

Quelques remarques sur un avis en clair-obscur : l'avis consultatif de la CIJ concernant la conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo (22 juillet 2010)

Frédérique LOZANORIOS*

Tous les internationalistes attendaient avec impatience ce 22 juillet 2010. La Cour a en effet, à cette date, rendu l'un des avis sans doute les plus attendus et les plus délicats qu'il lui ait été donné d'émettre depuis sa création, puisqu'elle devait se prononcer sur la Déclaration unilatérale d'indépendance (DUI) relative au Kosovo.

La solution apportée dans cette affaire ne manquera pas de surprendre, et l'impatience évoquée plus haut risquera peut être de susciter de la frustration quant à son contenu d'une part, et à sa portée d'autre part.

Pour bien comprendre ce double point, il convient d'abord de rappeler que la demande d'avis émanait de l'Assemblée Générale de l'ONU, suite à l'adoption de sa résolution 63/3 du 10 octobre 2008, à l'initiative de laquelle se trouvait la Serbie¹.

La question posée à la Cour y était énoncée de manière très simple :

«La déclaration unilatérale d'indépendance des institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo est-elle conforme au droit international ?»

Pour bien en saisir le sens et en prendre toute la mesure, celle-ci doit être brièvement replacée dans son contexte. Depuis mars 1999 et l'intervention controversée de l'OTAN au Kosovo, le Conseil de sécurité avait repris la main par sa résolution 1244 du 10 juin 1999 en créant la Mission Intérimaire des Nations-unies au Kosovo (MINUK), toujours en place aujourd'hui, et dont la principale mission était d'instaurer une administration intérimaire.

Près de 9 ans plus tard, et sans que les parties n'aient trouvé d'accord sur le statut définitif du Kosovo, une Assemblée se qualifiant de « représentative du peuple du Kosovo » adopta une Déclaration unilatérale d'indépendance, le 17 Février 2008.

* Attachée temporaire d'enseignement et de recherche à l'Université Jean Moulin Lyon 3

¹ La résolution 63/3 a été adoptée par 77 voix pour, 6 contre (Albanie, Etats fédérés de Micronésie, Etats-Unis, Iles Marshal, Nauru et Palaos), et 74 abstentions. Communiqué de presse-AG/10764.

En dépit de la ferveur suscitée localement, les réactions internationales furent mitigées. La reconnaissance internationale du Kosovo en tant que territoire souverain est donc encore loin de faire l'unanimité. Tandis que 69 Etats l'ont reconnu, la grande majorité d'entre eux s'y refusent toujours, craignant sans doute de voir leurs propres minorités durcir des revendications sécessionnistes.

Alors que l'avis de la Cour était attendu sur la question de la portée exacte d'une telle déclaration, elle ne s'estime « pas tenue, par la question qui lui est posée, de prendre parti sur le point de savoir si le droit international conférait au Kosovo un droit positif de déclarer unilatéralement son indépendance, ni, *a fortiori*, sur le point de savoir si le droit international confère en général à des entités situées à l'intérieur d'un Etat existant le droit de s'en séparer unilatéralement » (§ 56).

Cette approche de la Cour laisse pour le moins circonspect. En s'arrêtant sur le caractère purement formel de la DUI, et en refusant d'aborder la question des effets qu'elle induit, elle semble remettre en cause la portée de son propre avis, et peut-être le bon exercice de sa fonction consultative.

Il en résulte que l'avis rendu ce 22 juillet traduirait en réalité le malaise de l'organe judiciaire principal des Nations Unies face à une situation à laquelle l'organisation mondiale n'a pu offrir que l'impasse d'une administration transitoire qui dure, sans qu'un statut définitif pour le Kosovo susceptible d'être accepté par les parties ne voit le jour.

Rattrapée par le caractère politique d'une question que le droit ne pouvait à lui seul suffire à résoudre, la Cour de La Haye ne semble pas avoir su aller au bout de la logique juridique à laquelle aurait dû la mener la question posée, dès lors qu'elle avait accepté d'y répondre.

L'on examinera successivement les conditions dans lesquelles la Cour s'est reconnue compétente (I), puis son appréciation restrictive sur le fond, caractérisée par la manière dont elle répond à « la question de la question » (II).

I. Sur sa compétence et l'opportunité, pour la Cour, de l'exercer : une apparente primauté du droit sur les enjeux politiques en cause

Appelée à répondre à la question de savoir si elle devait rendre l'Avis qui lui était demandé, la CIJ résonne en deux temps : elle s'interroge d'abord sur les bases de sa compétence, puis, après les avoir établies, pose la question de la faculté qu'elle a d'user de son pouvoir discrétionnaire de ne pas se prononcer.

