

DÉCLARATION DE M. LE JUGE TOMKA, VICE-PRÉSIDENT

[Traduction]

La Cour aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser de répondre à la demande de l'Assemblée générale — Le silence du Conseil de sécurité ne peut être interprété comme une approbation tacite de la déclaration — L'Assemblée générale n'avait pas un « intérêt suffisant » pour solliciter cet avis — L'avis consultatif porte atteinte à l'exercice de ses pouvoirs par le Conseil de sécurité — La conclusion de la Cour ne trouve aucun fondement dans les faits ayant entouré l'adoption de la déclaration d'indépendance — D'importantes parties prenantes au Kosovo et des fonctionnaires de l'Organisation des Nations Unies ont estimé les unes et les autres que l'Assemblée du Kosovo était l'auteur de la déclaration d'indépendance — Le cadre juridique applicable au Kosovo — Le règlement final doit être décidé par accord entre les parties ou par le Conseil de sécurité, mais pas par une partie uniquement.

1. A la majorité de ses membres, la Cour a décidé de répondre à la demande d'avis consultatif de l'Assemblée générale. Elle n'a toutefois donné sa réponse qu'après avoir « ajusté » la question. Il s'agissait d'un ajustement décisif pour que la Cour puisse parvenir à la réponse qui a été donnée — il a en fait été déterminant. Comme l'admettent les membres de la majorité, « l'identité des auteurs de la déclaration d'indépendance [était] un point [pouvant] avoir une incidence sur la réponse à la question de la conformité au droit international de cette déclaration » (avis consultatif, par. 52). En toute conscience judiciaire, bien qu'ayant pleinement connaissance des « réalités sur le terrain »¹, je ne suis pas en mesure d'accompagner mes collègues de la majorité dans cet exercice d'« ajustement ».

POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE ET OPPORTUNITÉ JUDICIAIRE

2. Il s'agit d'une affaire dans laquelle la Cour aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire et se demander s'il convenait de répondre à la question qui lui était posée. Les termes de l'article 65 du Statut, à savoir que « [l]a Cour *peut* donner un avis consultatif » (en anglais: « [t]he Court *may* give an advisory opinion »), ne laissent aucun doute sur le fait que la

¹ Ces réalités sont résumées dans le rapport de M. Ahtisaari, l'envoyé spécial du Secrétaire général, sur le statut futur du Kosovo (Nations Unies, doc. S/2007/168). Elles ont amené ce dernier, après l'échec de ses efforts pour parvenir à un règlement négocié, à recommander que le Kosovo devienne indépendant sous la supervision de la communauté internationale. Bien qu'il ait demandé instamment que le Conseil de sécurité approuve sa proposition de règlement, le Conseil ne l'a pas fait.

Cour n'est pas juridiquement tenue de donner suite à une demande. La Cour s'est vu conférer ce pouvoir discrétionnaire pour protéger l'intégrité de sa fonction judiciaire et sa nature d'organe judiciaire.

3. Pour répondre à la question qui lui avait été posée, la Cour devait non seulement interpréter la résolution 1244 du Conseil de sécurité, mais aussi *déterminer* si un acte adopté par les institutions du Kosovo, lequel avait été placé sous un régime international d'administration territoriale, était ou non conforme au cadre juridique applicable à ce régime et le réglementant, c'est-à-dire à la résolution 1244 du Conseil de sécurité et aux mesures adoptées en vertu de celle-ci, en particulier le cadre constitutionnel.

4. Le Conseil de sécurité, qui demeure activement saisi de questions touchant au Kosovo, ne s'est pas prononcé sur ce point et son silence ne peut être interprété comme une approbation tacite de l'acte adopté le 17 février 2008 ni comme un acquiescement à cet acte, étant donné les désaccords sur ce point exprimés publiquement par ses membres, en particulier ses membres permanents². Ces désaccords persistent et ont été réaffirmés dans le cadre de la présente procédure consultative, aussi bien dans les pièces écrites qu'aux audiences.

5. La demande d'avis consultatif a été adressée à la Cour par l'Assemblée générale. L'Assemblée ne s'occupait pas de la situation au Kosovo lorsque la Serbie a présenté une proposition tendant à ce qu'un avis consultatif soit sollicité. Un nouveau point a dû être inscrit à l'ordre du jour de l'Assemblée générale. L'avis de la majorité ayant été rendu, l'Assemblée est libre d'en débattre, mais, assurément, aussi longtemps que le Conseil de sécurité demeure activement saisi de la situation au Kosovo et exerce ses fonctions en ce qui la concerne, le paragraphe 1 de l'article 12 de la Charte empêche l'Assemblée générale de faire une quelconque recommandation sur le statut du Kosovo. Je ne pense pas que l'Assemblée générale avait «suffisamment intérêt» à demander cet avis consultatif et je souscris à l'appréciation portée à cet égard par le juge Keith dans son opinion individuelle.

