

**MAURIZIO ARCARI ET LOUIS BALMOND, DIR, QUESTIONS
DE DROIT INTERNATIONAL AUTOUR DE L'AVIS
CONSULTATIF DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE
SUR LE KOSOVO, MILAN, GIUFFRÈ EDITORE, 2011**

Petra Vrtkova *

La question posée en octobre 2008 par l'Assemblée générale des Nations unies à la Cour internationale de justice concernant la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*¹ du 17 février 2008 soulevait des questions très sensibles du droit international, touchant directement à son sujet principal, l'État, son statut juridique et sa consistance. Les attentes de la communauté internationale et plus particulièrement des juristes internationaux à l'égard de cet avis consultatif² étaient immenses, la question présentant pour la Cour une occasion exceptionnelle d'éclaircir des notions importantes de droit international. Cependant, l'avis rendu le 22 juillet 2010 a non seulement constitué, aux yeux de nombreux spécialistes, une grande déception, mais a également soulevé beaucoup de critiques. Les auteurs de l'ouvrage *Questions de droit international autour de l'Avis consultatif de la Cour internationale de justice sur le Kosovo*³ soutiennent en effet que la réponse de la Cour internationale de justice n'a pas été à la hauteur des enjeux. Ainsi, un an après les débats intervenus à La Haye, une équipe de neuf professeurs de droit international provenant de trois pays différents a décidé de publier un recueil de commentaires portant sur les questions fondamentales soulevées par la déclaration unilatérale d'indépendance du Kosovo que la Cour a ignorées ou auxquelles elle a répondu de manière insatisfaisante.

Cet ensemble de commentaires est le résultat d'une collaboration interuniversitaire franco-italienne⁴ qui existe depuis une dizaine d'années et dont cet ouvrage, réalisé avec la collaboration exceptionnelle de l'Université de Varsovie, représente la troisième publication⁵. Les directeurs de ce recueil, Louis Balmond et Maurizio Arcari, sont professeurs de droit international à l'Université de Nice Sophia

* Étudiante au Baccalauréat en relations internationales et droit international à l'Université du Québec à Montréal.

¹ *Demande d'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la question de savoir si la déclaration unilatérale d'indépendance du Kosovo est conforme au droit international*, Rés AG 63/3, Doc off AG NU, 63^e sess, Doc NU A/RES/63/3 (2008). Le libellé exact de la question est : « La déclaration unilatérale d'indépendance des institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo est-elle conforme au droit international? »

² *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, Avis consultatif, [2010] CJI rec 403.

³ Maurizio Arcari et Louis Balmond, dir, *Questions de droit international autour de l'Avis consultatif de la Cour internationale de justice sur le Kosovo*, Milan, Giuffrè Editore, 2011 [Arcari et Balmond].

⁴ Il s'agit des universités de Milano-Bicocca, Nice, Macerata, Naples II, Palerme et Vérone.

⁵ Les deux publications précédentes sont : Maurizio Arcari et Louis Balmond, dir, *La sécurité collective entre légalité et défis à la légalité*, Milan, Giuffrè Editore, 2008 et Joël Rideau et al, dir, *Sanctions ciblées et protection juridictionnelle des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Équilibre et déséquilibres de la balance*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

Antipolis et à l'Université de Milano-Bicocca respectivement. Les neuf contributions qui composent ce recueil sont issues de colloques, de tables rondes et de séminaires et sont rédigées en anglais et en français. L'ordre dans lequel les contributions sont présentées dans l'ouvrage ne semble pas respecter une logique particulière et le livre n'est pas divisé en différentes parties ou chapitres. Le livre débute avec les articles des directeurs de l'ouvrage, Louis Balmond⁶ et de Maurizio Arcari⁷. Les articles suivants se complètent mutuellement sans pour autant être regroupés en fonction d'un fil directeur au sein des parties particulières.