- Sur le premier point, elle écarte les griefs fondés notamment sur un dépassement par l'Assemblée générale de ses compétences au titre de la Charte. L'article 12, prévoit que le pouvoir de recommandation de l'Assemblée sur les questions de paix et de sécurité internationales est limité dès lors que le Conseil est saisi d'une question. Mais la Cour considère comme elle l'avait fait en 2004² qu'« une requête pour avis consultatif ne constitue

² CIJ, Avis Consultatif sur les Conséquences juridiques de l'édification d'un mur en territoire palestinien occupé du 9 juillet 2004, p. 164.

pas en soi une «recommandation» de l'Assemblée générale » (§24). Elle en conclut donc qu'il n'existe pas d'obstacle majeur à l'exercice de sa compétence consultative.

Toutefois, l'exercice de celle-ci, tout comme en matière contentieuse, est conditionné par la nature juridique de la question posée. Pour la Cour, celle-ci ne semble pas faire de doute en l'espèce, puisqu'il s'agit d'apprécier la validité d'un acte au regard du droit international³.

- Sur le second point, après s'être reconnue compétente, la Cour examine l'opportunité qu'elle a néanmoins de ne pas se prononcer dès lors qu'il existe des «raisons décisives» pouvant la conduire à opposer un tel refus (§30).

Un certain nombre d'Etats tiers intervenant dans la procédure avaient en effet avancé le fait que le Conseil de sécurité, en tant que seul organe ayant été saisi de la question du futur statut du Kosovo, était habilité à demander un avis. Ici encore, le point crucial de la discussion portait sur la titularité du pouvoir de demander l'avis⁴. Etait-ce bien à l'Assemblée de le faire, ou au contraire au Conseil de sécurité?

Pour la CIJ, la compétence principale, mais non exclusive dont dispose ce dernier en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales n'empêche pas l'Assemblée Générale de discuter également de toute question dans ce domaine. Le fait que le Conseil exerce des responsabilités dans la situation en cause ne s'oppose donc pas à ce qu'elle rende un avis, d'autant que l'Assemblée avait déjà adopté des résolutions relatives au Kosovo dans le domaine des droits de l'homme (§40-45). Cette analyse semble aller dans le sens d'une compétence générique de l'organe plénier qui lui est reconnue par une bonne partie de la doctrine⁵. Ce raisonnement ne s'inscrit toutefois pas nécessairement dans la continuité de sa recherche d'un intérêt suffisant de la part de l'organe effectuant une telle requête, comme l'ont noté certains juges⁶.

Ce qui est certain, c'est que le Conseil de sécurité était le seul organe saisi de la question du statut final du Kosovo, sans que les quelques résolutions de l'Assemblée générale ne puissent réellement remettre cela en cause.

Ce qui est certain également, c'est que son action n'a pas permis de trouver d'issue négociée sur ce point. Dans ce contexte, la DUI est intervenue sans que les Nations Unies ne s'y opposent réellement, mais sans qu'elles n'effacent l'ambiguïté volontaire concernant le statut final du Kosovo qui ressortait de la résolution 1244.

On ne peut s'empêcher de voir là la traduction d'un rééquilibrage des pouvoirs au profit de l'Assemblée générale au gré de la capacité d'action du Conseil de sécurité, déjà consacré par la

³ La Cour en profite ainsi pour rappeler que le fait qu'« une question revête des aspects politiques ne suffit pas à lui ôter son caractère juridique » (§27).

⁴ Voir sur ce point l'opinion individuelle du juge Keith (§6), pour qui c'est la question décisive en l'espèce.

⁵ DOUMBE-BILLE (S.), « L'article 10 » dans COT (J-P.), PELLET (A.) et FORTEAU (M.), *La Charte des Nations Unies, commentaire article par article*, Economica, 2005.

⁶ Le juge Keith rappelle ainsi que la CIJ a toujours cherché à savoir si l'organe qui effectuait une requête disposait d'un intérêt suffisant pour le faire. Il considère qu'en l'espèce, l'intervention de l'Assemblée générale se limitait à des aspects purement budgétaires, à l'exception d'une résolution relative aux droits de l'homme, alors que le Conseil avait toujours joué un rôle majeur. Défendant la même position, le Vice président Tomka rappelle que lorsque la Serbie avait proposé la résolution, l'Assemblée, qui ne s'était jamais intéressée à la question du statut final du Kosovo, dû rajouter ce point à son ordre du jour (§ 5 de son opinion individuelle). Le juge Bennouna va jusqu'à considérer que l'Assemblée s'est tout simplement substituée au Conseil, seul compétent pour donner une suite au rapport Athisaari (§ 13 de son opinion individuelle).