6. Par le biais de la question que lui a posée l'*Assemblée générale*, la Cour s'est trouvée impliquée dans les désaccords qui existent au *Conseil de sécurité* à ce propos, le Conseil étant encore activement saisi de celle-ci mais n'ayant pas demandé d'avis à la Cour. Avec la réponse donnée par la majorité, la Cour prend parti alors qu'il aurait été judiciairement approprié qu'elle s'abstînt de le faire.

7. Ainsi que le regretté Manfred Lachs, ancien président de la Cour, l'a sagement fait observer dans une affaire concernant une situation face à laquelle le Conseil de sécurité exerçait activement ses pouvoirs, comme en la présente espèce,

«[i]l importe ... dans le contexte des buts et des principes des

² Voir les déclarations des membres du Conseil de sécurité lors de la séance tenue le 18 février 2008, convoquée quelque vingt-quatre heures après la publication de la déclaration d'indépendance (Nations Unies, doc. S/PV.5839, *passim*).

Nations Unies, que les deux organes principaux spécifiquement habilités à prendre des décisions obligatoires agissent dans l'harmonie — bien que pas, évidemment, de concert — et que chacun d'entre eux s'acquitte de ses fonctions concernant une situation ou un différend dont divers aspects figurent à l'ordre du jour de chacun d'entre eux *sans porter préjudice à l'exercice des pouvoirs de l'autre*» (*Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, C.I.J. Recueil 1992, p. 27; les italiques sont de moi).

8. La réponse donnée par la majorité à la question posée par l'Assemblée générale préjuge de la décision que doit encore prendre le Conseil de sécurité sur la conformité ou non de la déclaration avec la résolution 1244 et le régime international d'administration territoriale mis en place par celle-ci.

9. C'est pourquoi, selon moi, c'est uniquement si la demande d'avis juridique avait émané du Conseil de sécurité qu'il eût été approprié que la Cour y réponde.

LA QUESTION

10. La question posée à la Cour, et approuvée par l'Assemblée générale dans sa résolution 63/3, se lit comme suit: «La déclaration unilatérale d'indépendance des institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo est-elle conforme au droit international?» Cette question est «clairement formulée», en même temps que «circonscrite et précise» (avis consultatif, par. 51). Il n'était donc pas nécessaire de l'«ajuster», si ce n'est pour arriver au résultat recherché.

11. Dans son avis, la majorité conclut, compte tenu de

«l'ensemble de ces éléments[,] ... que la déclaration d'indépendance du 17 février 2008 n'est pas le fait de l'Assemblée du Kosovo en tant qu'institution provisoire d'administration autonome agissant dans les limites du cadre constitutionnel, mais est celui de personnes ayant agi de concert en leur qualité de représentants du peuple du Kosovo, en dehors du cadre de l'administration intérimaire» (*ibid.*, par. 109).

12. Cette conclusion n'a pas de fondement solide dans les faits ayant entouré l'adoption de la déclaration, et n'est rien d'autre qu'une construction intellectuelle relevant du sophisme *post hoc*. Elle implique qu'aucun des acteurs intéressés ne savait exactement qui a adopté la déclaration le 17 février 2008 à Pristina: ni la Serbie, lorsqu'elle a proposé la question; ni les autres Etats qui étaient présents à l'Assemblée générale lorsque celle-ci a adopté la résolution 63/3; ni le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies et son représentant spécial; ni, enfin et

surtout, le premier ministre du Kosovo lorsqu'il a présenté le texte de la déclaration à la session extraordinaire de l'Assemblée du Kosovo!

13. Le ministre serbe des affaires étrangères a, le 15 août 2008, adressé au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies une lettre dans laquelle il demandait l'inscription à l'ordre du jour de la soixante-troisième session de l'Assemblée générale d'un point supplémentaire, intitulé «Demande d'avis consultatif à la Cour internationale de Justice sur la question de savoir si la déclaration unilatérale d'indépendance du Kosovo est conforme au droit international». Le premier paragraphe du mémoire explicatif joint à cette lettre est ainsi libellé:

«Les institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo, province de la République de Serbie sous administration des Nations Unies en application de la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité, ont unilatéralement déclaré l'indépendance du Kosovo le 17 février 2008.» (A/63/195, pièce jointe; les italiques sont de moi.)

14. Cette lettre a été publiée sous forme de document officiel par le Secrétariat de l'ONU le 22 août 2008. Le point a été examiné et l'Assemblée générale a adopté la résolution 63/3 le 8 octobre 2008. Les Etats Membres de l'ONU ont donc ainsi disposé de quelque sept semaines pour examiner la demande serbe et le mémoire explicatif qui l'accompagnait. L'identification par la Serbie de ceux qui avaient adopté la déclaration d'indépendance le 17 février 2008 comme étant «les institutions provisoires d'administration autonome» n'a posé problème à aucun des 191 autres Etats Membres.

