvoir discrétionnaire⁽¹⁶⁾. Ce faisant, la Cour semble s'être implicitement écartée du raisonnement assez étrange qu'elle avait adopté sur la même question dans son avis sur le *Mur*. Dans cet avis, bien qu'ayant conclu qu'une demande d'avis émanant de l'Assemblée générale ne constituait pas en soi une recommandation, la Cour avait néanmoins cherché à vérifier, toujours dans le cadre de l'établissement de sa compétence, si, en demandant un avis à la Cour au sujet de l'édification du mur en Palestine,

(14) Voy. R. O'KEEFE, «Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory: A Commentary», *R.B.D.I.*, 2004, pp. 129-130.

(15) C.I.J., *Avis relatif au Kosovo*, § 24.

(16) *Ibidem*.

l'Assemblée générale n'avait pas excédé ses pouvoirs à la lumière de l'article 12, § 1 de la Charte⁽¹⁷⁾, ce qui laissait donc paradoxalement entendre qu'une demande d'avis pouvait éventuellement constituer une recommandation. Cette bizarrerie n'apparaît plus dans le présent avis. Bien que ne remettant pas clairement en question son raisonnement adopté dans l'affaire du *Mur*⁽¹⁸⁾, la Cour a, à juste titre, décidé de discuter de la question de la répartition des pouvoirs entre l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité exclusivement dans le cadre de l'analyse de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire⁽¹⁹⁾.

S'il ressort clairement du raisonnement de la Cour que celle-ci estimait ne pouvoir se déclarer compétente qu'à la condition que la résolution de l'Assemblée générale ne violât pas l'article 12, § 1^{er} de la Charte, il est par contre moins aisé de déterminer si la Cour entendait également faire dépendre la validité de sa saisine de ce que, plus fondamentalement, la question posée relève des compétences de l'Assemblée générale⁽²⁰⁾. On sait en effet que la Cour a

(17) C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur en territoire palestinien*, avis du 9 juillet 2004, *Rec.*, p. 148, § 25.

(18) Consciente de sa prise de distance par rapport au raisonnement qu'elle avait tenu à cet égard dans son avis sur le *Mur*, la Cour, très certainement embarrassée par ce fait, a tenté de ne pas montrer l'existence d'une contradiction dans sa jurisprudence. Elle a ainsi affirmé, lors de l'analyse de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, que le raisonnement qu'elle avait adopté dans l'avis sur le *Mur*, consistant à examiner la question du respect de l'article 12, § 1 de la Charte dans le cadre de l'examen de sa compétence, «s'appliqu[ait] également à la question du pouvoir discrétionnaire en l'espèce» (C.I.J., *Avis relatif au Kosovo*, § 42 [it. aj.]). Ce faisant, la Cour a laissé entendre qu'elle ne remettait pas en question la validité de la démarche qu'elle avait suivie dans l'avis sur le *Mur*. Il n'en demeure pas moins que, lors de l'examen de sa compétence, elle a également clairement affirmé que, si l'on devait conclure que l'article 12, § 1 de la Charte «ne limit[ait] pas en [lui]-même l'autorisation [donnée à l'Assemblée générale] de demander un avis consultatif [à la Cour, étant donné qu'une demande d'avis n'équivalait pas à une recommandation], [t]out autre [était] la question de savoir si la délimitation des pouvoirs respectifs du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale — dont l'article 12 est un aspect — devrait conduire la Cour, dans les circonstances de l'espèce, à refuser d'exercer sa compétence consultative (question que la Cour examinera [lors de l'examen de son pouvoir discrétionnaire en la matière])» (*ibid.*, § 24 [it. aj.]).

(19) Cf. *infra*, Section I, § 2. Pouvoir discrétionnaire.

(20) Voy. en ce sens, au sujet de la compétence consultative de la Cour en général, J.A. FROWEIN, K. OELLERS-FRAHAM, «Article 65», in A. ZIMMERMANN, C. TOMUSCHAT, K. OELLERS-FRAHAM (dir.), *The Statute of the International Court*

mentionné les articles 10 et 11 de la Charte, qui confèrent certaines compétences à l'Assemblée générale, immédiatement après avoir affirmé qu' «[elle] a[vait] parfois, par le passé, donné certaines indications quant à la relation entre la question faisant l'objet d'une demande d'avis et les activités [«activities»] de l'Assemblée générale [...]»⁽²¹⁾. Aussi peut-on se demander si la Cour a pris soin de mentionner ces compétences de l'Assemblée générale uniquement parce que l'exercice de celles-ci posait la question de la conformité à l'article 12 de la Charte ou, plutôt, parce qu'il convenait, selon elle, de démontrer avant tout que la question posée s'inscrivait dans le cadre des compétences de l'Assemblée générale. On peut se demander, en d'autres termes, si la Cour entendait appliquer à l'Assemblée générale l'exigence de spécialité qui, selon l'article 96, § 2 de la Charte, impose aux organes requérants, autres que l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité, de démontrer que la question posée relève de leurs compétences («activities») pour saisir valablement la Cour. Le raisonnement de cette dernière n'est pas clair à cet égard, particulièrement si on l'examine à la lumière de la jurisprudence à laquelle elle s'est référée à cette occasion⁽²²⁾. Dans toutes ces affaires, la Cour a en effet toujours démontré l'existence d'un lien explicite entre la question qui lui était soumise et les compétences de l'Assemblée générale, indépendamment de la question de conformité de la demande d'avis à l'article 12 de la Charte lorsqu'elle s'est posé cette question⁽²³⁾. Cela dit, la Cour n'a jamais expressément affirmé qu'il y

of Justice. A Commentary, Oxford, O.U.P., 2006, p. 1407; les auteurs affirment en effet que, si «[it] is quite clear from the practice of the Court [...] that the request may not be *ultra vires* because of a specific prohibition addressed to the general Assembly to act in a specific case [notably article 12, § 1 of the UN Charter] [...] it is [however] not fully clear whether the Court sees it as necessary that the General Assembly has a general competence in the area or not».

(21) *Ibid.*, § 21 (it. aj.).

(22) Voy. C.I.J., *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif*, avis du 30 mars 1950, *Rec.*, p. 70; C.I.J., *Licéité de la menace et de l'emploi d'armes nucléaires*, avis du 8 juillet 1996, *Rec.*, pp. 232-233, §§ 11-12; C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édition d'un mur en territoire palestinien*, avis du 9 juillet 2004, *Rec.*, p. 145, §§ 16-17.

(23) Il n'y a d'ailleurs que dans une seule des affaires susmentionnées, celle du *Mur*, que la Cour a abordé la question de la conformité de la demande d'avis de l'Assemblée générale à l'article 12, § 1 de la Charte. Dans cette affaire, elle a bien

avait là une condition *sine qua non* de validité de sa saisine. En réalité, on observe que si, dans l'une des affaires qu'elle a mentionnées, la Cour s'est expressément refusé à affirmer l'existence d'une telle condition, elle ne l'a toutefois pas écartée alors qu'elle en avait la possibilité. Dans l'affaire de la *licéité des armes nucléaires*, certains États ont en effet expressément soutenu que l'exigence de spécialité, explicitement indiquée au paragraphe 2 de l'article 96 de la Charte, était également (mais) implicitement contenue dans le paragraphe 1^{er} de cet article et devait ainsi s'appliquer à l'Assemblée générale. Ils prétendaient dès lors que la Cour devait se déclarer incompétente puisque, selon eux, la question de la licéité des armes nucléaires ne se posait pas «dans le cadre de l'activité» de l'Assemblée, au sens où cette exigence est clairement exprimée à l'article 96, § 2⁽²⁴⁾. Il est intéressant de constater que la Cour n'a pas rejeté cette interprétation. Elle a simplement dit que, quel que soit le bien-fondé d'une telle interprétation («que cette [dernière] soit ou ne soit pas correcte»), l'Assemblée générale était de toute façon («in any event») compétente pour la saisir parce que, selon elle, la question était en lien avec les compétences dont bénéficie l'Assemblée en vertu des articles 10, 11 et 13 de la Charte⁽²⁵⁾. En reprenant cette jurisprudence dans la présente affaire et en la mentionnant sans y apporter plus d'éclaircissements, la Cour n'a pas dissipé l'ambiguïté née de sa réponse formulée dans son avis sur la *licéité des armes nucléaires*. Ses propos et son raisonnement laissent ainsi la porte ouverte à l'interprétation selon laquelle le paragraphe 1 de l'article 96 exigerait que la Cour ne puisse se déclarer compétente pour se prononcer sur une demande d'avis émanant de l'Assemblée générale que pour autant que la question lui étant soumise se pose dans le cadre de l'activité («activities») de l'Assemblée, à l'instar de ce que prévoit clairement le paragraphe 2 pour les organes requérants visés par ce paragraphe. Une telle interprétation serait-elle déraisonnable? Il est vrai que l'on entamerait sans doute

distingué l'analyse de cette question de celle du lien existant entre la question posée et les compétences de l'Assemblée générale (C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur en territoire palestinien*, avis du 9 juillet 2004, *Rec.*, p. 148, § 25).

(24) C.I.J., *Licéité de la menace et de l'emploi d'armes nucléaires*, avis du 8 juillet 1996, *Rec.*, p. 223, § 11.

(25) *Ibidem*.

le caractère à première vue général du droit reconnu à l'Assemblée générale par l'article 96, § 1 de la Charte. Il semblerait toutefois logique d'imposer une telle exigence en raison de l'objectif final de la compétence consultative de la Cour, qui consiste, selon les termes mêmes de la Cour, «[à] permettre aux organes de l'Organisation des Nations Unies et à d'autres institutions autorisées d'obtenir des avis de la Cour qui les aideront dans l'exercice futur de leurs fonctions»⁽²⁶⁾. En effet, comment un tel objectif pourrait-il être réalisé si la question posée par la Cour ne relève pas des compétences de l'organe requérant, qu'il s'agisse de l'Assemblée générale, du Conseil de sécurité ou de tout autre organe⁽²⁷⁾? Quoiqu'il en soit, il convient de reconnaître que les compétences de l'Assemblée générale sont à ce point étendues et extensibles qu'il est difficile — mais non impossible en théorie — d'imaginer un cas où la question soumise à la Cour par l'Assemblée ne relèverait pas de ses compétences et où la Cour devrait se déclarer incompétente sur cette base.

§2. — *Pouvoir discrétionnaire*

Il est désormais bien établi que la Cour jouit d'un pouvoir discrétionnaire, l'autorisant à refuser d'exercer sa compétence consultative alors même que celle-ci serait établie. La Cour a néanmoins elle-même restreint l'étendue de ce pouvoir en affirmant, selon une formule bien connue, que sa réponse à une demande d'avis consultatif «constituait [sa] participation... à l'action de l'Organisation et [qu'] en principe, [elle]... ne devrait pas être refusée»⁽²⁸⁾, ceci signifiant, selon elle, que «seules des “raisons décisives” [étaient susceptibles] de la conduire à opposer un refus à une demande d'avis relevant de sa

(26) C.I.J., *Avis relatif au Kosovo*, § 44.

(27) Voy. en ce sens R. RIVIER, «Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé. Cour internationale de Justice, avis consultatif du 9 juillet 2004», *A.F.D.I.*, 2004, p. 318. Voy. également, en faveur de l'interprétation consistant à appliquer l'exigence de spécialité à l'Assemblée générale et au Conseil de sécurité nonobstant l'absence de mention explicite de cette exigence à l'article 96, § 1 de la Charte, F. DOPAGNE, *Les contre-mesures des organisations internationales. Essai de transposition du régime des contre-mesures étatiques*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010, p. 48, note 120.