Le premier article du recueil traite de l'un des aspects que la Cour devait, selon Louis Balmond, aborder dans son avis consultatif, soit la question de la durée et de l'instant. En effet, dans son raisonnement, la Cour devait choisir entre une analyse juridique respectant une certaine continuité des décisions prises à l'égard du Kosovo par le Conseil de sécurité ou, au contraire, une analyse qui occasionnerait une rupture, en se basant sur des « instants privilégiés⁸ » du conflit. Dans son avis consultatif, la Cour semble avoir penché en faveur de l'analyse de l'instant plutôt que de la continuité. Louis Balmond présente donc une argumentation intéressante pour expliquer ce choix. En effet, le respect de la continuité par la Cour aurait pris forme, selon Balmond, d'une prise en considération de la question du Kosovo comme elle se pose au moins depuis 1989⁹, c'est-à-dire de tous les faits et décisions qui s'y attachent et sont liés entre eux. Cette approche nécessiterait donc une analyse approfondie par exemple des positions à l'égard de la conception de la souveraineté et de l'intégrité territoriale de la République fédérale de Yougoslavie (RFY) prises par des différents États dans les résolutions rendues par le Conseil de sécurité concernant le conflit au Kosovo depuis son début. Ainsi, la Cour aurait aussi été obligée d'analyser la question épineuse de la légalité de l'intervention de l'OTAN à la RFY, puisque selon Balmond, un acte juridique, ici concrètement la résolution 1244 (1999), résulte toujours des décisions et faits qui le précèdent, que ce soit de manière partielle ou dans sa totalité¹⁰. Si la Cour, analysant l'intervention armée de l'OTAN, avait conclu à l'illégalité de celle-ci, le principe de *ex injuria jus non oritur* risquerait de secouer les bases juridiques de l'administration provisoire du Kosovo, qui pourrait être alors basée sur un fait illicite. Balmond consacre une sous-partie à ce principe, en arrivant à la conclusion qu'il n'y a pas de véritable lien entre le recours à la force illégal par l'OTAN et la résolution 1244 (1999) et le principe ne s'appliquerait donc pas.

La Cour a cependant opté pour l'approche qui constitue une rupture, en penchant du côté des défenseurs de la déclaration unilatérale d'indépendance (DUI) dont les arguments principaux étaient basés sur la notion peu juridique de

⁶ Louis Balmond, « La durée et l'instant dans l'affaire du Kosovo. La résolution 1244 (1999) entre rupture et continuité » dans Arcari et Balmond, *supra* note 3 à la p 3 [Balmond].

⁷ Maurizio Arcari, « Le traitement des 'questions préliminaires' dans l'affaire du Kosovo (ou de la double nature de la fonction consultative de la Cour internationale de justice » dans Arcari et Balmond, *supra* note 3 à la p 33 [Arcari].

⁸ Balmond, *supra* note 5 à la p 4.

⁹ Balmond explique que le mois de mars 1989 marque l'abolition du statut d'autonomie de la province du Kosovo.

¹⁰ Balmond, *supra* note 5 à la p 6.