15. Le 1^{er} octobre 2008, le représentant permanent du Royaume-Uni, bien connu pour ses hautes compétences et les services remarquables qu'il a rendus au Foreign Office dans le domaine du droit international, a adressé une lettre au président de l'Assemblée générale (A/63/461). Se référant au point 71 de l'ordre du jour, «Demande d'avis consultatif», et au projet de résolution présenté par la Serbie (A/63/L.2), il déclarait dans cette lettre que, «[c]ontribuant à l'examen de ce point de l'ordre du jour, le Royaume-Uni a élaboré ... [une] note ... dans laquelle il soulève plusieurs questions que les membres de l'Assemblée générale souhaiteront peut-être examiner». Nulle part dans cette note n'est exprimé un doute sur le fait que la déclaration a été adoptée par les institutions provisoires. En fait, le Royaume-Uni y fait d'abord observer:

«Le point de l'ordre du jour proposé par la Serbie demande un avis consultatif sur la question de savoir si «la déclaration unilatérale d'indépendance du Kosovo est conforme au droit international». Par contre, la question formulée dans le projet est posée de manière à déterminer si «la déclaration unilatérale d'indépendance par les institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo [est] conforme au droit international.»»

Il considère ensuite que

«il serait utile de savoir si la Serbie cherche à se concentrer sur la question plus étroite de la *compétence des institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo* et, dans l'affirmative, de se demander précisément de quelle manière cette question est liée au statut actuel du Kosovo» (A/63/461, p. 4, par. 7; les italiques sont de moi).

Il n'est donc pas douteux que, en octobre 2008, soit quelque huit mois après la déclaration, le Royaume-Uni considérait que celle-ci avait été adoptée par les institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo. Si tel n'avait pas été le cas, il n'aurait eu aucune raison de demander si la requête concernait «la question plus étroite de la compétence des institutions provisoires».

16. La question posée à la Cour a été approuvée telle qu'elle figure dans le projet de résolution (A/63/L.2), c'est-à-dire désignant précisément les institutions provisoires d'administration autonome. Le ministre serbe des affaires étrangères a présenté le projet à l'Assemblée générale, indiquant expressément que «les *institutions provisoires d'administration autonome ... du Kosovo-Metohija* [avaient] unilatéralement déclaré l'indépendance» (A/63/PV.22, p. 1; les italiques sont de moi). Aucune délégation ayant participé au débat n'a contesté que la déclaration avait été adoptée par les institutions provisoires d'administration autonome. Au contraire, le représentant permanent du Royaume-Uni a indiqué que «l'*Assemblée du Kosovo* a déclaré l'indépendance du Kosovo» (*ibid.*, p. 3; les italiques sont de moi). La représentante des Etats-Unis a mentionné «la déclaration d'indépendance des *institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo*» (*ibid.*, p. 5; les italiques sont de moi). Le représentant permanent de la France a commencé comme suit sa déclaration: «Le 17 février 2008, l'*Assemblée du Kosovo* a déclaré l'indépendance de la République du Kosovo» (*ibid.*, p. 8; les italiques sont de moi). Enfin, l'Assemblée générale elle-même, au deuxième alinéa du préambule de sa résolution 63/3, rappelle que, «le 17 février 2008, les *institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo* ont déclaré leur indépendance vis-à-vis de la Serbie».

17. Lorsque le Conseil de sécurité s'est réuni le 18 février 2008 pour examiner la situation au Kosovo à la lumière de la publication, intervenue la veille, de la déclaration d'indépendance, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies lui a annoncé:

«Hier, mon représentant spécial pour le Kosovo m'a informé que l'*Assemblée des institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo* s'était réunie pour adopter une déclaration d'indépendance par laquelle le Kosovo a été déclaré Etat souverain et indépendant.» (S/PV.5839, p. 2; les italiques sont de moi.)

Il a indiqué la même chose dans le tout premier rapport sur la MINUK qu'il a présenté au Conseil de sécurité après la déclaration d'indépendance, informant le Conseil que, «le 17 février, l'*Assemblée du Kosovo*

a[*vait*] adopté une «déclaration d'indépendance» proclamant le Kosovo Etat indépendant et souverain» (S/2008/211; p. 1, par. 3; les italiques sont de moi)³.