(28) C.I.J., *Avis relatif au Kosovo*, § 30; voy. la jurisprudence citée par la Cour.

compétence»⁽²⁹⁾. La Cour n'a en l'occurrence trouvé aucune raison décisive lui imposant de refuser d'exercer sa compétence. Certes, la plupart des raisons invoquées en l'espèce ne différaient pas des raisons que les États ont généralement invoquées lors des procédures consultatives devant la Cour. Cette dernière n'a donc pas eu de mal à les écarter en se fondant sur sa jurisprudence antérieure. Ainsi, par exemple, l'argument selon lequel la Cour devait refuser de donner un avis sur l'indépendance du Kosovo au motif qu'un tel avis risquait d'avoir des conséquences politiques négatives a été rapidement rejeté par la Cour, laquelle, renvoyant notamment à son avis sur la *licéité des armes nucléaires*, a souligné que des positions politiques divergentes pouvaient être tenues à ce sujet et qu'il ne lui appartenait pas de donner préférence à une position plutôt qu'à une autre⁽³⁰⁾.

Deux particularités méritent néanmoins d'être soulignées. On constate tout d'abord que l'un des arguments invoqués pour inviter la Cour à ne pas exercer sa compétence était nouveau, quoiqu'ayant déjà été abordé par celle-ci lors de l'établissement de sa compétence dans l'affaire du *Mur*. Il s'agissait, on le sait, de l'argument tiré d'une atteinte portée à la répartition des rôles entre l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité et, plus généralement, du caractère inapproprié de l'organe ayant demandé l'avis. C'est au sujet de cet argument que la Cour a consacré les plus longs développements. Il est vrai que le Conseil de sécurité paraissait à première vue l'organe le plus adéquat pour saisir la Cour d'une demande d'avis concernant la légalité de la déclaration d'indépendance du Kosovo. Il s'agissait en effet d'une question relative à une situation dont le Conseil, contrairement à l'Assemblée générale, était activement saisi et dont l'analyse impliquait par ailleurs un travail essentiel d'interprétation de la résolution 1244 (1999) que le Conseil avait adoptée. La Cour n'a pas eu de mal à démontrer que ce dernier élément ne constituait nullement un obstacle à l'exercice de sa compétence consultative tant il est bien établi, notamment à la lumière de sa jurisprudence antérieure, qu'un organe judiciaire peut interpréter les résolutions d'un autre organe, en l'occurrence le Conseil de sécurité, sans que ce dernier ne lui en

(29) *Ibidem*.

(30) *Ibid.*, § 35.

fasse la demande⁽³¹⁾. Il était par contre *a priori* plus difficile pour la Cour de démontrer que la question posée était susceptible de s'inscrire dans le cadre des activités concrètes que l'Assemblée générale exerçait au sujet de cette question. Il est vrai que la situation était inédite. Le cas du Kosovo a en effet été essentiellement traité par le Conseil de sécurité. Alors que, comme la Cour l'a elle-même relevé⁽³²⁾, le Conseil s'est réuni vingt-neuf fois entre 2000 et fin 2008, notamment pour y discuter des rapports du Secrétaire général au sujet de l'administration intérimaire du Kosovo, les activités de l'Assemblée générale se sont limitées durant cette période à l'adoption de résolutions concernant exclusivement le financement de la mission onusienne chargée de cette administration. L'examen de la proposition serbe de demander un avis consultatif à la Cour a ainsi nécessité l'ajout d'un nouveau point à l'ordre du jour de l'Assemblée générale, lequel n'a par ailleurs été qu'artificiellement rattaché à l'un des domaines d'activités en cours de l'Assemblée générale, cette procédure constituant une pratique totalement nouvelle en matière de procédure consultative⁽³³⁾. En outre, aucun blocage n'a eu lieu au sein du Conseil de sécurité au sens où aucun État membre permanent n'a opposé (ni menacer d'opposer) son veto à l'adoption d'un projet de résolution, la déclaration d'indépendance du Kosovo n'ayant d'ailleurs conduit aucun membre du Conseil à soumettre un projet de résolution⁽³⁴⁾. En ce sens, le Conseil a toujours été en mesure de remplir ses fonctions en ce qui concerne le Kosovo.

(31) *Ibid.*, §§ 46-47.

(32) *Ibid.*, §§ 37-38.

(33) Voy. à ce sujet l'exposé écrit de la France, p. 31, § 1.38. Cet exposé met clairement en évidence le caractère inédit de la saisine de l'Assemblée générale par la Serbie. Il est y expliqué : « Dans la mesure où l'Assemblée générale ne s'était saisie d'aucun aspect de fond de cette question depuis 1999, il était impossible de raccrocher la demande d'avis aux points de l'ordre du jour de l'Assemblée avec lesquels la situation au Kosovo aurait pu entretenir un lien effectif (c'est-à-dire le point A consacré au maintien de la paix et de la sécurité internationales). Pour contourner la difficulté, la Serbie a proposé l'inscription de sa demande d'avis au point F (« Promotion de la justice et du droit international ») de l'ordre du jour de l'Assemblée, ce que l'Assemblée a avalisé, sur recommandation du bureau. [Or, ce point F] ne couvre que l'examen de rapports de juridictions ou d'organes des Nations Unies et l'étude de question juridiques générales et abstraites comme "les océans et le droit de la mer" [...] ».

(34) Cf. *supra*, Introduction.

Cette situation n'a toutefois pas empêché la Cour de considérer qu'il n'y a avait là aucune raison décisive de ne pas exercer sa compétence pour rendre un avis demandé par l'Assemblée générale sur l'indépendance du Kosovo. La Cour s'est notamment appuyée, pour ce faire, sur les considérations qu'elle avait tenues dans son avis sur le *Mur* au sujet de l'interprétation de l'article 12, § 1 de la Charte. Elle a affirmé que ces considérations démontraient que «même si une question rel[evait] de la responsabilité principale du Conseil de sécurité à l'égard des situations risquant de compromettre le maintien de la paix et de la sécurité internationales, et [que] même si le Conseil de sécurité exer[çait] effectivement cette responsabilité dans la situation en cause, cela n'empêch[ait] pas l'Assemblée générale de l'examiner, voire, *dans les limites fixées par l'article 12*, de faire des recommandations à ce sujet»⁽³⁵⁾. Cette affirmation mérite certains éclaircissements. Que l'article 12 de la Charte ne prive pas l'Assemblée générale d'examiner une question, quelle qu'elle soit, ne semble pas poser de difficulté particulière puisque cet article ne vise que le cas de recommandations adoptées par l'Assemblée. On est bien en peine, par contre, d'identifier les limites évoquées par la Cour au pouvoir de l'Assemblée générale d'adopter des recommandations dans la situation qu'elle a mentionnée. Il ne pourrait s'agir de la limite, prévue à l'article 12, § 1 *in fine*, selon laquelle l'Assemblée ne peut faire de recommandations qu'à la condition que le Conseil de sécurité ne le lui demande. En effet, tout l'enjeu de l'interprétation que la Cour a donnée à l'article 12, § 1 dans l'affaire du *Mur* et à laquelle elle a en l'occurrence renvoyé consistait à démontrer que l'Assemblée générale avait le pouvoir adopter des recommandations sur une situation qui était encore à l'agenda du Conseil de sécurité dans l'hypothèse où ce dernier n'en avait pas fait la demande⁽³⁶⁾. Tout au plus certains éléments de cette interprétation ainsi que les circonstances ayant entouré la demande d'avis dans l'affaire du *Mur* suggèrent-ils certaines limites au pouvoir de l'Assemblée générale, à savoir, que l'Assemblée ne pourrait adopter de recommandations qu'en rapport avec certains aspects *connexes* à la situation dont le

(35) C.I.J., *Avis relatif au Kosovo*, § 42 (it. aj.).

(36) C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur en territoire palestinien*, avis du 9 juillet 2004, *Rec.*, pp. 148-149, §§ 26-27.

Conseil de sécurité serait saisi⁽³⁷⁾ ou qu'à la condition que le Conseil se trouve dans l'*impossibilité* (temporaire) d'exercer ses responsabilités, à la suite d'un blocage manifeste de ce dernier⁽³⁸⁾. De telles limites deviennent plus difficiles à identifier à la lumière des propos tenus par la Cour dans la présente affaire. Comme on le sait, la Cour a tout d'abord reconnu que l'Assemblée générale avait le pouvoir d'adopter des recommandations au sujet d'une question relevant de la responsabilité du Conseil de sécurité alors même que ce dernier exercerait *effectivement* cette responsabilité dans la situation en cause⁽³⁹⁾, c'est-à-dire, même s'il n'y avait aucun blocage au sein du Conseil à ce sujet. La limite qu'elle a mentionnée à cet égard pourrait-elle dès lors consister, à défaut d'être celle visée à l'article 12 *in fine*, dans le fait que de telles recommandations devraient concerner des aspects connexes à la situation soumise au Conseil, conformément à son avis sur le *Mur*? Outre que rien ne permet d'affirmer une telle conclusion à la lecture de l'avis, la Cour semble la démentir en envisageant la possibilité pour l'Assemblée générale de faire des recommandations, toujours sous réserve d'une certaine limite dont le contenu devient dès lors très difficile à saisir, sur la situation du Kosovo, y compris sur l'acte même que constitue la déclaration d'indépen-

(37) La Cour avait en effet conclu dans son avis sur le *Mur* à «l'existence d'une tendance croissante à voir l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité examiner parallèlement une même question relative au maintien de la paix et de la sécurité internationales et souligné qu'il était souvent arrivé que, alors que le Conseil de sécurité tendait à privilégier les aspects de ces questions touchant à la paix et à la sécurité internationales, l'Assemblée générale les envisageait sous un angle plus large et en examinait également les aspects humanitaires, sociaux et économiques» (C.I.J., *Avis relatif au Kosovo*, § 41, qui renvoie aux §§ 26 et 27 de son avis sur le *Mur*). La Cour n'envisageait pas seulement la situation d'un simple *examen* parallèle d'une question par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité, contrairement à ce qui est expressément mentionné. L'ensemble du raisonnement qui précède cette conclusion montre clairement que la Cour envisageait avant tout la situation d'une *action* parallèle des deux organes des Nations Unies et, principalement, la situation où l'Assemblée générale adopte des recommandations au sujet d'une situation ou d'une question à l'égard de laquelle le Conseil de sécurité exerce effectivement ses responsabilités et sans que ce dernier ne le lui ait demandé.

(38) La demande d'avis avait en effet été formulée à la suite d'un blocage du Conseil de sécurité et s'inscrivait dans le cadre d'activités que l'Assemblée générale menait de longue date à l'égard de nombreux aspects de la question palestinienne.

(39) C.I.J., *Avis relatif au Kosovo*, § 42.

dance du Kosovo⁽⁴⁰⁾, c'est-à-dire, sur un acte qui constitue à première vue un aspect de la situation du Kosovo touchant *directement* au maintien de la paix et de la sécurité internationales. Il est donc légitime de se demander si, compte tenu de cette jurisprudence de la Cour relative à l'article 12, § 1 de la Charte, cet article n'a pas été vidé de sa substance et s'il emporte encore quelque limite au pouvoir de recommandation de l'Assemblée générale dans le domaine du maintien de la paix et de la sécurité internationales. L'ultime limite à ce pouvoir doit, nous semble-t-il, être trouvée dans la *ratio legis* de l'article 12, § 1, qui est d'éviter l'existence de décisions contradictoires entre les deux principaux organes politiques des Nations Unies⁽⁴¹⁾. Cet objectif impose, à tout le moins, que l'Assemblée générale ne soit autorisée à faire des recommandations sur une situation, y compris éventuellement sur les aspects de cette situation touchant directement au maintien de la paix et de la sécurité internationales, que si cette recommandation ne contredit pas ou ne risque pas de contredire la position adoptée ou susceptible d'être adoptée par le Conseil de sécurité. Cette interprétation semble en réalité confirmée par la pratique des Nations Unies⁽⁴²⁾.