l'irréversibilité. En effet, il semblerait, selon Balmond, que la qualité d'irréversible a été attribuée à certains moments du conflit. Ces moments irréversibles, constitués de l'édiction d'un acte, d'une résolution ou d'une intervention, sont à l'origine de la perception d'une rupture avec les événements et positions passés auxquels il ne faudrait plus revenir. En fait, selon les exposés écrits de plusieurs États, l'existence, pendant presque neuf ans, de l'administration internationale au Kosovo invaliderait le titre de souveraineté défendu par la Serbie¹¹. Ainsi, le raisonnement de la Cour se base uniquement sur la résolution 1244 (1999) et la situation qui s'ensuit, à savoir la cession aux autorités internationales de l'administration du Kosovo. La question de la légalité des bombardements et par conséquent de la légalité de la mise en place d'une administration provisoire, qui est la pierre angulaire de l'argumentation des États favorables à la DUI, ne peut pas se poser, car la résolution 1244 (1999) créerait une situation irréversible sur laquelle on ne peut plus revenir. Ainsi, la proximité de l'irréversibilité, notion peu juridique, avec le principe juridique d'effectivité permettrait d'opposer la longue présence d'une administration internationale au Kosovo au titre de souveraineté de la Serbie. En choisissant de n'appuyer ses principaux arguments que sur la période suivant la résolution 1244 (1999), la Cour opte donc pour la *thèse de la novation juridique*. La résolution 1244 (1999) occupe ainsi une place particulière de *lex specialis*. Un autre problème se pose si l'on s'en tient à la thèse de la novation juridique. Le Conseil de sécurité aurait alors écarté un principe de droit international général, à savoir le principe de l'intégrité territoriale. Cependant, il est généralement admis que le Conseil de sécurité ne peut pas édicter des normes qui se substitueraient aux normes de droit international général. Face à ce problème, la Cour confirme l'importance du principe d'effectivité et adhère à la thèse voulant que le Conseil avait l'intention de respecter l'intégrité territoriale de la Serbie pendant la période intérimaire concernée par la résolution 1244 (1999) et la mise à l'écart du principe de l'intégrité territoriale ne résulterait que des évolutions de la situation après la résolution. Balmond considère cet argument comme une « échappatoire juridique ».

La dualité de fonction de la Cour, qui apparaît clairement dans l'avis consultatif sur le Kosovo à travers le traitement des questions préliminaires, est un autre sujet abordé dans le recueil. En effet, la Cour a une fonction institutionnelle au sein de l'Organisation des Nations unies en vertu de laquelle elle devrait donner la réponse la plus pertinente possible pour l'organe demandeur de l'avis. Elle a pourtant aussi la fonction judiciaire en tant qu'organe du droit international qui l'oblige à adhérer strictement aux dimensions juridiques de l'affaire. Les questions de compétence, de recevabilité et de la portée de la question posée paraissent être ainsi liées. Maurizio Arcari¹² nous montre, dans une analyse claire, logique et raisonnée, le malaise général de la Cour. Cette dernière donne d'abord une réponse trop rapide à la question de compétence, pour s'emmêler ensuite dans une plus longue analyse concernant le pouvoir discrétionnaire de la Cour de décider de répondre à une demande d'avis consultatif et ainsi faire naître l'impression que l'on peut utiliser le

¹¹ Philippe Weckel, cité dans Balmond, *supra* note 5 à la p 4.

¹² Arcari, *supra* note 6.

pouvoir judiciaire de la Cour pour pallier au silence du Conseil de sécurité sur le statut définitif du Kosovo. Enfin, en apportant des précisions quant à la portée de la question posée afin de la limiter aux aspects juridiques, la Cour vide celle-ci de son sens utile. Une déception générale en résulte pour ceux qui tiennent à l'intégrité juridique de la Cour et prônent l'application rigoureuse du pouvoir discrétionnaire par celle-ci, ainsi que pour ceux qui encouragent la Cour à contribuer au développement du droit international par sa jurisprudence et ses avis consultatifs.

Un autre élément critiqué est celui du choix de la Cour d'affirmer qu'une déclaration d'indépendance ne représente pas un acte juridique, mais simplement un acte. Cela permet à la Cour de s'interroger seulement sur la question de la responsabilité internationale (prenant en compte uniquement les interdictions de déclarations d'indépendance) en évitant la question de la validité (qui considère les règles ainsi que les interdictions qui pourraient concerner ces déclarations). Enrico Milano¹³ propose une définition de l'acte juridique et de ses éléments constitutifs afin de démontrer que, bien qu'unilatérale, et qui que soient les auteurs, la déclaration de l'indépendance est un acte juridique en droit international et sa validité doit être examinée. Cette approche aurait amené la Cour à s'interroger sur la question de savoir si le Kosovo présentait, au moment de la proclamation de l'indépendance, des éléments factuels d'un État existant en droit international. La Cour a consciemment évité d'aborder cette question.