18. Qui était mieux placé pour déterminer en quelle qualité ceux qui avaient adopté la déclaration avaient agi à ce moment critique de l'histoire du Kosovo que le premier ministre de celui-ci, lorsqu'il a solennellement présenté le texte de la déclaration et en a donné lecture à ceux qui étaient assemblés, déclarant à cette occasion :

«Aujourd'hui, le président du Kosovo et moi-même, en ma qualité de premier ministre du Kosovo, avons officiellement demandé ... au président de l'Assemblée, M. Krasniqi[,] de convoquer une *session extraordinaire* dont l'ordre du jour comporte deux points.

Cette invitation à une *session extraordinaire* vous est adressée conformément au cadre constitutionnel pour le Kosovo, en vertu duquel nous présentons les deux points de l'ordre du jour suivants :

1. déclaration d'indépendance du Kosovo,
2. présentation des symboles d'Etat du Kosovo.»⁴

Le président de l'Assemblée du Kosovo considérait également qu'il présidait l'Assemblée lorsqu'il a «invit[é] le premier ministre du Kosovo, M. Hashim Thaçi, à justifier la demande de convocation d'une session *extraordinaire* et solennelle de l'Assemblée»⁵.

19. La majorité a finalement dû admettre que le président de l'Assemblée du Kosovo et le premier ministre du Kosovo avaient «fait référence à l'Assemblée du Kosovo et au cadre constitutionnel» (avis consultatif, par. 104), tout en maintenant son échafaudage intellectuel selon lequel les auteurs de la déclaration avaient «agi de concert en leur qualité de représentants du peuple du Kosovo, en dehors du cadre de l'administration intérimaire» (*ibid.*, par. 109). Les membres de l'Assemblée ne sont-ils pas des «représentants du peuple du Kosovo»? Le président du Kosovo n'est-il pas le représentant du peuple du Kosovo? S'étant réunis, selon les termes du premier ministre, «conformément au cadre constitutionnel pour le Kosovo», ils tenaient à agir conformément à ce cadre et non, comme l'affirme la majorité, en dehors de celui-ci.

³ La majorité a dû «reconnaitre» que le Secrétaire général avait déclaré cela dans son rapport, en essayant de minimiser la pertinence de cette affirmation, en disant qu'il s'agissait «du rapport périodique normal consacré aux activités de la MINUK ... [qui] n'était pas censé constituer une analyse juridique de la déclaration ou de la qualité en laquelle avaient agi ceux qui l'avaient adoptée» (avis consultatif, par. 108).

⁴ Procès-verbal de la session plénière extraordinaire de l'Assemblée du Kosovo tenue le 17 février 2008, contribution écrite de la République du Kosovo, 17 avril 2009, annexe 2, p. 228; les italiques sont de moi.

⁵ *Ibid.*, p. 227; les italiques sont de moi.

20. Bien que la majorité ait cherché à établir «l'identité des auteurs de la déclaration d'indépendance»⁶ et «a[ï]t [finalement] établi [cette] identité» (avis consultatif, par. 110), une telle recherche n'était pas nécessaire, car l'«identité» des intéressés était bien connue, et elle est attestée dans le procès-verbal de la session plénière extraordinaire de l'Assemblée du Kosovo⁷. Il n'était pas non plus nécessaire de chercher à déterminer en quelle «qualité» avaient agi ceux qui avaient adopté la déclaration (*ibid.*, par. 109). Le président de l'Assemblée du Kosovo, qui a présidé la session extraordinaire de celle-ci et fait procéder au vote sur la déclaration, a annoncé les résultats de ce vote dans les termes suivants :

«Je déclare que *les membres de l'Assemblée du Kosovo* ont, ce jour, 17 février 2008, à l'unanimité, *exprimé leur volonté* et celle des citoyens du Kosovo de voir en celui-ci un Etat indépendant, souverain et démocratique.»⁸

Chacun de ceux qui ont signé la déclaration, outre le président du Kosovo, le premier ministre et le président de l'Assemblée, a été «invité» à signer en sa qualité soit de «membre de l'Assemblée du Kosovo», soit de «membre de la présidence» de l'Assemblée⁹. Ils ont apposé leur signature sous la déclaration en qualité de membres de l'Assemblée du Kosovo, comme cela est confirmé *verbis expressis* sur le texte authentique de la déclaration, sur papyrus, en langue albanaise¹⁰. L'affirmation exprimée par la majorité dans l'avis consultatif selon laquelle «[d]ans le texte original albanais (qui constitue le seul texte faisant foi) il n'est indiqué nulle part que la déclaration émane de l'Assemblée du Kosovo» (*ibid.*, par. 107) est donc manifestement inexacte, ce qui ne sert pas la crédibilité de la théorie qu'elle a élaborée.

21. L'Assemblée du Kosovo constituée de ses membres, le président du Kosovo et le Gouvernement du Kosovo, dirigé par le premier ministre, formaient ensemble, le 17 février 2008, les *institutions provisoires d'administration autonome*¹¹ du Kosovo, et ils ont ensemble adopté la déclaration. La question avait donc été correctement formulée dans la demande de l'Assemblée générale et il n'y avait aucune raison de l'«ajuster», puis de modifier ensuite le titre de l'affaire lui-même.