Une seconde particularité mérite d'être mentionnée en ce qui concerne la question du pouvoir discrétionnaire exercé en l'espèce par la Cour. On constate qu'à l'exception de l'argument relatif aux conséquences politiques négatives possibles de l'avis⁽⁴³⁾, les autres arguments, classiquement invoqués lors de procédures consultatives devant la Cour, se révélaient en l'espèce particulièrement pertinents étant donné les circonstances tout à fait spécifiques dans

(40) *Ibid.*, § 44.

(41) Voy. en ce sens K. HAILBRONNER, E. KLEIN «Article 12», in B. SIMMA (dir.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, 2^e éd., Oxford, O.U.P., 2002, pp. 288 et 295.

(42) Voy., par exemple, certaines résolutions adoptées par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale sur la situation au Congo en 1961. L'Assemblée générale y a fait des recommandations qui touchaient directement au maintien de la paix et de la sécurité internationales (A/RES/1599 (XV), A/RES/1600 (XV)) alors même que le Conseil de sécurité exerçait effectivement ses responsabilités au sujet de cette situation. Aucune protestation ne s'est élevée à cet égard, ce qui se comprend dans la mesure où les recommandations de l'Assemblée générale étaient similaires aux demandes en l'espèce formulées par le Conseil de sécurité (S/RES/161 (1961)).

(43) Cf. *supra*, Section I, § 2. Pouvoir discrétionnaire.

lesquelles l'avis avait été demandé. Ces arguments concernaient de manière générale le fondement de la compétence consultative de la Cour, qui consiste, selon cette dernière dans la responsabilité de fournir un avis utile à l'organe ayant demandé l'avis et justifie qu'elle ne refuse d'exercer sa compétence que pour des raisons décisives. Les arguments invoqués à ce propos visaient à montrer que ce fondement faisait en l'occurrence défaut. Il était en effet avancé que la Cour avait été saisie, sinon par un État, à tout le moins pour servir les intérêts d'un État, plutôt que par l'Assemblée générale pour les besoins des activités (à venir) de celle-ci. À nouveau, la situation était inédite. Lors de sa proposition de demande d'avis soumise à l'Assemblée générale, la Serbie avait clairement présenté cette demande comme «sa» demande devant «[ê]tre transmise» à la Cour⁽⁴⁴⁾ et comme résultant du «droit de chaque État membre de l'Organisation des Nations Unies de poser à la Cour une question [juridique]»⁽⁴⁵⁾. Elle avait également présenté l'avis sollicité comme permettant de fournir un avis «à de nombreux pays qui se demand[ai]ent encore comment considérer la déclaration d'indépendance du Kosovo au regard du droit international»⁽⁴⁶⁾. En outre, il était légitime de s'interroger, à tout le moins au moment où l'avis avait été demandé, sur l'utilité que l'Assemblée générale était susceptible de tirer de cet avis pour ses activités à venir. Autrement dit, il est difficile de ne pas voir dans la demande d'avis formulée par l'Assemblée générale une manière d'instrumentalisation de celle-ci par un État, la Serbie, dont le but était manifestement d'obtenir un avis visant uniquement à «servir d'argument dans le débat politique en cours entre les partisans de la reconnaissance [du] Kosovo et ceux qui s'y opposent»⁽⁴⁷⁾. On est donc bien loin, à première vue, d'un avis demandé par l'Assemblée générale pour les besoins de sa fonction.

La Cour n'a pas semblé embarrassée outre mesure par cette situation. Elle s'est principalement contentée de rappeler qu'il ne lui appartenait ni de se pencher sur «les motifs ayant inspiré les États qui sont à l'origine de la demande d'avis [ni] de substituer sa propre appréciation de l'utilité de l'avis demandé pour l'organe

(44) A/63/PV.22, p. 1.

(45) *Ibidem*.

(46) *Ibidem*.

(47) Voy. en ce sens l'opinion dissidente du juge BENNOUNA, § 21.

requérant à celle de ce dernier»⁽⁴⁸⁾. En ayant donné une telle réponse à des arguments auxquels les faits de l'espèce conféraient un poids particulier, la Cour a fait preuve d'une attitude particulièrement formaliste. Plus fondamentalement, alors même qu'elle n'a cessé de répéter dans son avis — comme dans de nombreux autres — que le fondement de sa compétence consultative était de permettre à l'organe requérant «d'obtenir des avis de la Cour qui les aider[ai]ent dans l'exercice futur de leurs fonctions»⁽⁴⁹⁾, la réponse qu'elle a ainsi donnée implique que ce fondement soit considéré comme établi dès lors que l'Assemblée générale lui a demandé un avis et qu'il ne puisse plus être remis en question. Autrement dit, la Cour paraît avoir définitivement privé les États de la possibilité de contester sa compétence consultative en démontrant que le fondement même de cette compétence fait défaut. Elle semble ainsi avoir vidé ce fondement, sur lequel elle a pourtant abondamment insisté, de toute portée juridique utile. Cela dit, il en va là de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour, qui, ayant ainsi choisi de ne pas entrer dans l'analyse des circonstances de sa saisine, s'est en réalité préservée de toute discussion sur les aspects politiques de la question posée. Par ailleurs, l'adoption, le 9 septembre 2010, de la résolution dans laquelle l'Assemblée générale a pris note de la teneur de l'avis de la Cour et appuyé les efforts de dialogue entre la Serbie et le Kosovo témoigne de ce que cet avis était susceptible d'avoir une certaine utilité pour l'Assemblée⁽⁵⁰⁾.

§3. — *Délimitation de la question*

Dans la présente affaire, la Cour a été requise par l'Assemblée générale de répondre à la question de savoir si «la déclaration unilatérale d'indépendance des institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo [était] conforme au droit

(48) C.I.J., *Avis relatif au Kosovo*, §§ 33-34. Voy. également § 44.

(49) Voy. *ibid.*, §§ 30, 33, 44 et (implicitement) 45.

(50) La Cour avait en réalité pris soin de montrer qu'une telle utilité n'était pas nécessairement exclue en précisant dans son avis, subsidiairement à sa réponse formelle aux arguments précités, que l'Assemblée générale avait déjà rempli certaines fonctions propres au sujet de la situation du Kosovo et qu'il était dès lors envisageable que l'avis puisse être d'une certaine utilité pour ses travaux à venir (*ibid.*, § 45).

international». Elle a en l'espèce considéré que la question était suffisamment claire et précise pour ne pas l'interpréter ou y apporter des modifications⁽⁵¹⁾. Elle a, en particulier, relevé que la question ne lui imposait pas de se prononcer sur l'accession du Kosovo à la qualité d'État ni sur la validité ou l'effet de la reconnaissance du Kosovo comme État par certains gouvernements⁽⁵²⁾. Deux aspects de la question, toutefois, ont suscité des observations de la Cour qui se sont révélées déterminantes pour son traitement au fond.

Le premier aspect portait sur la mention faite dans la résolution de l'Assemblée générale aux «institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo» en tant qu'auteurs de la déclaration d'indépendance. Cette qualification, qui n'avait fait l'objet d'aucune contestation au moment de l'adoption de la résolution, a soudain surgi, lors de la procédure consultative, comme un élément central du débat juridique devant la Cour⁽⁵³⁾. Celle-ci a estimé que «l'identité des auteurs de la déclaration d'indépendance [était] un point qui pourrait avoir une incidence sur la réponse à la question» et qu'il «serait incompatible avec le bon exercice de sa fonction judiciaire que la Cour considère ce point comme ayant été tranché par l'Assemblée générale»⁽⁵⁴⁾. Cette position a été vivement critiquée par plusieurs juges — dont le juge BENNOUNA, qui estimait que la Cour ne pouvait «requalifi[er] la question posée d'une façon contraire à son objet et à son but»⁽⁵⁵⁾. Il semble toutefois que la Cour n'a pas véritablement procédé à une *modification de la portée de la question* mais a entendu *clarifier la portée juridique des termes* employés dans la résolution de l'Assemblée générale. L'absence de débat sur ce point et le flottement terminologique dont témoignent les documents préalables à la résolution 63/3 de l'Assemblée générale ont conduit la Cour à conclure que l'Assemblée n'avait consacré aucune portée juridique à la référence faite aux institutions provisoires. L'enjeu — sur lequel nous reviendrons — étant qu'à défaut, la marge de manœuvre de

(51) *Ibid.*, § 51.

(52) *Ibidem*.

(53) Cf. *infra*, Section II, § 2, B., 1. Questions préalables.

(54) C.I.J., *Avis relatif au Kosovo*, § 52.

(55) Voy. l'opinion dissidente du juge BENNOUNA, § 34. Voy. également la déclaration du vice-président TOMKA, § 21 et l'opinion dissidente du juge KOROMA, § 3.

la Cour aurait été considérablement réduite en la limitant à un strict examen de la compétence d'une institution établie en vertu du droit international. Nonobstant l'intention de l'Assemblée générale, la considération de la Cour relative au bon exercice de sa fonction judiciaire suggère de surcroît qu'elle ne se serait pas laissée enfermer dans un tel carcan. En définitive, si cette observation de la Cour n'avait rien d'abusive, elle interpelle par l'incidence fondamentale qu'elle a eue sur le traitement de la question au fond.

Le second aspect de la question discuté par la Cour concernait la notion de «conformité au droit international». La Cour a assimilé cette notion à celle «d'absence d'interdiction par le droit international»⁽⁵⁶⁾. Elle s'est dès lors limitée à analyser les éventuelles règles *prohibant* les déclarations d'indépendance et, en particulier, celle formulée par le Kosovo en février 2008, à l'exclusion des règles *permettant* de telles déclarations. Elle a ainsi explicitement affirmé qu'elle ne se prononcerait pas sur la question de l'existence d'un droit dans le chef d'entités situées à l'intérieur d'un État de s'en séparer unilatéralement⁽⁵⁷⁾.

Il ne convient certainement pas d'y voir là, contrairement à ce que d'aucuns suggèrent⁽⁵⁸⁾, une application du fameux principe dégagé par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire *Lotus*, selon lequel serait permis par le droit international tout ce que celui-ci n'interdirait pas⁽⁵⁹⁾. La Cour n'y fait référence à aucun endroit dans l'avis. Ce principe n'aurait d'ailleurs pu être appliqué en l'espèce étant donné qu'il repose sur une présomption de liberté en faveur des États (et non des groupes infra-étatiques⁽⁶⁰⁾) et que, conformément à certaines conclusions implicites

(56) *Ibid.*, § 56 : «[...] [L']Assemblée générale a demandé si la déclaration d'indépendance était "conforme au droit international". Il s'agit donc de savoir si le droit international applicable interdisait ou non la déclaration d'indépendance».

(57) *Ibidem*.

(58) Voy. la déclaration du juge SIMMA, § 3.

(59) C.P.J.I., *Affaire du «Lotus» (France c. Turquie)*, arrêt du 7 septembre 1927, Série A, *Rec.*, p. 18.