Cour dans son avis relatif à *Certaines dépenses* en 1962, et qui semble s'inscrire dans la continuité de la résolution 377 adoptée en 1950⁷.

Pour en terminer sur ce premier aspect, il est intéressant de noter que la Cour semble faire primer le bon exercice de sa fonction judiciaire sur le caractère politique sous tendu par l'avis qu'elle est appelée à rendre (§ 27).

Or dès lors qu'elle se prononçait en ce sens, l'on était en droit de penser qu'elle se prononcerait de manière exhaustive sur tous les aspects de la conformité de la DUI au droit international, c'est-à-dire tant sur sa validité que sur sa portée.

C'est pourtant bien la timidité qui l'a emporté sur le fond. Et de se demander à quoi bon invoquer le bon exercice de sa fonction judiciaire pour ensuite la réduire à une peau de chagrin?

II. L'analyse restrictive de la Cour sur le fond, ou « La question de la question »

On aurait en effet pu penser que dès lors qu'elle décidait de rendre un avis, la Cour s'interrogerait sur tous les aspects de la validité de l'acte dont elle avait pour mission d'apprécier la conformité au droit international. En l'espèce, se prononcer sur la DUI aurait donc logiquement dû la mener à s'arrêter sur la question d'un droit à l'autodétermination au bénéfice du peuple du Kosovo, d'un droit de sécession dit « remède », ainsi que sur la validité de la reconnaissance d'une telle déclaration par les autres Etats.

Mais c'eût été sans compter sur la porte de sortie laissée entrouverte par la rédaction de la question qui lui était posée⁸, dont la Cour fit une interprétation pour le moins restrictive.

En procédant de la sorte, la CIJ délimite strictement le champ de son analyse sur le fond, hypothéquant par la même la portée juridique de l'avis qu'elle s'appête à rendre. Elle considère ainsi qu'elle n'a pas à se prononcer sur les conséquences juridiques de la déclaration dont il lui est demandé d'apprécier la conformité au droit international (§ 50).

Comme le note le juge Simma, elle applique ici un raisonnement tel que celui utilisé dans l'affaire du Lotus par la CPJI, en considérant que tout ce qui n'est pas prohibé est permis, puisque les limites à la souveraineté des Etats ne se présument pas⁹.

S'arrêtant en premier lieu sur le contenu du droit international général, elle constate qu'aucune de ses règles ne prohibe les déclarations unilatérales d'indépendance (§79), et que la pratique du Conseil de sécurité ne permet pas de dégager une telle règle (§ 81). Elle considère en outre, après avoir rappelé le caractère fondamental du principe d'intégrité territoriale, que l'application de celui-ci est circonscrite à la sphère des relations interétatiques (§80), ce qui apparaît pour le moins évasif.

Pour la CIJ, les controverses relatives au droit à l'autodétermination ou à un éventuel droit de sécession-remède se rapportent à la question du droit de se séparer d'un Etat, qui sort du cadre

⁷ La Cour s'appuie d'ailleurs sur la résolution Acheson pour rappeler que l'Assemblée générale dispose de moyens d'actions dans le domaine du maintien de la paix et de la sécurité internationales (§ 42).

⁸ Certains observateurs avaient déjà relevé l'enjeu crucial que représentait l'appréciation de la question dans la décision que la Cour allait rendre. Voir notamment MILANOVIC (M), « Kosovo advisory opinion preview », disponible sur <http://www.ejiltalk.org/kosovo-advisory-opinion-preview/>

⁹ Voir les paragraphes 2 et 3 de son opinion individuelle.

de la question qui lui a été adressée par l'Assemblée générale. Elle va ainsi dans le sens de l'interprétation restrictive qu'elle a faite de la question posée.

Il est vrai que celle-ci n'était pas ainsi rédigée, et que la Cour s'est toujours efforcée de ne pas aller au delà. Mais cette approche minimaliste demeure surprenante compte tenu de la position qu'elle avait adoptée dans de précédentes affaires, consistant dans une certaine mesure à subordonner le bon exercice de sa fonction consultative à l'appréciation de toutes les questions réellement induites dans la question de la requête¹⁰.

Aux termes de son analyse, la Cour en conclut que « le droit international général ne comporte aucune interdiction applicable des déclarations d'indépendance ». Elle se range ainsi à la conception sociologique selon laquelle la déclaration unilatérale d'indépendance est un pur fait dont le droit se contente de prendre acte.