⁶ Voir le titre du chapitre IV, section B.2 a), de l'avis consultatif.

⁷ Voir le procès-verbal de la session plénière extraordinaire de l'Assemblée du Kosovo sur la déclaration d'indépendance tenue le 17 février 2008, contribution écrite de la République du Kosovo, 17 avril 2009, annexe 2, p. 238-245.

⁸ *Ibid.*, p. 238 ; les italiques sont de moi.

⁹ *Ibid.*, p. 239-245.

¹⁰ Voir *ibid.*, p. 207 et 209 (le texte en albanais indique : «Deputetët e Kuvendit të Kosovës», qui signifie «députés de l'Assemblée du Kosovo»).

¹¹ Voir chapitre 9 du cadre constitutionnel d'administration autonome provisoire. L'avis consultatif confirme que le cadre constitutionnel était en vigueur le 17 février 2008 (par. 91).

CADRE JURIDIQUE APPLICABLE AU KOSOVO
AU MOMENT DE L'ADOPTION DE LA DÉCLARATION

22. Le régime juridique international du Kosovo est, depuis le 10 juin 1999, régi par la résolution 1244 (1999) adoptée par le Conseil de sécurité au titre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies et par le cadre constitutionnel.

Le Kosovo a été placé sous administration territoriale internationale en vertu de la résolution 1244. De ce fait, bien que la République fédérale de Yougoslavie demeure le souverain territorial, elle avait cessé d'exercer un contrôle effectif sur le territoire¹².

23. La résolution 1244 du Conseil de sécurité n'a pas évincé la République fédérale de Yougoslavie de son titre sur le territoire en question. Au contraire, elle indique expressément, à l'alinéa 10 de son préambule, que le Conseil de sécurité réaffirme «l'attachement de tous les Etats Membres à la souveraineté et à l'intégrité territoriale de la République fédérale de Yougoslavie et de tous les autres Etats de la région, au sens de l'acte final d'Helsinki et de l'annexe 2 à la présente résolution». Le préambule, qui fait partie intégrante de la résolution 1244, est essentiel pour savoir quels étaient le contexte dans lequel celle-ci a été adoptée et l'intention du Conseil de sécurité lorsqu'il l'a adoptée. Il faut donc prendre en considération le préambule pour interpréter la résolution.

24. En établissant une administration territoriale internationale sur le Kosovo, qui juridiquement demeurerait partie intégrante de la RFY, l'Organisation des Nations Unies a assumé la responsabilité de ce territoire.

25. Le Conseil de sécurité, dans sa résolution 1244, a décidé que «la solution politique de la crise au Kosovo reposera[it] sur les principes généraux énoncés à l'annexe 1 et les principes et conditions plus détaillés figurant à l'annexe 2» (dispositif, par. 1). Les deux annexes renvoient aux principes de la souveraineté et de l'intégrité territoriale de la République fédérale de Yougoslavie.

26. Lorsque le Conseil de sécurité a autorisé le Secrétaire général à établir une présence internationale civile au Kosovo afin d'y assurer une administration intérimaire dans le cadre de laquelle la population du Kosovo pourrait jouir d'une autonomie substantielle au sein de la République fédérale de Yougoslavie (dispositif, par. 10), il a décidé que les principales responsabilités de la présence internationale civile seraient notamment les suivantes :

— faciliter, en attendant un règlement définitif, l'instauration au Kosovo

¹² Le représentant permanent du Royaume-Uni, durant le débat du Conseil de sécurité sur le Kosovo tenu le 18 février 2008, soit le lendemain de l'adoption de la déclaration d'indépendance du Kosovo, devait déclarer : «Au cœur de la controverse d'aujourd'hui, il y a la résolution adoptée à cette table en juin 1999. Dans cette résolution, le Conseil a pris une mesure sans précédent : il a effectivement *privé* Belgrade de son *autorité* sur le Kosovo.» (S/PV.5839, p. 13; les italiques sont de moi.)

d'une autonomie et d'une auto-administration substantielles compte pleinement tenu de l'annexe 2 et des accords de Rambouillet (par. 11 *a*));

- organiser et superviser la mise en place d'institutions provisoires pour une auto-administration autonome et démocratique en attendant un règlement politique, notamment la tenue d'élections (par. 11 *c*));
- faciliter un processus politique visant à déterminer le statut futur du Kosovo, en tenant compte des accords de Rambouillet (par. 11 *e*));
- à un stade final, superviser le transfert des pouvoirs des institutions provisoires du Kosovo aux institutions qui auront été établies dans le cadre d'un règlement politique (par. 11 *f*)).