(60) Voy. *contra* le mémoire présenté devant la Cour suprême du Canada dans l'affaire de la sécession du Québec par l'*ami curiae* (ce dernier ayant défendu les positions du Québec qui avait refusé de participer à la procédure). Ce mémoire soutient un «principe de liberté des peuples» calqué sur le «principe de liberté des États» en l'absence d'interdiction expresse (*Mémoire de l'Ami curiae*, Cour suprême

de la Cour, le Kosovo ne constituait pas un État au moment de la déclaration d'indépendance⁽⁶¹⁾. En tout état de cause, l'appliquer aurait conduit la Cour à se prononcer explicitement sur le caractère étatique du Kosovo, question qu'elle a clairement exclu du champ d'application de la demande d'avis. Enfin, comme on le verra en détail plus loin, la Cour n'a pas conclu, au terme de son analyse, que, *parce qu'elle n'était pas interdite*, la déclaration était *conforme* au droit international. Elle s'est limitée à affirmer que cette déclaration ne violait pas le droit international et a ainsi évité de formuler une conclusion qui laisserait penser qu'elle s'est également prononcée sur le «volet permissif» de la question.

En observant que la question de la conformité de la déclaration d'indépendance au droit international emportait uniquement un examen des règles prohibitives en la matière, la Cour semble en réalité avoir procédé à une interprétation, en l'occurrence restrictive, de la notion de «conformité au droit». En effet, tout d'abord, cette notion n'est pas un concept proprement juridique. Son contenu est donc par définition imprécis et demande à être interprété⁽⁶²⁾. On peut douter, par ailleurs, qu'elle implique, comme l'a en l'espèce estimé la Cour, de limiter l'analyse du droit par rapport auquel la question de conformité est posée aux règles prohibitives de ce droit. Le concept de «légalité» — ou, plus justement en droit international, de «licéité» — semble constituer le concept juridique le plus adéquat pour traduire en termes juridiques cette notion⁽⁶³⁾. Or, comme le montre très clairement l'avis rendu par la Cour elle-même dans l'affaire de la *licéité des armes nucléaires*, le concept de

du Canada, n° 25506, décembre 1997, §§ 75 et 79). Cette position est néanmoins tout à fait marginale et n'a pas été reprise par la Cour.

(61) Cf. *infra*, Section II, § 1, A. Le raisonnement de la Cour. Voy. en ce sens P. D'ARGENT, «Kosovo : vouloir être ne viole pas le droit international», *J.T.*, 2011, p. 4.

(62) Voy. à cet égard la déclaration du juge SIMMA, ce dernier soutenant que «[t]he term “in accordance with” is broad by definition» (§ 4).

(63) Voy. en ce sens J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 640 et 663 (it. aj.). Il est intéressant de constater que ce dictionnaire définit le terme «légalité» par «[q]ualité de ce qui est légal, c'est-à-dire *conforme* à la loi» et le terme «licéité» par «[c]aractère d'un fait *conforme* à une obligation internationale ou, plus généralement, au droit international». La notion de «conformité au droit» apparaît ainsi dans la définition des ces deux termes.

«licéité» n'implique *a priori* aucune limite quant à l'étendue du droit international par rapport auquel la licéité d'un acte est étudiée. En effet, bien qu'ayant analysé, dans cet avis, la licéité des armes nucléaires essentiellement par rapport aux règles prohibitives pertinentes, la Cour n'a pas d'emblée exclu l'analyse des règles permissives de son examen de l'affaire. Elle a d'ailleurs conclu à cet égard que «la Charte n'interdi[sait] ni ne *permet[tait]* expressément l'emploi d'aucune arme particulière, qu'il s'agisse ou non de l'arme nucléaire»⁽⁶⁴⁾ et qu'il n'existait, de manière générale, aucune «prescription spécifique *autorisant* la menace ou l'emploi d'armes nucléaires»⁽⁶⁵⁾.

L'interprétation très restrictive que la Cour a ainsi donnée à la portée de la question cache sans doute un souci partagé par la majorité des juges de la Cour d'éviter que celle-ci ne soit amenée à se prononcer sur la question controversée de l'existence d'un droit à l'autodétermination dans le chef de groupes infra-étatiques, au sens d'un droit à devenir indépendant, en dehors des situations de décolonisation ou d'occupation étrangère. L'objectif était, plus particulièrement, semble-t-il, de contourner la question, très discutée dans la littérature contemporaine ainsi que, d'ailleurs, par les États participants à la procédure, de la «sécession-remède», c'est-à-dire de la question d'un éventuel droit pour des groupes vivant à l'intérieur du territoire d'un État à s'autodéterminer en faisant unilatéralement sécession dans l'hypothèse où ils se verraient «refuser un accès réel au gouvernement pour assurer [leur] développement politique, économique, social et culturel»⁽⁶⁶⁾. Il est certes vrai, comme l'a justement fait remarquer un juge de la Cour, que l'absence de traitement de cette question dans l'avis a sans doute réduit «the *advisory* quality of this Opinion»⁽⁶⁷⁾. Il n'en demeure pas moins qu'y répondre n'aurait probablement pas conduit à une solution plus satisfaisante, voire aurait affecté l'autorité même de l'avis, dans la mesure où cette question aurait

(64) C.I.J., *Licéité de la menace et de l'emploi d'armes nucléaires*, avis du 8 juillet 1996, *Rec.*, p. 244, § 39 (it. aj.).

(65) *Ibid.*, sommaire, p. 226 (it. aj.).

(66) Avis de la Cour suprême du Canada dans l'affaire du *Renvoi par le Gouverneur en conseil au sujet de certaines questions ayant trait à la sécession du Québec du reste du Canada*, 20 août 1998, *R.C.S.*, 1998, § 126.

(67) Voy. la déclaration du juge SIMMA, § 10.

certainement divisé les membres de la Cour et qu'aucune réponse s'appuyant sur une majorité étendue n'aurait sans doute pu lui être apportée.

SECTION II. — FOND DE LA DEMANDE

Après avoir répondu aux questions préliminaires relatives à sa compétence et à son pouvoir discrétionnaire ainsi qu'à la délimitation de la question posée par l'Assemblée générale, la Cour a longuement décrit le contexte factuel ayant entouré la déclaration d'indépendance du Kosovo⁽⁶⁸⁾ avant de se prononcer sur la conformité de celle-ci au droit international. Il lui revenait en l'occurrence d'apprécier la conformité de la déclaration tant au regard de la *lex generalis*, c'est-à-dire du droit international général (§ 1), que de la *lex specialis*, c'est-à-dire du régime établi par et en vertu de la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité (§ 2).

§1. — *Droit international général*

Deux questions appellent une étude sous ce titre, à savoir, celle, tout d'abord, du raisonnement suivi par la Cour (A) et celle, ensuite, des conséquences en droit international général de la conclusion à laquelle a abouti la Cour à cet égard (B).

A. *Le raisonnement de la Cour*

Le raisonnement développé par la Cour au sujet de la conformité de la déclaration d'indépendance du Kosovo au droit international général est particulièrement bref. La Cour a conclu à l'absence de violation de ce droit sur la base uniquement de deux considérations — exprimées chacune dans un seul paragraphe⁽⁶⁹⁾ —, la première étant que la pratique des États, selon la Cour, ne semblait pas témoigner de l'émergence d'une règle interdisant que des déclarations d'indépendance soient faites, la seconde étant qu'une telle interdiction ne pouvait être déduite du principe d'intégrité territoriale dans la mesure où, selon la Cour, ce principe était limité à la sphère des relations interétatiques.

(68) C.I.J., *Avis relatif au Kosovo*, §§ 57-77.

(69) Voy. *ibid.*, respectivement, § 79 et § 80.

Il est certes difficile de contester ces conclusions. Une première remarque s'impose toutefois. On sait en effet que la Cour a clairement affirmé que la question de l'accession du Kosovo à la qualité étatique était exclue du champ d'application de la demande d'avis. Toutefois, en concluant que le principe de l'intégrité territoriale n'était pas en l'espèce applicable au motif que ce principe ne concernait que les relations interétatiques, la Cour semble avoir implicitement admis que le Kosovo ne constituait pas un État au moment de la déclaration d'indépendance⁽⁷⁰⁾, ce qui ne préjuge toutefois pas de sa qualité étatique à un autre moment, y compris lorsque l'avis a été demandé.

Les conclusions de la Cour appellent également un commentaire plus général. Il convient en effet de s'interroger sur la manière très succincte et peu argumentée avec laquelle ces conclusions ont été établies. L'absence d'une interdiction issue de la pratique est affirmée de manière générale et abstraite. Cette affirmation n'est étayée par aucune pratique précise, la Cour ayant uniquement mentionné certains précédents (tels que le cas de la déclaration d'indépendance de la Rhodésie du Sud ou du nord de Chypre) pour montrer que ceux-ci n'étaient pas, à juste titre, pertinents étant donné que la condamnation qui y avait été prononcée résultait moins de la déclaration d'indépendance elle-même que de la violation grave du droit international dont cette déclaration s'était accompagnée (telle que la violation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ou de l'interdiction de l'emploi de la force)⁽⁷¹⁾. De même, l'affirmation selon laquelle le principe de l'intégrité territoriale emporte seulement une dimension interétatique n'est étayée que par un simple rappel de trois textes généraux, la Charte des Nations Unies, la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale et l'Acte final d'Helsinki, textes à propos desquels la Cour se contente de déclarer qu'ils imposent des obligations à charge des États membres ou parties. Ce laconisme de la Cour est trompeur. Il donne en effet l'impression erronée d'une uniformité de la pratique relative aux tentatives de sécession ainsi que de l'absence de divergence de vues sur l'interprétation des textes pertinents en la matière.

(70) Voy. en ce sens P. D'ARGENT, *op. cit.*, 2011, p. 4.

(71) C.I.J., *Avis relatif au Kosovo*, § 81.

La pratique ne paraît pourtant guère exempte de précédents dans lesquels une tentative de sécession, se matérialisant notamment par une déclaration d'indépendance, a été rejetée, que ce soit par des États individuellement⁽⁷²⁾ ou par les Nations Unies⁽⁷³⁾ ou encore par une organisation régionale⁽⁷⁴⁾ et ce, bien que cette tentative ne se soit, semble-t-il, accompagnée d'aucune violation grave du droit international. Par ailleurs, les contestations émises à cette occasion ont été le plus souvent fondées sur le principe du respect de l'intégrité territoriale, principe auquel il était reproché au mouvement sécessionniste de porter atteinte en se déclarant indépendant. Cette pratique témoigne ainsi de ce que le principe de l'intégrité territoriale était envisagé non pas uniquement dans sa dimension externe, c'est-à-dire comme s'appliquant exclusivement aux États dans le but d'interdire à ceux-ci tout soutien à une ten-

(72) On peut mentionner, outre les déclarations d'illégalité formulées par certains États au lendemain de la déclaration d'indépendance du Kosovo (S/PV.5839 [Serbie, p. 5; Russie, p. 6; Chine, pp. 7-8; Indonésie, p. 12; Vietnam, pp. 14-15; Afrique du Sud, pp. 16-17; Panama, p. 22]), certaines déclarations formulées à d'autres occasions : voy. not. à ce sujet la pratique mentionnée par O. CORTEN, «Are there gaps in the international law of secession?», in M.G. KOHEN (dir.), *Secession. International Law Perspectives*, Cambridge, C.U.P., 2006, p. 248.