Enrico Milano préfère terminer son analyse par un ensemble de réponses critiques aux arguments développés par la Cour en ce qui concerne la responsabilité internationale, en laissant Maria Chiara Vitucci¹⁴ prendre le relais sur la question des éléments constituant un État indépendant. En effet, Vitucci ose poser la question tant évitée par la Cour internationale, à savoir le niveau d'indépendance et le statut du Kosovo au moment de la déclaration ainsi que trois ans après celle-ci. Selon Vitucci, l'indépendance doit être évaluée à travers l'effectivité des autorités tant au niveau interne qu'au niveau externe. Prenant en compte l'assistance internationale massive et le manque total de pouvoir de prendre des décisions au niveau externe¹⁵, on ne peut conclure qu'à la dépendance des autorités kosovares au moment de la déclaration unilatérale d'indépendance. Trois ans après la déclaration, la constitution nouvellement proclamée par le Kosovo et les reconfigurations de la présence internationale contenues dans celle-ci, Vitucci met en relief les fragilités internes et les compromis nécessaires¹⁶. Aussi, malgré les changements amenés par la constitution, les forces internationales sont toujours présentes sur le territoire et jouent un rôle important notamment dans la communication avec les États qui n'ont pas reconnu le Kosovo ainsi qu'avec la Serbie, avec laquelle le dialogue est essentiel au

¹³ Enrico Milano, « Declarations of independence and territorial integrity in general international law: some reflections in light of the Court's Advisory Opinion » dans Arcari et Balmond, *supra* note 3 à la p 59.

¹⁴ Maria Chiara Vitucci, « Kosovo Statehood beyond the ICJ's Advisory Opinion » dans Arcari et Balmond, *supra* note 3 à la p 191.

¹⁵ Le contrôle ultime de ce pouvoir était réservé au Représentant spécial du Secrétaire général.

¹⁶ Le leadership kosovar est plus faible dans les régions de la majorité chrétienne orthodoxe et dans Mitrovica du Nord.

règlement définitif de la question. Au niveau extérieur, le Kosovo a progressivement commencé à s'engager internationalement, d'abord avec les États qui le reconnaissent, ensuite au sein des organisations internationales¹⁷. Vitucci conclut que le Kosovo n'a toujours pas atteint l'indépendance. En effet, il demeure supervisé, puisque ses autorités témoignent d'une efficacité faible. Cependant, son indépendance se cristallise progressivement, l'état actuel des choses créant un environnement propice à d'autres reconnaissances.

Dans la continuité des idées amenées par Vitucci, Jean-Christophe Martin¹⁸ s'interroge sur la validité dans le temps de la résolution 1244 (1999) notamment en ce qui concerne son lien avec le développement de l'indépendance du Kosovo. Martin présente deux hypothèses. D'abord, considérant que le Kosovo n'est pas encore un État, la résolution 1244 (1999) (qui continue d'être valide jusqu'à ce que le Conseil de sécurité adopte une nouvelle résolution) s'oppose-t-elle à ce statut? Selon Martin, bien que la Cour évite de se prononcer sur le statut du Kosovo, on peut repérer dans l'avis consultatif des indices selon lesquels la résolution n'empêcherait pas la création de l'État kosovar. Dans la deuxième hypothèse, considérant que le Kosovo est déjà un État ou le deviendra dans un futur proche, qu'en serait-il de la validité ou de la valeur juridique de la résolution 1244 (1999)? En effet, selon la résolution, un « règlement politique » mènerait la MINUK¹⁹ à son stade final. Mais l'interprétation donnée à cette notion est controversée. Cependant, Martin mentionne les difficultés de fonctionnement que la MINUK rencontre déjà depuis la déclaration unilatérale de l'indépendance.