27. Lorsqu'il a arrêté les responsabilités principales de la présence internationale civile, le Conseil de sécurité n'a pas abdiqué sa responsabilité d'ensemble à l'égard de la situation au Kosovo; il est resté activement saisi de la question (paragraphe 21 de la résolution 1244). Son rôle, en ce qui concerne le règlement final, a été préservé. Les principes directeurs établis par le groupe de contact en vue d'un règlement du statut du Kosovo, qui appuyaient la recommandation du Secrétaire général au Conseil de sécurité tendant à ce que soit lancé un processus visant à déterminer le statut futur du Kosovo conformément à la résolution 1244 du Conseil de sécurité, sont révélateurs. Ils confirment que «[l]e Conseil de sécurité demeurera activement saisi de la question et *devra approuver la décision finale sur le statut du Kosovo*»¹³.

28. Un «règlement final» ne peut être qu'un règlement du différend opposant les parties (c'est-à-dire les autorités de Belgrade et les autorités de Pristina), soit par voie d'accord entre elles, soit par décision d'un organe ayant compétence pour se prononcer. Mais la notion de règlement est manifestement incompatible avec toute mesure unilatérale prise par une des parties en vue de régler le différend contre la volonté de l'autre.

Il suffit de mentionner quelques déclarations faites par plusieurs Etats — particulièrement intéressés par les questions touchant au Kosovo — au Conseil de sécurité.

Le Royaume-Uni a condamné

«les déclarations unilatérales sur le statut final du Kosovo, de quelle partie qu'elles viennent. Nous ne reconnaitrons aucune initiative visant à instaurer des arrangements politiques pour l'ensemble ou une partie du Kosovo, que ce soit unilatéralement ou dans le cadre d'un arrangement qui ne recueille pas l'appui de la communauté internationale» (S/PV.4742, p. 18, Royaume-Uni).

¹³ En anglais, «[t]he Security Council will remain actively seized of the matter. *The final decision on the status of Kosovo should be endorsed by the Security Council*»; voir lettre du 10 novembre 2005 adressée au Secrétaire général par le président du Conseil de sécurité, S/2005/709, annexe; les italiques sont de moi.

Quelques mois plus tard, le même gouvernement a déclaré au Conseil de sécurité que «[t]oute déclaration unilatérale sur le statut, prononcée par l'un ou l'autre camp, paraît totalement inacceptable aux yeux du Royaume-Uni» (S/PV.5017, p. 23). Le Gouvernement français a déclaré en 2003 qu'«[a]ucune avancée ne sera possible au Kosovo sur la base d'actions unilatérales qui seraient contraires à la résolution 1244 (1999) ou qui bafoueraient l'autorité de la MINUK et de la KFOR» (S/PV.4770, p. 6). Le représentant permanent de l'Allemagne a été on ne peut plus clair lorsqu'il a déclaré en 2003 :

«La question du statut final du Kosovo sera traitée en temps opportun et à travers le processus approprié. *Seul le Conseil de sécurité* peut évaluer l'application de la résolution 1244 (1999) et il *a le dernier mot en matière de règlement de la question du statut*. Aucun arrangement ou mesure unilatérale visant à déterminer d'avance le statut du Kosovo — pour l'ensemble ou une partie du Kosovo — ne peut être accepté.» (S/PV.4770, p. 15; les italiques sont de moi.)

Quelques semaines plus tard, le même gouvernement a estimé que, «[s]'agissant du statut futur du Kosovo, les parties doivent comprendre qu'aucun acte unilatéral ne pourra modifier le statut du Kosovo tel qu'énoncé dans la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité» (S/PV.4809).

29. Les négociations sur le statut futur du Kosovo qui se sont déroulées sous les auspices de l'envoyé spécial du Secrétaire général n'ont pas abouti à un accord. L'envoyé spécial a indiqué dans son rapport que «[t]out au long du processus, les deux parties ont réaffirmé à de nombreuses occasions leurs positions *catégoriques*, diamétralement opposées, Belgrade exigeant que l'autonomie du Kosovo s'exerce à l'intérieur de la Serbie tandis que Pristina n'accepte *rien de moins que l'indépendance*»¹⁴. On peut se demander si les parties ont négocié de bonne foi car, comme l'a fait observer la Cour, négocier de bonne foi signifie que

«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» (*Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 47, par. 85; rappelé dans *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 78, par. 141, et dans *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (I), p. 67, par. 146).

¹⁴ Rapport de l'envoyé spécial du Secrétaire général sur le statut futur du Kosovo, S/2007/168, p. 2, par. 2; les italiques sont de moi.