(73) Voy. not. la résolution 787 (1992) adoptée par le Conseil de sécurité au sujet du conflit en Bosnie-Herzégovine et dans laquelle le Conseil «réaffirme avec force son appel lancé à toutes les parties et autres intéressés [et, par conséquent, en ce compris certains mouvements sécessionnistes de Bosnie] pour qu'ils respectent strictement l'intégrité territoriale de la République de Bosnie-Herzégovine et affirme qu'aucune entité unilatéralement proclamée ni aucun arrangement imposé en violation de ladite intégrité ne seront admises» (§ 3) et les commentaires de cette résolution par Th. CHRISTAKIS, *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, Paris, La Documentation Française, 1999, pp. 211-212. Voy. également la résolution 1096 (1997) adoptée par le Conseil de sécurité au sujet des tentatives sécessionnistes de l'Abkhazie et dans laquelle le Conseil «réaffirme son attachement à la souveraineté et à l'intégrité territoriale de la Géorgie, à l'intérieur de ses frontières internationalement reconnues ainsi que la nécessité de définir le statut de l'Abkhazie dans le strict respect de ces principes, et souligne le caractère inacceptable de toute action des dirigeants abkhazes contrevenant à ces principes, en particulier la tenue, en Abkhazie (Géorgie), les 23 novembre et 7 décembre 1996, de prétendues et illégitimes élections parlementaires».

(74) Voy. not. la résolution adoptée en 1967 par l'Organisation de l'Unité Africaine (O.U.A.) au sujet de la tentative de sécession du Biafra et dans laquelle les États membres de l'Organisation «[r]ejetat[er] leur condamnation of secession in any Member States» (*I.L.M.*, 1967, p. 1243).

tative de sécession à l'étranger, mais également dans une dimension interne, c'est-à-dire comme s'appliquant à des mouvements sécessionnistes et interdisant à ceux-ci de porter atteinte à l'intégrité territoriale de l'État dont il entendaient faire unilatéralement sécession. Cette même conception apparaît dans les travaux préparatoires de la résolution 2625 (XXV) et, en particulier, d'une clause de cette résolution qui a été reprise dans l'Acte final d'Helsinki. Cette clause prévoit que la reconnaissance aux peuples coloniaux ou sous occupation étrangère d'un droit à devenir indépendant ne peut «être interprété[e] comme autorisant ou encourageant une action [...] qui démembrerait ou menacerait [...] l'intégrité territoriale ou l'unité politique de tout État [...] se conduisant conformément au principe [...] du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes [...]»⁽⁷⁵⁾. Une lecture attentive des travaux préparatoires de la résolution 2625 (XXV) montre que plusieurs États⁽⁷⁶⁾ envisageaient cette clause comme un moyen d'empêcher, par un rappel du principe du respect de l'intégrité territoriale, que des groupes infra-étatiques autres que des peuples coloniaux ou sous occupation étrangère n'invoquent ce droit à l'indépendance pour faire sécession. Le principe du respect de l'intégrité territoriale était donc interprété, selon ces États, comme s'appliquant (aussi) aux mouvements sécessionnistes. Une telle portée semble également avoir été donnée à ce principe par le Conseil de sécurité dans certaines de ses résolutions adoptées à l'occasion de tentatives de sécession et dans lesquelles il y a expressément renvoyé⁽⁷⁷⁾. Il est en effet difficile, compte tenu du contexte dans lequel ces résolutions ont été adoptées, de penser que le rappel de ce principe

(75) Paragraphe 7 du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes.

(76) Voy. not. les déclarations mentionnées par A. TANCREDI, «Neither Authorized nor Prohibited? Secession and International Law after Kosovo, South Ossetia and Abkhazia», *Italian Y.I.L.*, 2008, p. 40 et par Th. CHRISTAKIS, *op. cit.*, pp. 191-192.

(77) Voy. not. la résolution 947 (1994) du Conseil de sécurité, dans laquelle ce dernier a demandé «instamment à la partie des Serbes de Bosnie de respecter pleinement l'intégrité territoriale de la République de Croatie et de s'abstenir de toute action qui mette en danger sa sécurité».

n'avait pour destinataires que les États, à l'exclusion des mouvements sécessionnistes⁽⁷⁸⁾.

Cela dit, il ne semble pas que cette pratique à l'occasion de laquelle des tentatives de sécession ont été rejetées ou à l'occasion de laquelle le principe du respect de l'intégrité territoriale a été conçu comme s'appliquant également aux mouvements sécessionnistes soit à la fois suffisamment claire, abondante et uniforme pour entraîner l'émergence d'une règle (coutumière) interdisant que des déclarations d'indépendance soient faites par de tels mouvements ou pour conduire à une modification de la conception classique du principe de l'intégrité territoriale selon laquelle celui-ci n'impose d'obligations qu'aux États. Les conclusions de la Cour semblent donc en l'espèce fondées, quoique le raisonnement pour y parvenir soit peu nuancé et étayé.

Il convient en tous les cas d'écarter deux interprétations possibles de la pratique suggérant l'existence d'une interdiction pour les groupes infra-étatiques autres que les peuples coloniaux ou sous occupation étrangère de se déclarer indépendants. Une telle interdiction ne pourrait tout d'abord être déduite de la réticence, pourtant bien établie à la lumière de la pratique des États et traduisant un souci évident de la communauté internationale de limiter le nombre de ses membres, à reconnaître la qualité étatique aux entités issues d'une tentative de sécession. Il est en effet bien établi que la décision de reconnaître ou de ne pas reconnaître une entité en tant qu'État est un acte discrétionnaire, essentiellement fondé sur des considérations de fait et, en principe, sur l'effectivité ou le manque d'effectivité de cette entité, même si certains éléments de légitimité voire de légalité sont susceptibles d'influencer cette décision⁽⁷⁹⁾. Celle-ci n'implique en toute hypothèse pas en elle-même une prise de position (officielle) quant à la légalité des déclarations d'indépendance.

Il serait également erroné de déduire l'existence d'une interdiction de se déclarer indépendants s'appliquant aux groupes infra-

(78) Voy. *supra*, note 73; voy. également les résolutions adoptées par le Conseil de sécurité dans le cadre des conflits sécessionnistes en Croatie et en Géorgie (in T. CHRISTAKIS, *op. cit.*, p. 214 et p. 218 respectivement).

(79) Voy. not. P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, L.G.D.J., 2009, p. 622; M.N. SHAW, *International Law*, 6^e éd., Cambridge, C.U.P., 2008, p. 461.

étatiques et, en particulier, aux groupes autres que des peuples coloniaux ou sous occupation étrangère, de l'absence éventuelle de reconnaissance à ces groupes d'un droit à devenir indépendant, que cette absence puisse être affirmée de manière directe⁽⁸⁰⁾ ou être implicitement déduite du caractère limitatif des groupes bénéficiant de ce droit⁽⁸¹⁾. Il convient en effet de ne pas se méprendre sur les effets juridiques de l'absence de reconnaissance d'un droit à l'indépendance. Ce dernier emporte en réalité un intérêt juridique double. Comme la majorité des droits subjectifs, il s'accompagne d'une obligation corrélative, à savoir, l'obligation pour l'État dont le groupe veut se défaire de ne pas entraver cette volonté, obligation dont l'existence est confirmée dans la pratique de la décolonisation⁽⁸²⁾. Par ailleurs, cette pratique montre que ce droit s'est également accompagné d'un droit, voire d'une obligation, dans le chef des États tiers d'apporter leur soutien à la tentative de sécession⁽⁸³⁾. Par conséquent, l'absence d'un droit à l'indépendance

(80) La majorité de la doctrine considère que la pratique ne témoigne de l'existence d'aucun droit à faire unilatéralement sécession, au sens d'un droit dans le chef d'un groupe infra-étatique autre qu'un peuple colonial ou sous occupation étrangère à devenir indépendant (sous réserve de la question de la sécession-remède); voy. not. en ce sens J. CRAWFORD, «State Practice and International Law in relation to Secession», *British Y.I.L.*, 1998, p. 93. Voy. également en ce sens la *Recommandation générale XXI* du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (in *Récapitulation des Observations générales ou Recommandations générales adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, HRI/GEN/1/Rev.3 [15 août 1997], pp. 125-126): «De l'avis du Comité, le droit international ne reconnaît pas de droit général des peuples de déclarer unilatéralement faire sécession par rapport à un État».

(81) Voy. en ce sens l'ambiguïté du raisonnement de la Cour suprême du Canada dans l'affaire du *Renvoi par le Gouverneur en conseil au sujet de certaines questions ayant trait à la sécession du Québec du reste du Canada*, op. cit., § 112 (it. aj.): «International law contains neither a right of unilateral secession nor the explicit denial of such a right, although such a denial is, to some extent, implicit in the exceptional circumstances required for secession to be permitted under the right of people to self-determination, e.g., the right of secession that arises in the exceptional situation of an oppressed or colonial people [...]».

(82) Voy. not., pour un rappel de cette obligation prévue par le droit à l'autodétermination, C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur en territoire palestinien*, avis du 9 juillet 2004, *Rec.*, pp. 171-172, § 88 et p. 184, § 122.

(83) Voy. not. la pratique mentionnée dans L.-A. SICILIANOS, *Les réactions décentralisées à l'illicite. Des contre-mesures à la légitime défense*, Paris, L.G.D.J., 1990, pp. 438-441.

dans le chef des groupes infra-étatiques autres que les peuples coloniaux ou sous occupation étrangère peut tout au plus impliquer l'absence du bénéfice de ces obligations et droits corrélatifs revenant à l'État sur le territoire duquel ces groupes se trouvent ou aux États tiers. Elle ne suppose en elle-même aucune interdiction dans le chef de tels groupes à chercher à devenir indépendants en se proclamant comme tel. Tout au plus est-elle susceptible d'affecter leurs chances d'atteindre une effectivité nécessaire à leur reconnaissance en tant qu'État par les autres États, ce qui n'a toutefois que des effets purement politiques.

B. *La conclusion de la Cour*

Au terme de son analyse du droit international général, la Cour n'a pas conclu que la déclaration d'indépendance du Kosovo «était conforme» à ce droit mais seulement qu'elle «n'avait pas violé» celui-ci⁽⁸⁴⁾. Elle a ainsi utilisé une formule restrictive qui s'explique par le fait qu'elle a choisi de vérifier la conformité de la déclaration au regard exclusivement des règles prohibitives pertinentes du droit international. Comme on l'a déjà souligné précédemment, elle a expressément affirmé à cet égard qu'elle ne se prononcerait pas sur le droit d'un groupe infra-étatique à se séparer unilatéralement de l'État sur le territoire duquel il se trouve. Il convient dès lors d'être prudent dans l'interprétation de l'avis de la Cour et de ne pas en déduire, comme certains l'ont trop rapidement fait⁽⁸⁵⁾, qu'en concluant à l'absence de contrariété de la déclaration d'indépendance du Kosovo au droit international général, la Cour aurait reconnu au peuple kosovar un droit à devenir indépendant. Du constat de l'absence d'une interdiction à la reconnaissance d'un droit, il y a certes là un pas qu'on serait tenté de franchir. Et, pourtant, il est parfaitement possible, comme la Cour l'a rappelé, «qu'un acte — tel qu'une déclaration unilatérale d'indépendance — ne soit pas en violation du droit interna-

(84) C.I.J., *Avis relatif au Kosovo*, § 84.