Après avoir replacé la DUI dans son contexte factuel, elle s'interroge dans un second temps sur la *lex specialis* pertinente en l'espèce, qu'elle l'identifie comme étant constituée par la résolution 1244, et par le cadre constitutionnel promulgué par le règlement 2001/9 de la MINUK¹¹(§ 93).

Avant d'apprécier la validité de la DUI au regard de ces textes, la Cour estime toutefois utile, et même indispensable au bon exercice de sa fonction judiciaire, de s'arrêter sur l'identité des auteurs de la Déclaration. La démarche est pour le moins étonnante alors même que la question porte sur la validité de « La déclaration unilatérale d'indépendance *des institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo* » (nous soulignons)¹².

Aux termes d'un raisonnement s'appuyant davantage sur une appréciation de l'intention des auteurs de l'acte que sur des éléments factuels (§ 104 à 108)¹³, elle en conclut que la DUI n'est pas le fait des institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo, mais « de personnes ayant agi de concert en leur qualité de représentants du peuple du Kosovo, en dehors du cadre de l'administration intérimaire » (§ 109).

Alors de deux choses l'une : soit la Cour se prononçait sur le texte visé par la question, à savoir la déclaration effectuée par les institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo, soit elle considérait qu'il n'existait pas en tant que tel, auquel cas on peut s'interroger sur l'opportunité de rendre un avis sur la validité d'un acte inexistant¹⁴!

¹⁰ Sur ce point, le juge Sepulveda-Amor (§ 34 de son opinion) note que la Cour avait déjà fait montre d'une approche bien plus souple, notamment dans l'affaire relative à l'interprétation de l'accord du 25 mars 1951 conclu entre l'OMS et l'Égypte, dans laquelle elle considérait que « if [the Court] is to remain faithful to the requirements of its judicial character in the exercise of its advisory jurisdiction, it must ascertain what are the legal questions really in issue in questions formulated in a request » (Rec. 1980, p. 88, §35).

¹¹ La Cour le considère comme doté d'un caractère juridique international dans la mesure où il « tient sa force obligatoire du caractère contraignant de la résolution 1244 (1999) et, partant, du droit international » (§88)

¹² Dès lors, comme le souligne le vice président Tomka, cet ajustement n'était pas nécessaire puisqu'il avait toujours été affirmé que cette déclaration avait été faite par les autorités transitoires d'administration (§ 21 se son opinion individuelle).

¹³ Voir notamment sur ce point l'opinion individuelle du juge Sepulveda-Amor, paragraphes 23 à 32.

¹⁴ Le juge Bennouna le dit parfaitement : « En supposant même que la Cour en arrive à la conclusion que la déclaration d'indépendance n'a pas été adoptée par l'Assemblée des institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo, en tant que telle, contrairement à l'affirmation de l'Assemblée générale des Nations Unies, ne devrait-elle pas alors user de son pouvoir d'opportunité et ne pas répondre à une question qui aurait été vidée de son contenu et de sa portée ? Car, enfin, l'Assemblée générale n'attend pas de la Cour qu'elle lui donne son avis juridique sur une question qu'elle ne lui a pas posée, à savoir la déclaration émise par une centaine de personnes, sans lien avec l'organisation universelle. » (§ 32 de son opinion individuelle).

Quoi qu'il en soit, et comme le note le juge Koroma, la contradiction est évidente entre la conclusion de la Cour sur ce point, et l'identification de la résolution 1244 et du cadre constitutionnel en tant que *lex specialis* pertinente¹⁵. En effet, quel serait alors le cadre juridique de l'action de ces « Représentants élus du peuple »?

Poursuivant néanmoins ce raisonnement, la Cour en arrive à la conclusion que la Résolution 1244 ne faisait pas obstacle à la déclaration du 17 février 2008 (§ 119), et ce bien qu'il faille rappeler ici que cette résolution prévoit la mise en place d'un statut autonome pour le Kosovo qui tient pleinement compte du principe de la souveraineté et de l'intégrité territoriale de la République fédérale de Yougoslavie¹⁶.

En arrivant enfin à la question de la conformité de la DUI au cadre constitutionnel, et se basant sur son analyse relative à l'identité de ses auteurs, la CIJ considère que ceux-ci ne peuvent avoir excédé les pouvoirs des institutions provisoires d'administration, pour la simple et bonne raison qu'en agissant sous une autre qualité, ils n'étaient pas liés par le cadre constitutionnel.