30. L'envoyé spécial, étant lui-même convaincu que la «réincorporation à la Serbie n'est pas une option viable» et que «l'administration internationale ne peut être maintenue», a conclu que «l'indépendance sous supervision internationale est la seule option viable»¹⁵. Aussi a-t-il présenté «[sa] proposition de règlement» et «exhort[é] le Conseil de sécurité à [l']approuver»¹⁶.

31. La proposition de règlement Ahtisaari n'a pas été approuvée par le Conseil de sécurité, seul organe de l'ONU compétent pour ce faire. Parce qu'il était divisé sur la question du statut final du Kosovo, le Conseil de sécurité a une nouvelle fois été contourné. Le représentant permanent du Royaume-Uni a déclaré ouvertement à l'Assemblée générale que, «*en coordination avec un grand nombre des pays qui prenaient le plus activement part à la stabilisation des Balkans*, l'Assemblée du Kosovo a déclaré l'indépendance du Kosovo le 17 février 2008» (Nations Unies, doc. A/63/PV.22, p. 3; les italiques sont de moi). La déclaration d'indépendance du Kosovo a constitué une manière de mettre en pratique dans toute la mesure possible le plan Ahtisaari qui n'avait pas été approuvé¹⁷.

32. La déclaration d'indépendance a été adoptée par les institutions provisoires d'administration autonome «en coordination avec un grand nombre des pays qui prenaient le plus activement part à la stabilisation

¹⁵ Nations Unies, doc. S/2007/168, p. 3-4. Il convient de noter pourquoi, selon l'envoyé spécial, la réincorporation n'était pas une option viable :

«depuis huit ans, le Kosovo et la Serbie sont administrés comme deux entités totalement à part. Par suite de la création de la Mission des Nations Unies au Kosovo (MINUK) par la résolution 1244 (1999), qui a assumé tous les pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaires dans tout le Kosovo, il est de fait que la Serbie n'exerce plus aucune fonction gouvernementale au Kosovo. Cet état de fait indéniable est irréversible. La restauration du pouvoir serbe au Kosovo serait inacceptable pour l'écrasante majorité de sa population. Belgrade ne pourrait rétablir son pouvoir sans provoquer une violente opposition. L'autonomie du Kosovo à l'intérieur des frontières de la Serbie — aussi théorique soit-elle — est tout simplement intenable.» (P. 3, par. 7.)

Le rapport indique à tort que la résolution 1244 a été adoptée à l'unanimité (par. 15).

¹⁶ *Ibid.*, p. 5, par. 16.

¹⁷ Comme l'a écrit un auteur ayant «fait fonction de conseiller du Kosovo dans le cadre d'un grand nombre, si ce n'est de la plupart, des divers processus et négociations de paix» :

«La déclaration a été élaborée en collaboration avec les principaux gouvernements et a été relue par ceux-ci. Elle a été formulée de manière à avoir d'importantes conséquences juridiques pour le Kosovo. En faisant appel à une notion de droit international, celle de «déclaration unilatérale», elle a créé des obligations juridiques *erga omnes*. Ce sont des obligations juridiques susceptibles d'être invoquées par tous les autres Etats et dont ils peuvent exiger l'exécution. En ce sens, on a tenté de remplacer le caractère obligatoire d'une résolution adoptée par le Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII et imposant à la souveraineté du Kosovo les limitations prévues dans le plan Ahtisaari par une autolimitation de sa souveraineté.» (Marc Weller, *Contested Statehood, Kosovo's Struggle for Independence*, Oxford University Press, 2009, p. viii et 231.)

des Balkans»¹⁸ à un moment où le cadre constitutionnel était applicable, comme le confirme l'avis consultatif (par. 91). Or, aux termes du cadre constitutionnel, les relations extérieures étaient la prérogative exclusive du représentant spécial (par. 106).

Auparavant, le représentant spécial n'avait pas hésité, dans l'exercice de sa fonction de supervision, à déclarer nulle et non avenue telle ou telle mesure de l'une des institutions provisoires dont il estimait qu'elle outrepassait les pouvoirs de cette institution (*ultra vires*). Ainsi, le 23 mai 2002, le représentant spécial du Secrétaire général déclara «nulle et non avenue» une résolution adoptée par l'Assemblée du Kosovo visant à contester l'accord frontalier signé en février 2001 par la RFY et l'ex-République yougoslave de Macédoine. Le 7 novembre 2002, l'Assemblée du Kosovo adopta une résolution en réaction à un projet de charte constitutionnelle de la Serbie-et-Monténégro (Nations Unies, dossier n° 186). Le même jour, le représentant spécial du Secrétaire général déclara que cette résolution n'avait «aucun effet juridique» (Nations Unies, dossier n° 187). En février 2003, l'Assemblée du Kosovo était en train d'élaborer une «déclaration concernant le Kosovo, Etat souverain et indépendant» aux termes de laquelle, notamment, «le Kosovo [serait] proclamé ... Etat démocratique, indépendant et souverain» (Nations Unies, dossier n° 188, 3 février 2003, par. 1). Le représentant spécial adjoint principal du Secrétaire général, au nom du représentant spécial du Secrétaire général, informa le président de l'Assemblée du Kosovo que l'examen officiel de cette question par l'Assemblée «serait contraire à la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, au cadre constitutionnel de l'autonomie provisoire au Kosovo et au règlement intérieur provisoire de l'Assemblée». Il indiquait en outre que cette «mesure prise par l'Assemblée du Kosovo ... dépass[ait] son champ de compétences» (Nations Unies, dossier n° 189, 7 février 2003). Dans le même esprit, en novembre 2005, l'Assemblée du Kosovo envisagea d'adopter une déclaration d'indépendance, mais le représentant spécial du Secrétaire général indiqua qu'une telle déclaration «serait contraire à la résolution [1244] du Conseil de sécurité de l'ONU ... et qu'elle n'aurait donc aucun effet juridique» (administration intérimaire des Nations Unies au Kosovo, compte rendu de la conférence de presse du 16 novembre 2005, p. 4-5).