(85) Cette confusion apparaît notamment dans la presse; voy. not. «Le Kosovo a le droit d'être un État», *La Libre*, 23 juillet 2007, p. 8. Voy. également les déclarations de certains représentants de mouvements indépendantistes et, en particulier, celle du président abkhaze, selon lequel, l'avis de la Cour sur le Kosovo «confirme le droit à l'autodétermination de l'Abkhazie et de l'Ossétie du Sud [...]», *Le Soir*, 23 juillet 2010, p. 8.

tional, sans constituer nécessairement l'exercice d'un droit conféré par ce dernier»⁽⁸⁶⁾.

Cela dit, ne pourrait-on pas à tout le moins déduire de l'avis de la Cour que la déclaration d'indépendance du Kosovo, tout en ne constituant pas nécessairement l'exercice d'un droit, était néanmoins *permise* par le droit international général puisqu'elle n'était pas interdite par celui-ci? La question renvoie, à première vue, à celle de l'application de la jurisprudence *Lotus*. On a déjà démontré que la Cour n'a pas, en l'espèce, fait application de ce principe et qu'il n'était en tout état de cause pas pertinent de l'appliquer dans cette affaire (cf. *supra*). On peut toutefois se demander si son application aurait fourni une solution différente et, notamment, comme l'ont souligné certains auteurs⁽⁸⁷⁾, aurait conduit, en «permettant» les déclarations d'indépendance de mouvements sécessionnistes, à mettre en danger l'objet même qu'il entend protéger, à savoir, la souveraineté des États. Conformément aux conclusions de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire *Lotus*, ce qui n'est pas interdit aux États par le droit international serait permis, mais uniquement au sens où les États jouiraient à cet égard, selon les termes de la Cour, d'une «liberté»⁽⁸⁸⁾. Cette dernière notion est certes vague. Elle ne pourrait en tout état de cause pas impliquer, comme c'est le cas par exemple des «libertés» prévues dans les instruments protecteurs des droits de l'homme, la reconnaissance d'un droit, ce qui aurait des effets très étendus car une telle interprétation impliquerait à tout le moins l'imposition dans le chef des États tiers d'une obligation corrélative de respecter ce droit. Bien que le principe *Lotus* apparaisse à première vue comme un principe visant à combler les éventuelles lacunes du droit international, il semble que la liberté découlant de l'absence d'une interdiction doive plutôt s'entendre comme renvoyant à un espace de liberté échappant (encore) à l'emprise du droit international et ne pouvant dès lors faire l'objet d'aucune protection par ce droit⁽⁸⁹⁾. Or, c'est précisé-

(86) C.I.J., *Avis relatif au Kosovo*, § 56.

(87) Voy. not., pour une telle position, Th. CHRISTAKIS, *op. cit.*, pp. 81-82.

(88) C.P.J.I., *Affaire du «Lotus» (France c. Turquie)*, arrêt du 7 septembre 1927, Série A, *Rec.*, p. 19.

(89) Voy. en ce sens R. KOLB, «La règle résiduelle de liberté en droit international public ("Tout ce qui n'est pas interdit est permis") — Aspects théoriques», *R.B.D.I.*, 2001, p. 101.

ment en ce sens qu'il convient, semble-t-il, d'envisager l'implication du constat établi en l'espèce par la Cour de l'absence d'interdiction pour les groupes infra-étatiques de se déclarer indépendants. La «liberté» ainsi reconnue à ces entités, tout en ne renvoyant à aucun droit subjectif dans leur chef, semble uniquement signifier que leurs déclarations d'indépendance ne sont pas (encore) soumises au droit international. On peut en ce sens parler d'une certaine neutralité du droit international par rapport à ce phénomène, même s'il convient de ne pas perdre de vue que la pratique des États, comme on a pu le constater en partie plus haut⁽⁹⁰⁾, n'est pas totalement indifférente au souci de soumettre les tentatives de sécession au droit international, en les prohibant ou en permettant certaines d'entre elles.

Il ne faut toutefois pas non plus oublier que cette pratique, comme on l'a également montré précédemment, n'est pas (encore) suffisamment abondante et uniforme pour conduire à une réglementation de cette question. Il serait dès lors erroné de se fonder sur une telle pratique pour soutenir que le droit international n'est plus entièrement neutre ou tend à ne plus l'être à cet égard, ce droit n'ayant tout simplement pas encore émergé. De même, il semble difficile d'envisager, comme l'a proposé un juge de la Cour pour contourner la dichotomie «interdiction *versus* permission» consacrée dans l'affaire *Lotus*⁽⁹¹⁾, que le droit international *tolère* le fait que des mouvements sécessionnistes se déclarent indépendants plutôt qu'il ne *permette* cette possibilité, à défaut d'interdiction. S'il n'est guère aisé d'établir la portée normative de cette notion de «tolérance» tant elle demeure peu connue en droit, il semble qu'elle implique un cadre normatif dans lequel une excep-

(90) Voy. la pratique mentionnée plus haut à l'occasion de laquelle des États (ou des organisations internationales) ont jugé une déclaration d'indépendance (cf. *supra*, note 72) ou une tentative de sécession (cf. *supra*, notes 72-74 et 77-78) illégale. Il convient de mentionner par ailleurs la pratique à l'occasion de laquelle des États ont jugé une déclaration d'indépendance légale et qui témoigne également de l'absence d'indifférence totale des États par rapport à la question de la légalité d'une déclaration d'indépendance : voy. not. à cet égard la déclaration du représentant du Royaume-Uni aux Nations Unies au lendemain de la déclaration d'indépendance du Kosovo (disponible à l'adresse <http://ukun.fco.gov.uk/en/news/?view=News&id=2132067>); les décrets par lesquels la Russie a reconnu l'Ossétie du Sud et l'Abkhazie en tant qu'État (S/PV.5969, p. 9). Il y est indirectement fait mention de la sécession-remède.

(91) Voy. la déclaration du juge SIMMA, § § 7-9.

tion, par nature non juridique, serait apportée à une interdiction de principe dont la portée contraignante en deviendrait ainsi atténuée. Ce cadre impliquerait dès lors l'existence d'une réglementation dont la nature proprement juridique serait plus que douteuse⁽⁹²⁾. Par ailleurs et surtout, aucun cadre normatif d'une telle nature ne semble avoir émergé à ce jour.

Cela dit, il n'y a rien d'absurde à penser qu'une réglementation de la question de la sécession par le droit international général, que ce soit dans le sens d'une prohibition absolue ou d'une autorisation partielle, apparaisse un jour tant cette question, bien que concernant avant tout l'ordre constitutionnel de l'État sur le territoire duquel elle se produit, n'en intéresse pas moins directement tous les autres États compte tenu de ses effets potentiellement destabilisants sur l'ordre international et, en définitive, sur le maintien de la paix et de la sécurité internationales.

§2. — *Régime établi par et en vertu
de la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité*

Dans un second temps, la Cour s'est intéressée à la question de la conformité de la déclaration d'indépendance au régime spécifique instauré par la résolution 1244 (1999) du 10 juin 1999 et les règlements adoptés en vertu de cette dernière. Une des particularités — et difficultés — de cette affaire découlait précisément du fait que le territoire du Kosovo était placé, au moment de la déclaration d'indépendance, sous un régime d'administration internationale. Sa mise en œuvre était confiée à la Mission intérimaire des Nations Unies pour le Kosovo (M.I.N.U.K.), un organe subsidiaire du Conseil de sécurité placé sous la direction du représentant spécial du Secrétaire général auprès du Kosovo.

Afin de déterminer si les auteurs de la déclaration d'indépendance avaient, en l'adoptant, violé une obligation internationale, la Cour s'est attachée à identifier les règles de droit international spécial pertinentes en l'espèce (A) avant de se prononcer sur la qualification de la déclaration au regard de celles-ci (B).

(92) Sauf à l'envisager éventuellement à la lumière de la notion, cependant très controversée, de *soft law* en droit international Voy. not., pour une étude critique de cette notion, J. D'ASPREMONT, «Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials», *E.J.I.L.*, 2008, pp. 1075-1093.

A. Droit international spécial pertinent

Il ne faisait aucun doute que la résolution 1244 (1999), adoptée explicitement en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, faisait partie du droit international pertinent car elle imposait clairement des obligations juridiques internationales relatives à la situation du Kosovo. La Cour ne s'est donc pas attardée sur ce point.

D'une manière non moins expéditive, la Cour a écarté l'examen des résolutions relatives à la question du Kosovo adoptées avant la résolution 1244 (1999) au motif qu'elles étaient «en tout état de cause, [...] rappelées au deuxième alinéa de son préambule»⁽⁹³⁾. La portée juridique des rappels du Conseil de sécurité à ses actions antérieures est pourtant loin d'être claire. En écartant l'examen des résolutions antérieures, la Cour ne dit pas si elles font encore partie du «droit international pertinent» ou si les obligations qu'elles contiennent sont devenues obsolètes par le changement de contexte et l'adoption du régime d'administration internationale⁽⁹⁴⁾.

La détermination du droit international pertinent soulevait, enfin, la délicate question du caractère juridique international des règlements de la M.I.N.U.K. Était en cause le règlement n° 2001/9, adopté au nom de la M.I.N.U.K. par le représentant spécial du Secrétaire général et établissant un «cadre constitutionnel pour une administration autonome provisoire»⁽⁹⁵⁾. Ce cadre constitutionnel définissait les responsabilités liées à l'administration du Kosovo qui incombait respectivement au représentant spécial et aux «institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo». Dans leurs exposés et observations écrites, plusieurs

(93) C.I.J., *Avis relatif au Kosovo*, § 86.

(94) Voy. en particulier la demande adressée aux autorités de Belgrade et aux dirigeants de la communauté albanaise kosovare «d'engager sans délai et sans conditions préalables un dialogue constructif sur les questions touchant le statut politique» (S/RES 1160 (1998), § 4), citée par la Cour dans son paragraphe 116 comme un exemple d'«exigence» adressé aux autorités kosovares.

(95) Règlement n° 2001/9 du 15 mai 2001 relatif à un cadre constitutionnel pour une administration autonome provisoire au Kosovo (UNMIK/REG/2001/9) et règlement n° 2002/9 du 3 mai 2002 relatif à la modification apportée au cadre constitutionnel pour une administration autonome provisoire (UNMIK/REG/2002/9).

États ont soutenu que ce cadre constitutionnel était un acte de droit interne et non de droit international, eu égard au contenu de celui-ci⁽⁹⁶⁾. La Cour n'a pas suivi cette approche matérielle et a, au contraire, clairement souligné que la nature internationale d'une disposition devait être recherchée sur la base de la source formelle de sa force obligatoire. Ainsi, étant donné que le règlement avait été adopté en vertu de la résolution 1244 (1999) «et donc, en dernière analyse, [de] la Charte des Nations Unies»⁽⁹⁷⁾, il revêtait un caractère juridique international et faisait donc partie du droit international pertinent en l'espèce.