On perçoit ici toute l'inopportunité de la reformulation de la question, car une telle réponse laisse le droit de penser que si la Cour avait apprécié la conformité de l'acte en tant que fait des institutions provisoires d'administration, sa réponse aurait pu être différente. Ceci amène en outre à se demander en quelle qualité l'« Assemblée démocratiquement élue » qui a effectué la déclaration a agi, et surtout en quoi ceci avait pour conséquence de rendre le cadre constitutionnel inapplicable à son encontre.

CONCLUSION :

Aussi contestable qu'il puisse être sur la forme ou sur le fond, l'avis du 22 juillet est rendu. La question est désormais de savoir quel sera son impact : impact juridique qui est, comme nous avons tenté de le montrer, largement limité; impact politique également, que la Cour n'a pas voulu voir, mais qui était inévitable, comme l'ont montré les réactions suite à l'avis. Et les vivas dans les rues de Pristina de raisonner derrière les mots du président serbe qui affirmait que jamais la Serbie ne reconnaîtrait le Kosovo comme un Etat indépendant... Trente quatre Etats ont participé activement à la procédure en déposant des exposés écrits¹⁷, ou en participant à des débats oraux, et le résumé de leurs positions suffit à montrer que des divergences profondes subsistent.

Sans aller au bout de son raisonnement, la Cour a éludé la question de l'autodétermination, tout en considérant qu'une déclaration d'indépendance, qui en est sans doute une des traductions les plus claires, n'est pas contraire au droit international. Pour certains, l'opinion de la Cour ne constitue pas autre chose qu'un « manuel d'instructions visant à guider l'action de tous les groupes sécessionnistes à travers le monde »¹⁸.

¹⁵ En effet, pour le juge Koroma, « That conclusion simply cannot be correct, since the unilateral declaration of independence was adopted in the context of resolution 1244 (1999) and the Court has acknowledged that the question posed by the General Assembly is a legal question and that resolution 1244 (1999) is the *lex specialis* and applicable in this case » (§ 19 de son opinion individuelle).

¹⁶ Paragraphe 8 de l'annexe 2 de la résolution 1244 du 10 juin 1999, S/RES/1244.

¹⁷ Dans l'ordre du dépôt de leur exposé : la République tchèque, la France, Chypre, la Chine, la Suisse, la Roumanie, l'Albanie, l'Autriche, l'Egypte, l'Allemagne, la Slovaquie, la Fédération de Russie, la Finlande, la Pologne, le Luxembourg, la Jamahiriya arabe libyenne, le Royaume-Uni, les Etats-Unis d'Amérique, la Serbie, l'Espagne, la République islamique d'Iran, l'Estonie, la Norvège, les Pays-Bas, la Slovénie, la Lettonie, le Japon, le Brésil, l'Irlande, le Danemark, l'Argentine, l'Azerbaïdjan, les Maldives, la Sierra Leone et la Bolivie.

Sans aller jusque là, on peut se demander si en détachant la question de la validité de la déclaration de celle de ses effets juridiques, la CIJ n'a pas totalement remis en cause son intérêt juridique.

La portée de l'avis rendu s'en trouve en effet particulièrement affaiblie, puisqu'en éludant les questions les plus importantes, l'organe judiciaire principal des Nations Unies renvoie finalement à l'état du droit existant. Et jusqu'à preuve du contraire, en l'état actuel du droit international, la portée d'une déclaration unilatérale d'indépendance est tributaire de la reconnaissance qu'en feront les autres Etats, sous réserve qu'elle soit exécutée de manière conforme aux normes impératives du droit international, et notamment à la prohibition du recours à la force.

A l'heure qu'il est, 69 Etats ont reconnu la souveraineté du Kosovo, et certains autres avaient annoncé qu'ils se prononceraient suite à la décision de la CIJ. Une admission en tant que membre des Nations Unies constituerait un pas de plus pour les partisans de l'indépendance du Kosovo, étant entendu que celle-ci est loin d'être acquise, puisque conformément à l'article 18§2 de la Charte, elle nécessiterait au sein de l'Assemblée une majorité des deux tiers.

On ne peut toutefois éluder le fait que ce processus de reconnaissance s'en trouve peut être encouragé, ou au moins non dissuadé : admettre que la DUI est un acte conforme au droit international, c'est déjà considérer qu'en la reconnaissant, les Etats tiers n'effectueront pas un acte illicite. Par conséquent, elle pourrait ouvrir la porte à un processus potentiel de reconnaissance.

Encore que...on ne reconnaît pas une déclaration d'indépendance, mais une indépendance...

¹⁸ Paragraphe 4 de l'opinion individuelle du juge Koroma.