33. Les faits rappelés ci-dessus démontrent que le représentant spécial du Secrétaire général, à qui l'Organisation des Nations Unies avait confié l'administration intérimaire du Kosovo, a jugé un certain nombre d'actes de l'Assemblée du Kosovo, pris entre 2002 et 2005, incompatibles avec le cadre constitutionnel et, en conséquence, avec la résolution 1244 du Conseil de sécurité. Ces actes, qu'ils visent directement à déclarer l'indé-

¹⁸ Cette coordination, reconnue par le représentant permanent du Royaume-Uni (A/63/PV.22, p. 3), est démontrée par la reconnaissance (presque) immédiate de l'indépendance du Kosovo par ces Etats.

pendance du Kosovo ou n'aillent pas jusque-là, ont été considérés comme outrepassant «[le] champ de compétences [de l'Assemblée]» (Nations Unies, dossier n° 189, 7 février 2003), en d'autres termes comme *ultra vires*.

34. La majorité évoque brièvement ces actes outrepassant les compétences des institutions provisoires d'administration autonome au regard du cadre constitutionnel (avis consultatif, par. 108). Elle relève que «[l]e silence du représentant spécial du Secrétaire général face à la déclaration d'indépendance du 17 février 2008» «n'est pas ... dénué d'intérêt», estimant que ce silence «semble indiquer que celui-ci ne la considérait pas comme un acte des institutions provisoires d'administration autonome censé prendre effet dans le cadre de l'ordre juridique dont la supervision lui incombait» (*ibid.*).

Mais l'avis consultatif n'explique aucunement pourquoi des actes qui étaient considérés comme outrepassant les compétences des institutions provisoires entre 2002 et 2005 n'étaient plus considérés ainsi en 2008, alors même que les dispositions du cadre constitutionnel relatives aux compétences de ces institutions n'avaient pas été modifiées et étaient les mêmes en février 2008 qu'en 2005.

On en retire l'impression que le représentant spécial est cette fois demeuré silencieux parce qu'il était parfaitement au courant des efforts en cours pour donner effet dans la mesure du possible au plan Ahtisaari, qui n'avait pas été approuvé, au moyen de la déclaration adoptée par l'Assemblée du Kosovo «en coordination avec un grand nombre des pays qui prenaient le plus activement part à la stabilisation des Balkans».

35. La Cour, organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies (article 92 de la Charte), est supposée promouvoir le respect des règles et mécanismes définis dans la Charte et les décisions adoptées en vertu de celle-ci. Le régime juridique applicable à l'administration territoriale internationale du Kosovo par l'Organisation des Nations Unies demeurait inchangé le 17 février 2008. Ce qui avait assurément évolué était la situation politique et les réalités au Kosovo. La majorité a jugé préférable de tenir compte de cette évolution et de ces réalités politiques¹⁹ plutôt que de la nécessité impérieuse de respecter ces règles, outrepassant ainsi les limites de la réserve judiciaire.

(Signé) Peter TOMKA.

¹⁹ «La déclaration d'indépendance du 17 février 2008 *doit* être appréciée dans le *contexte factuel* qui a conduit à son adoption» (avis consultatif, voir par. 57; les italiques sont de moi), comme si ce contexte factuel déterminait les conclusions juridiques à tirer. De même, la majorité déclare que «la déclaration d'indépendance *doit* être envisagée *dans son contexte plus général*, compte tenu des événements qui ont précédé son adoption, en particulier ceux liés à ce qu'il est convenu d'appeler le «processus de détermination du statut final»» (*ibid.*, par. 104; les italiques sont de moi), comme si ce contexte transformait l'Assemblée, une des institutions provisoires, en quelque chose d'autre.