La Cour ne s'en est toutefois pas tenue à cette conclusion et a ajouté que «ce cadre constitutionnel constitu[ait] *en même temps* l'un des rouages de l'ordre juridique spécifique»⁽⁹⁸⁾ applicable au Kosovo pendant la période intérimaire instituée par la résolution 1244 (1999). Cette précieuse observation constitue un indice permettant d'identifier les divers ordres juridiques qui semblaient être en présence dans cette affaire. Il y avait, tout d'abord, l'ordre juridique international qui constitue le cadre de référence de la Cour et dont fait partie, *de son point de vue*, le cadre constitutionnel. C'est donc en ce sens que ce dernier doit être considéré comme un acte juridique international. Cependant, comme la Cour le laisse entendre, l'«ensemble de normes» applicable au Kosovo constituait également un ordre juridique, d'une certaine manière distinct du premier. À l'intérieur de cet «ordre juridique spécifique», le sommet de la hiérarchie des normes était constitué par les règlements de la M.I.N.U.K. — dont le cadre constitutionnel — qui, nonobstant leur *origine* internationale, s'étaient *intégrés* dans l'ordre juridique local⁽⁹⁹⁾. Ils disposaient donc «en même temps» — cette fois dans la perspective de l'ordre juridique local, qui n'est pas celle de la Cour — d'un caractère interne. Le cadre constitutionnel s'apparentait à une «loi fondamentale» de l'ordre juridique spécifique du Kosovo au sens où c'est lui qui constituait le fondement de la validité et du caractère obligatoire des lois qui y étaient

(96) Voy. par exemple les observations écrites du Royaume-Uni, § 32.

(97) C.I.J., *Avis relatif au Kosovo*, § 88 (it. aj.).

(98) *Ibid.*, § 89.

(99) Voy., sur l'idée d'un «système juridique local», I. PREZAS, *L'administration internationale de territoires par les Nations Unies*, thèse soutenue à Université Panthéon-Assas (Paris II), sous la direction de J. VERHOEVEN, 2007, p. 184.

applicables. L'observation de la Cour sur l'existence d'un «ordre juridique spécifique [...] applicable seulement au Kosovo»⁽¹⁰⁰⁾, loin d'être un simple *obiter dictum*, semblait nécessaire pour éviter que le critère formel établissant la nature internationale d'une norme n'emporte des conséquences déraisonnables. En effet, il semble que la chaîne du fondement juridique des lois édictées au sein de l'ordre juridique spécifique du Kosovo s'arrête au sommet de cet ordre — et donc au cadre constitutionnel — et non pas, en ce qui les concerne, à la Charte des Nations Unies. Enfin, le troisième ordre juridique en jeu était celui de la Serbie. Il importe peu, à ce stade, de rappeler que la Serbie était restée titulaire, du point de vue du droit international, de la souveraineté sur le territoire du Kosovo. Il convient seulement d'observer que les deux derniers ordres juridiques étaient non seulement distincts, mais également autonomes l'un par rapport à l'autre. C'est précisément parce qu'il était autonome que l'ordre juridique spécifique du Kosovo avait pu choisir librement de réceptionner dans son ensemble de normes les règles serbes qu'il entendait conserver. Tel semble être l'enjeu de l'observation de la Cour selon laquelle l'ordre juridique spécifique du Kosovo «s'est substitué, sauf lorsqu'il l'a expressément conservé, à l'ordre juridique serbe»⁽¹⁰¹⁾.

Cela dit, si plusieurs cadres normatifs étaient ainsi identifiables, il va de soi que la Cour, étant la gardienne des règles de droit international uniquement, n'était appelée à examiner la déclaration d'indépendance qu'à l'aune de la résolution 1244 (1999) et du règlement n° 2001/9, qui constituaient le droit international spécial applicable en l'espèce.

B. Examen de la déclaration d'indépendance au regard des règles internationales spéciales

Avant de se pencher sur la question de la conformité de la déclaration d'indépendance à la résolution du Conseil de sécurité et au règlement (2), la Cour a procédé à l'examen de deux questions préalables (1).

(100) C.I.J., *Avis relatif au Kosovo*, § 89.

(101) *Ibid.*, § 100.

1. *Questions préalables*

La Cour a, premièrement, clarifié la méthode d'interprétation applicable aux résolutions du Conseil de sécurité. Étant donné que la question lui étant soumise impliquait un examen minutieux de la résolution 1244 (1999), il lui appartenait d'identifier les principes sur la base desquels elle procéderait à son interprétation et, de manière plus générale, de se prononcer sur une méthode d'interprétation des résolutions du Conseil de sécurité, laquelle n'est en réalité définie dans aucun texte de droit international. Dans un paragraphe qui fera certainement jurisprudence, la Cour a souligné que les règles consacrées par les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités «[pouvaient] fournir certaines indications» mais, compte tenu des différences qui existent entre les instruments conventionnels et les résolutions du Conseil de sécurité — en particulier eu égard au caractère collégial de cet organe et au fait que ses résolutions peuvent être contraignantes à l'égard de tous les États membres des Nations Unies —, «d'autres éléments», selon la Cour, «[devaient] aussi être pris en considération aux fins de l'interprétation de ces dernières»⁽¹⁰²⁾. La Cour a dès lors précisé qu'en vue d'interpréter les résolutions du Conseil de sécurité, elle «[pouvait] être amenée à examiner certaines déclarations faites par les représentants des États membres [...] à l'époque de leur adoption ou d'autres résolutions [...] ayant trait à la même question, ainsi qu'à se pencher sur la pratique ultérieure des organes pertinents de l'Organisation des Nations Unies et des États à l'égard desquels les résolutions en question ont une incidence»⁽¹⁰³⁾. Pourtant, dans cet avis, la Cour, loin de procéder à l'examen de ces divers éléments, révèle un attachement considérable aux termes employés — ou omis — dans la résolution 1244 (1999).

La seconde question préliminaire, relative à l'identité des auteurs de la déclaration, s'est quant à elle révélée déterminante pour l'examen de l'affaire au fond. Bien plus qu'une solution technique à un épineux problème juridique, la conclusion de la Cour sur ce point emporte une vision de la place du droit international dans l'émergence d'une entité étatique et soutient, à cet égard, ses

(102) *Ibid.*, § 94.

(103) *Ibidem*.

conclusions relatives au droit international général⁽¹⁰⁴⁾. Il y avait essentiellement deux manières de qualifier la déclaration au regard de ses auteurs. Elle pouvait, selon une première conception, être perçue comme un acte juridique émanant d'une «institution provisoire d'administration autonome» — en l'occurrence de l'Assemblée du Kosovo. Si tel avait été la vision de la Cour, il aurait été difficile de ne pas en conclure que la déclaration d'indépendance violait les règles procédurales et matérielles fixées par le règlement n° 2001/9 dans le cadre desquelles pouvaient être adoptés des actes ayant force de loi dans l'ordre juridique spécifique du Kosovo. Le respect de ces règles avait été placé sous le contrôle du représentant spécial du Secrétaire général, chargé de constater la nullité de tout acte juridique contraire au cadre constitutionnel⁽¹⁰⁵⁾. La Cour a d'ailleurs rappelé que «[p]ar le passé, en particulier entre 2002 et 2005, période pendant laquelle l'Assemblée du Kosovo avait pris certaines initiatives en faveur de l'indépendance du Kosovo, le représentant spécial avait jugé plusieurs actes incompatibles avec le cadre constitutionnel au motif qu'ils “dépass[aient] le champ de compétences [de l'Assemblée]” [...]»⁽¹⁰⁶⁾. Si la déclaration du

(104) Cf. *supra*, Section II, § 1, B. La conclusion de la Cour.

(105) Le chapitre 12 du règlement n° 2001/9, intitulé «Pouvoirs du Représentant spécial du Secrétaire général», ne mentionne toutefois pas explicitement l'annulation : «L'exercice des responsabilités des institutions provisoires du gouvernement autonome en application du Cadre constitutionnel n'entame ni ne limite les pouvoirs du Représentant spécial du Secrétaire général de garantir l'application intégrale de la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, notamment de superviser les institutions provisoires du gouvernement autonome, ses responsables et ses représentations, et de prendre les mesures appropriées dès qu'une décision prise par les institutions provisoires est en contradiction avec la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité ou avec le Cadre constitutionnel». Voy. également, dans le chapitre 8 intitulé «Pouvoirs et attributions réservés au Représentant spécial du Secrétaire général», le point 8.1, al. 2 : «En application du mandat qui lui est conféré par la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité ou lorsque l'on considère que les institutions provisoires d'administration autonome n'ont pas agi conformément à ladite résolution, dissolution de l'Assemblée et organisation de nouvelles élections. Le Représentant spécial du Secrétaire général exerce ce pouvoir après consultation avec le Président du Kosovo. L'Assemblée peut, par une décision appuyée par les deux tiers de ses membres, prier le Représentant spécial du Secrétaire général de procéder à sa dissolution. Une telle demande sera communiquée au Représentant spécial du Secrétaire général par le Président du Kosovo.» (UNMIK/REG/2001/9).

(106) C.I.J., *Avis relatif au Kosovo*, § 108.

17 février 2008 avait été qualifiée par la Cour de nouvelle initiative de l'Assemblée du Kosovo, comparable aux précédentes, elle aurait vraisemblablement — vu sa position quant à la nature internationale du cadre constitutionnel⁽¹⁰⁷⁾ — dû conclure en l'absence de conformité de la déclaration au droit international spécial applicable.

L'avis révèle toutefois une autre manière d'appréhender la déclaration d'indépendance. Celle-ci, selon la Cour, «n'[était] 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»⁽¹⁰⁸⁾. Pour s'en expliquer, la Cour a identifié un certain nombre d'éléments, certains secondaires, d'autres essentiels, qui militent en faveur de cette conclusion. Sont considérés comme secondaires par la Cour⁽¹⁰⁹⁾ — mais néanmoins pertinents — certaines particularités du texte de la déclaration («Nous, dirigeants démocratiquement élus de notre peuple»), le caractère exceptionnel de la procédure (participation du Président du Kosovo, qui n'est pas membre de l'Assemblée), un élément de son contenu (le fait que les auteurs se soient engagés à assumer les obligations internationales du Kosovo), ainsi que le silence du représentant spécial du Secrétaire général. Si la pertinence de ces éléments formels a été vivement contestée au regard d'un certain nombre d'indices contraires⁽¹¹⁰⁾, les arguments essentiels sur lesquels la Cour a fondé sa conclusion avaient une existence matérielle plus tangible. Ils sont liés au caractère provisoire du cadre établi pour l'administration du Kosovo — sur lequel nous reviendrons — et au contexte dans lequel est intervenue la déclaration, c'est-à-dire après l'impasse constatée par plusieurs intervenants dans les négociations relatives à la détermination du

(107) Cf. *supra*, Section II, § 2, A. Droit international spécial pertinent.

(108) *Ibid.*, § 109.

(109) La Cour ne les aborde que dans un second temps et seulement pour «renforcer» sa conclusion. *Ibid.*, §§ 106-108.

(110) Voy. en particulier l'opinion dissidente du juge BENNOUNA (§§ 46-55) et la déclaration du vice-président TOMKA (§§ 10-21).

statut final du Kosovo⁽¹¹¹⁾. Ils ont trait, enfin, à l'intention des auteurs de la déclaration, qui, bien qu'utilisant les ressources «logistiques» de l'administration provisoire, *n'entendaient pas* agir dans le cadre qui la régissait⁽¹¹²⁾.