En ce qui a trait à la dynamique entre les différentes contributions dans le recueil, il est important de noter qu'une contradiction existe par rapport à un élément présenté par Vitucci ainsi que par Wladyslaw Czaplinski²⁰. Ce dernier traite du rôle de la reconnaissance et de la non-reconnaissance, en se concentrant sur le cas d'une reconnaissance illégale et la responsabilité qui peut en résulter. En effet, alors que Vitucci base l'évaluation de l'indépendance sur l'efficacité des autorités au niveau interne et externe, Czaplinski affirme qu'en ce qui concerne l'évaluation des éléments de l'indépendance, le droit international classique se basait effectivement sur l'évaluation de l'efficacité. Cependant, cette approche a été rejetée par les directives concernant la reconnaissance présentées par la Coopération politique européenne en 1991²¹, qui ont amené des critères considérés comme plus modernes, par exemple le critère de la démocratie, du respect des droits de l'homme, ou de l'État de droit.

¹⁷ Le Kosovo a intégré le Fonds monétaire international et le Groupe de la Banque mondiale. Vitucci formule cependant des remarques très critiques au sujet de ces intégrations.

¹⁸ Jean Christophe Martin, « *La lex specialis* dans l'affaire du Kosovo. Validité et portée dans le temps de la résolution 1244 (1999) et des mesures adoptées aux fins de son application » dans Arcari et Balmond, *supra* note 3 à la p 131.

¹⁹ Mission d'administration intérimaire des Nations unies au Kosovo.

²⁰ Wladislaw Czaplinski, « Recognition and non-Recognition beyond the ICJ's Advisory Opinion » dans Arcari et Balmond, *supra* note 3 à la p 173.

²¹ Conseil des ministres de la Communauté européenne, *Lignes directrices sur la reconnaissance de nouveaux États en Europe orientale et en Union soviétique*, (1991) en ligne : Direction de l'information légale et administrative de France <<http://discours.vie-publique.fr/notices/922000400.html>>.

Toutefois, cette apparente contradiction entre les éléments particuliers de deux contributions qui abordent des sujets très proches (reconnaissance et les éléments de l'indépendance d'un État) sert en même temps d'illustration au fait que, bien que les directives mentionnées aient été appliquées par la Communauté européenne à l'égard de l'ex-Yougoslavie, il n'y a aucune référence à celles-ci dans le cas du Kosovo.

L'ouvrage présente bien sûr aussi une contribution entièrement consacrée au droit à l'autodétermination, que la Cour semble avoir inexcusablement négligé. Ainsi, Marco Pertile considère que la Cour a manqué une importante occasion de prendre position sur un cas de droit à l'autodétermination en dehors de son contexte habituel. Selon Pertile, la réponse donnée par la Cour à l'Assemblée générale a été nécessairement incomplète et insatisfaisante à cause de ce manque de prise de position sur l'autodétermination externe et la sécession-remède. Avec cet élément, Pertile complète le texte d'Arcari sur l'utilité pour l'organe demandeur de la réponse de la Cour. Pertile avance que le droit à l'autodétermination représentait une des plus importantes questions juridiques logiquement impliquées dans l'affaire. Pertile propose une question précise à laquelle la Cour aurait dû répondre : « *Is there a right to secession under international law and, in affirmative, under what conditions?* »²². Pertile considère aussi que le fait d'ignorer les questions les plus importantes était pour la Cour un choix tout au moins aussi douloureux que de s'exprimer sur les questions controversées. Le silence de la Cour peut avoir des impacts importants, puisque l'argument de l'autodétermination va toujours être utilisé afin de donner une apparence légale aux différentes demandes sécessionnistes. Pertile souligne des conséquences potentiellement dangereuses de l'invocation du droit à l'autodétermination, notamment le fait de miner les négociations entre l'entité sécessionniste et l'État parent. Pertile met l'accent sur la limitation de ce droit aux « cas exceptionnels » par les États ce qui montre clairement, selon lui, que les États ne veulent pas en faire une norme et privilégient une analyse de cas par cas.