En estimant que la déclaration d'indépendance ne devait pas être appréhendée comme un acte émanant d'un «pouvoir constitué» en vertu du droit international, la Cour a fait preuve d'une fine «dextérité juridique»⁽¹¹³⁾ car il n'y avait logiquement, semble-t-il, pas d'autre voie pour soustraire la déclaration aux règles du cadre constitutionnel. Sa conclusion sur l'identité des auteurs de la déclaration — dont le formalisme ne devrait faire oublier l'ancrage matériel qui la justifie — ne se résume néanmoins pas à cette observation négative. En effet, la question de l'identité des auteurs de la déclaration d'indépendance ne soulève pas seulement celle de la qualité dans laquelle ils ont agi (en tant qu'institution provisoire ou en tant que personnes agissant de concert en leur qualité de représentants du peuple du Kosovo) mais également celle des effets qu'ils avaient l'intention de lui donner⁽¹¹⁴⁾. La Cour situe les effets — *potentiels* — de la déclaration non seulement en dehors du champ d'application du règlement n° 2001/9 mais, plus radicalement, «en dehors du cadre de l'administration intérimaire»⁽¹¹⁵⁾, comme pour vider de son souffle l'argument niant la pertinence — voire l'existence — juridique de ce fait pour l'administration intérimaire elle-même. En définitive, sans aller jusqu'à qualifier la déclaration d'acte émanant d'un «pouvoir

(111) C.I.J., *Avis relatif au Kosovo*, §§ 104-105. Dans ces paragraphes, la Cour n'a fait allusion qu'au constat d'échec exprimé par les auteurs de la déclaration mais son renvoi aux paragraphes 64 à 73 souligne ces éléments de fait.

(112) *Ibid.*, § 105.

(113) Voy. toutefois l'opinion dissidente du juge KOROMA dans laquelle l'expression «judicial sleight-of-hand» reçoit une connotation négative, § 19.

(114) «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 instaurée aux fins de la phase intérimaire — chose qui, d'ailleurs, aurait été impossible» (C.I.J., *Avis relatif au Kosovo*, § 105). Voy. également au § 121 : «[...] la Cour a d'ores et déjà conclu [...] 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» (it. aj.).

(115) *Ibid.*, § 109.

constituant» — ce qui ne relève ni de son rôle, ni de son langage habituel —, l'avis de la Cour laisse néanmoins apparaître l'idée d'un quatrième ordre juridique, à vocation étatique, dans le cadre duquel la déclaration d'indépendance pourrait effectivement avoir pris effet. Cela dit, la position de la Cour sur l'identité des auteurs, toute déterminante fût-elle, n'était pas suffisante pour écarter la violation du droit international spécial.

2. *Question de la conformité*

La question de la conformité — ou plutôt de l'absence de violation, car telle fut la conclusion de la Cour — de la déclaration au cadre constitutionnel était réglée par sa conclusion sur l'identité des auteurs de celle-ci. La Cour ne l'a toutefois tranchée que dans les derniers paragraphes de l'avis (§§ 120-121), vraisemblablement dans un souci de suivre l'ordre des arguments avancés par la Serbie. Elle s'est contentée de rappeler sa position sur l'identité des auteurs avant de conclure qu'ils «n'étaient pas liés par [ce] cadre qui visait à régir, en définissant leurs pouvoirs et responsabilités, la conduite des institutions provisoires d'administration autonome»⁽¹¹⁶⁾.

Située en dehors du cadre juridique de l'administration intérimaire, la déclaration d'indépendance n'était pas nécessairement pour autant exempte de toute illicéité au regard de la résolution 1244 (1999) dont le champ d'application — *ratione materiae* et *ratione personnae* — était plus large. La Cour, pour trancher cette question et conclure en l'absence de violation de la résolution, a procédé en deux temps.

En premier lieu, c'est l'existence d'une interdiction spécifique d'adopter la déclaration d'indépendance que la Cour écarte en soulignant la différence de nature qui existait entre le fait contesté et la norme invoquée. Le fait d'adopter la déclaration d'indépendance, que la Cour qualifie de «tentative de déterminer définitivement le statut du Kosovo»⁽¹¹⁷⁾, n'était pas spécifiquement interdit par la résolution qui, centrée essentiellement sur l'instauration d'un régime *intérimaire* au Kosovo, est restée silencieuse sur les conditions du statut final de ce dernier et n'a pas réservé au seul

(116) *Ibid.*, § 121.

(117) *Ibid.*, § 114.

Conseil de sécurité le pouvoir de le déterminer⁽¹¹⁸⁾. La concision de l'examen de la Cour sur ce point se justifie aisément. Si le Conseil de sécurité est investi d'un pouvoir aussi étendu que celui de fixer des conditions restrictives relatives au statut définitif d'un territoire ou celui de se réserver le règlement d'un tel différend (ce que la Cour ne questionne pas), il semble raisonnable d'exiger, pour en constater l'exercice, que la volonté du Conseil soit clairement exprimée. Plus précisément, l'exercice du pouvoir du Conseil de sécurité de déterminer le statut définitif du Kosovo ne pourrait se déduire de références évasives ou ambiguës à l'intégrité territoriale de la R.F.Y.⁽¹¹⁹⁾ ou à la notion d'autonomie substantielle⁽¹²⁰⁾ contenues dans le préambule de la résolution 1244.

En second lieu, la Cour semble se demander si, en adoptant la déclaration, ses auteurs n'avaient pas violé une autre quelconque obligation ou interdiction dont ils seraient destinataires. D'une manière didactique, la Cour a souligné que la question de l'identification des destinataires des résolutions du Conseil de sécurité s'apparentait à celle de la détermination de leur effet obligatoire — question qu'elle avait tranchée dans l'avis sur la *Namibie*⁽¹²¹⁾. Elle est donc disposée à rechercher «au cas par cas et compte tenu de toutes les circonstances pertinentes»⁽¹²²⁾ si le Conseil a entendu créer des obligations juridiques contraignantes à l'égard d'acteurs autres que les États membres de l'O.N.U. et les organisations intergouvernementales. Toutefois, en l'occurrence, la Cour a estimé qu'on ne peut ni déduire des termes employés, ni inférer de

(118) *Ibidem*.

(119) Voy. le 10^e paragraphe du préambule de la résolution 1244 (S/RES/1244 (1999)) : «[R]éaffirmant l'attachement de tous les États Membres à la souveraineté et à l'intégrité territoriale de la République fédérale de Yougoslavie».

(120) Voy. le 11^e paragraphe du préambule de la résolution 1244 (S/RES/1244 (1999)) : «Réaffirmant l'appel qu'il a lancé dans des résolutions antérieures en vue d'une autonomie substantielle et d'une véritable auto-administration au Kosovo». Dans son exposé écrit, la Serbie avançait que «les deux expressions, à savoir "autonomie au sein de la République fédérale de Yougoslavie" et "auto-administration", excluent toute forme d'indépendance, et à plus forte raison une déclaration unilatérale d'indépendance» (§ 728).

(121) C.I.J., *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, *Rec.*, 1971, § 114.

(122) C.I.J., *Avis relatif au Kosovo*, § 117.

son texte, «lu dans son contexte et à la lumière de son objet et de son but»⁽¹²³⁾, une quelconque interdiction que les auteurs de la déclaration d'indépendance auraient violée en adoptant un tel acte. Centrée sur la recherche des destinataires des résolutions du Conseil de sécurité, la Cour évite de préciser quel pourrait être le contenu de l'obligation qu'elle écarte. La résolution 1244 (1999) — qui visait essentiellement à instaurer un régime d'administration intérimaire sur le territoire du Kosovo — avait-elle, par ailleurs, imposé aux parties l'obligation de négocier de bonne foi pour résoudre leur différend relatif au statut final du Kosovo? Axée sur le *processus*, la recherche de la violation d'une telle obligation, moins exigeante que celle de parvenir à un *résultat* négocié, aurait toutefois requis un examen délicat des positions des parties. Dans sa déclaration, le vice-président Tomka n'a pas craint d'évoquer les positions «catégoriques» de la partie kosovare, non sans introduire cependant une confusion concernant la source d'une éventuelle obligation de négocier dans les relations intra-étatiques⁽¹²⁴⁾. En effet, la jurisprudence de la Cour dans l'affaire du *plateau continental de la mer du Nord* — dans laquelle elle se prononce sur l'existence et la portée d'une obligation coutumière de négocier entre États «en matière de délimitation des plateaux continentaux limitrophes»⁽¹²⁵⁾ — ne pourrait être appliquée aux relations et au différend qui opposaient l'État de Serbie et la province du Kosovo. En tout état de cause, dans l'examen du droit international spécial,

(123) *Ibid.*, § 118.

(124) Voy. le paragraphe 29 de la déclaration du vice-président TOMKA dans lequel il rappelle la jurisprudence de la Cour relative à l'interprétation de l'obligation de négocier, de nature coutumière ou prévue dans des instruments conventionnels (C.I.J., *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark : République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, arrêt du 20 février 1969, *Rec.*, p. 47, § 85; rappelé dans C.I.J., *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt du 25 septembre 1997, *Rec.*, p. 78, § 141; et dans C.I.J., *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine/Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, § 146).

(125) C.I.J., *Plateau continental de la mer du Nord*, *op. cit.*, § 85. La Cour précise que «les parties sont tenues d'engager une négociation en vue de réaliser un accord et non pas simplement de procéder à une négociation formelle comme une sorte de condition préalable à l'application automatique d'une certaine méthode de délimitation faute d'accord; les parties ont l'obligation de se comporter de telle manière que la négociation ait un sens, ce qui n'est pas le cas lorsque l'une d'elles insiste sur sa propre position sans envisager aucune modification».

le raisonnement développé par la Cour aux paragraphes 115 à 118, bien que centré sur la question des destinataires des résolutions, écarte en même temps l'existence d'une obligation de négocier spécifiquement imposée aux parties par le Conseil de sécurité. Ici encore, l'ambiguïté, telle que celle produite par l'expression «règlement politique», n'est pas suffisante pour établir un obstacle juridique à une proclamation d'indépendance.

CONCLUSION

En empruntant le chemin le plus court vers sa conclusion générale — selon laquelle «la déclaration d'indépendance du 17 février 2008 [...] n'a violé aucune règle applicable du droit international»⁽¹²⁶⁾ — la Cour a certainement déçu ceux qui s'attendaient à de longs développements jurisprudentiels sur la question controversée du droit à l'indépendance d'un peuple dont l'autonomie interne a été déniée. Cette question était d'autant plus délicate qu'elle se posait en l'espèce au sujet d'un peuple dont le territoire avait fait l'objet d'une longue administration décidée par les Nations Unies. En limitant volontairement la demande d'avis à celle de l'existence, dans le droit international applicable, d'une interdiction dans le chef du Kosovo de se déclarer indépendant, la Cour a d'emblée montré qu'elle entendait rester prudente dans l'analyse de la question qui lui avait été soumise. Cette prudence transparaît par ailleurs dans le langage qu'elle utilise à cette occasion ainsi que dans ses raisonnements, lesquels se révèlent très sommaires, particulièrement au sujet de l'analyse de la conformité de la déclaration d'indépendance au droit international général.

L'examen de l'avis laisse toutefois apparaître une Cour plus audacieuse lorsqu'il s'est agi d'affirmer sa fonction judiciaire. Elle s'est ainsi fort peu souciee des signes d'instrumentalisation de sa fonction consultative et s'est efforcée, de manière générale, de lever tous les obstacles à l'exercice de sa compétence quand bien même ceux-ci se révélaient particulièrement pertinents en l'espèce. La Cour a également fait preuve d'une certaine hardiesse en identifiant les représentants du peuple du Kosovo — et non pas l'Assemblée en tant qu'institution provisoire — comme les auteurs

(126) C.I.J., *Avis relatif au Kosovo*, § 122.

véritables de la déclaration d'indépendance. En même temps qu'il lui rendait une marge de manœuvre plus confortable — en ne la cantonnant pas à un contrôle «quasi constitutionnel» de la validité d'un acte interne —, ce choix annonçait une lecture modérée de la place du droit international face à la volonté d'un peuple de reprendre en mains son destin.