Cependant, les auteurs de l'ouvrage mentionnent aussi les aspects positifs de l'Avis consultatif. Ainsi Paolo Palchetti²³ met l'accent sur l'importance de cet avis en ce qui concerne les indications importantes sur l'identification des règles applicables à l'interprétation des résolutions du Conseil de sécurité. Palchetti présente une comparaison de ces règles avec la *Convention de Vienne sur le droit des traités*²⁴, en mentionnant par exemple l'importance du but et de l'objet de la résolution ou d'autres résolutions ayant trait à la même question. Sur cette question, Palchetti renforce l'argumentation de Louis Balmond contre la notion d'*irréversibilité*. Palchetti rejoint cependant le rang des critiques en concluant qu'il est regrettable que la Cour ne semble pas appliquer à la résolution 1244 (1999) les règles identifiées.

²² Marco Pertile, « Self-determination reduced to silence : Some Critical Remarks on the ICJ's Advisory Opinion on Kosovo » dans Arcari et Balmond, *supra* note 3 à la p 126.

²³ Paolo Palchetti, « L'interprétation des résolutions du Conseil de sécurité à la lumière de l'Avis de la Cour internationale de justice sur le Kosovo » dans Arcari et Balmond, *supra* note 3 à la p 155.

²⁴ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980).

Les auteurs du livre réservent la conclusion à Antonello Tancredi²⁵, ce qui s'avère être un excellent choix pour donner à cet ouvrage, dans son entièreté très didactique, bien structuré et clair, un ton plus philosophique. Tancredi, dont plusieurs ouvrages et articles sont cités par les auteurs, finit par nommer explicitement la tendance presque pathologique de la Cour d'esquiver des questions essentielles dans cette affaire. Il conclut avec une explication de l'herméneutique juridique et des notions connexes de « *pre-understanding* » et de « *coherence* », qui semblent être bien adaptées à l'analyse choisie par la Cour. En effet, en droit, le modèle basé sur le syllogisme ne permet pas d'expliquer pourquoi une norme ou interprétation a été choisie comme prémisse de l'argument. L'herméneutique juridique permet de mieux comprendre le processus de choix des normes applicables, tout en étant nécessairement complétée par le critère de la cohérence qui, pour sa part, permet de juger si la conclusion est rationnellement acceptable. La notion de « *pre-understanding* » est une certaine capacité d'anticiper les résultats et les conséquences. C'est une façon de mobiliser les connaissances qui n'est pas subjective ni influencée par les émotions, explique Tancredi. Cependant, les influences potentielles étant nombreuses, la cohérence de résultats de « *pre-understanding* » doit toujours être contrôlée. Cette cohérence ne correspond pas à une simple absence de contradictions, mais plutôt à un ensemble où le système juridique est en harmonie avec les principes généraux. Tancredi résume brièvement les positions de tous les auteurs et relève trois principales incohérences dans l'avis consultatif, à savoir l'adaptation par la Cour de la question posée par l'Assemblée générale, l'omission d'interpréter le terme « règlement » contenu dans la résolution 1244 (1999) et la requalification des auteurs de la déclaration d'indépendance par la Cour qui identifie, sans explications approfondies, les auteurs de la déclaration aux membres de l'Assemblée du Kosovo, démocratiquement élus par le peuple. Ces trois incohérences ont été mises en relief dans plusieurs contributions.

L'œuvre présentée est une étude globale des principaux enjeux de l'affaire du Kosovo qui s'adresse aux chercheurs, professionnels de droit international ainsi qu'aux étudiants. Les auteurs analysent les différentes opinions individuelles des juges ainsi que les exposés écrits et oraux des États ayant pris part aux débats à La Haye. La diversité linguistique des auteurs assure une richesse de sources citées. Il s'agit d'un outil précieux permettant d'acquérir une bonne compréhension de l'avis consultatif rendu par la Cour le 22 juillet 2010 ainsi qu'un regard critique sur celui-ci. Le manque de division en chapitres peut cependant s'avérer dérangent, la structure et la logique de l'ouvrage étant ainsi difficiles à saisir.

²⁵ Antonello Tancredi, « The ICJ's Kosovo Advisory Opinion as an exercise in pre-understanding » dans Arcari et Balmond, *supra* note 3 à la p 217.