

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE CANÇADO TRINDADE

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. AVANT-PROPOS	1-3
II. CONSIDÉRATIONS RELATIVES AUX QUESTIONS PRÉLIMINAIRES CONCERNANT LA COMPÉTENCE DE LA COUR ET L'OPPORTUNITÉ JUDICIAIRE D'UNE RÉPONSE DE SA PART EN L'ESPÈCE	4-34
1. La compétence de la Cour, compte tenu du caractère primordial des aspects <i>humanitaires</i>	4-12
2. Le prétendu «pouvoir discrétionnaire» et le devoir de la Cour d'exercer sa fonction consultative	13-34
III. L'ARRIÈRE-PLAN ET LE CONTEXTE FACTUELS DE LA QUESTION POSÉE À LA COUR	35-52
IV. L'AVÈNEMENT DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES ET L'ATTENTION CROISSANTE PORTÉE AUX BESOINS ET ASPIRATIONS DES «PEUPLES» OU DES «POPULATIONS»	53-66
1. La Société des Nations: le régime des mandats	54-58
2. L'Organisation des Nations Unies: le régime de tutelle	59-61
3. L'administration internationale d'un territoire	62-64
4. Le retour de la préoccupation envers les «peuples» ou les «populations»	65-66
V. CONSIDÉRATIONS FONDAMENTALES D'HUMANITÉ DANS LE TRAITEMENT DES PEUPLES SELON LE DROIT DES GENS	67-74
1. Analogies avec le droit privé	68-70
2. La position centrale des peuples dans les origines du droit des gens	71-72
3. La <i>civitas maxima gentium</i> dans la perspective des «pères fondateurs» du droit des gens	73-74
VI. L'ACTUALITÉ DU «DROIT DES GENS»: LA VISION HUMANISTE DE L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL	75-96
1. Les débuts de la reconnaissance judiciaire des droits des êtres humains et des peuples	78-87
2. L'héritage humaniste des expériences passées pour l'administration internationale de territoires sous l'égide des Nations Unies	88-96
VII. LA PRÉOCCUPATION DE L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES DANS SON ENSEMBLE DEVANT LA TRAGÉDIE HUMANITAIRE AU KOSOVO	97-131
1. L'expression réitérée, par le Conseil de sécurité, de sa grave préoccupation devant la tragédie humanitaire au Kosovo	98-102

2. La réaffirmation, par l'Assemblée générale, de sa grave préoccupation devant la tragédie humanitaire au Kosovo	103-114
3. L'expression réitérée, par le Conseil économique et social, de sa grave préoccupation devant la tragédie humanitaire au Kosovo	115-118
4. L'affirmation réitérée, par le Secrétaire général, de sa grave préoccupation devant la tragédie humanitaire au Kosovo	119-129
5. Constat général	130-131
VIII. <i>EX INJURIA JUS NON ORITUR</i>	132-137
IX. CONDITIONS DE VIE DE LA POPULATION DU KOSOVO DEPUIS 1989: EXPOSÉS ET OBSERVATIONS PRÉSENTÉS À LA COUR DANS LE CADRE DE LA PRÉSENTE PROCÉDURE CONSULTATIVE	138-155
1. Exposés et observations présentés dans la phase écrite de la procédure	139-148
2. Déclarations faites dans la phase orale de la procédure	149-155
X. RECONNAISSANCE JUDICIAIRE DES ATROCITÉS AU KOSOVO	156-160
XI. AUTRES PREUVES DES ATROCITÉS COMMISES AU KOSOVO: LE CARACTÈRE CRUCIAL DES SOUFFRANCES DE LA POPULATION	161-168
XII. LA PLACE CENTRALE DES PEUPLES DANS LE DROIT INTERNATIONAL CONTEMPORAIN	169-176
1. Réexamen de la notion de «peuple» ou de «population» et des éléments constitutifs de l'Etat	169-172
2. Le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes en cas d'adversité prolongée ou d'oppression systématique	173-176
XIII. LES PRINCIPES DU DROIT INTERNATIONAL, LE DROIT DES NATIONS UNIES ET LES FINS HUMAINES DE L'ÉTAT	177-211
1. L'intégrité territoriale dans le cadre des fins humaines de l'Etat	177-181
2. Dépassement du paradigme d'un droit international exclusivement interétatique	182-188
3. Le principe fondamental de l'égalité et de la non-discrimination	189-195
4. L'humanité, principe fondamental du droit des Nations Unies	196-211
XIV. VERS UNE CONCEPTION GLOBALE DE L'INCIDENCE DU <i>JUS COGENS</i>	212-217
XV. OBSERVATIONS FINALES: L'INDÉPENDANCE DU KOSOVO SOUS LA SUPERVISION DES NATIONS UNIES	218-240

I. AVANT-PROPOS

1. Si j'ai voté en faveur de l'adoption du présent avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, c'est parce que j'ai souscrit aux conclusions auxquelles la Cour était parvenue et qui sont énoncées dans le dispositif. Toutefois, étant parvenu à ces mêmes conclusions sur la base d'un raisonnement différent de celui de la Cour, je me sens tenu d'exposer les fondements de ma position personnelle sur la question en cause. A cet effet, je commencerai par aborder les questions préliminaires que sont la compétence de la Cour et l'opportunité judiciaire d'une réponse de sa part en l'espèce, en axant mon attention sur le caractère primordial des aspects humanitaires de la question posée à la Cour et sur son devoir d'exercer sa fonction consultative, sans attribuer au «pouvoir discrétionnaire» de la Cour une dimension qu'il n'a pas. Ensuite, j'appellerai l'attention sur la nécessité de procéder à un examen très attentif de l'arrière-plan et du contexte factuels de la question posée à la Cour par l'Assemblée générale des Nations Unies.

2. Je me pencherai ensuite sur l'avènement des organisations internationales et sur l'attention renouvelée et croissante accordée aux besoins et aux aspirations des «peuples» ou des «populations» (dans le cadre du régime des mandats de la Société des Nations, du régime de tutelle de l'Organisation des Nations Unies et des expériences contemporaines de celle-ci en matière d'administration internationale de territoires). Puis j'exposerai (dans les parties V et VI de la présente opinion individuelle) une perspective essentiellement humaniste du traitement des peuples en vertu du droit des gens, des points de vue historique et éthique. J'examinerai (à la partie VII) la grave préoccupation exprimée par l'Organisation des Nations Unies *dans son ensemble* face à la tragédie humanitaire au Kosovo, examen que la Cour a éludé dans le présent avis consultatif.

3. Après avoir rappelé le principe *ex injuria jus non oritur*, j'aborderai (à la partie IX) l'aspect important des conditions de vie de la population du Kosovo (à partir de 1989), sur la base des exposés présentés par les participants à la procédure consultative de la Cour dans ses phases écrite et orale. Je rappellerai également la reconnaissance judiciaire, et citerai d'autres preuves, des atrocités perpétrées au Kosovo (au cours de la décennie 1989-1999) et assignerai une place centrale aux souffrances de la population, conformément à la perspective du droit international contemporain, centré sur la population. J'examinerai ensuite l'intégrité territoriale dans le cadre des fins humaines de l'Etat, le dépassement du paradigme de l'application exclusive du droit international aux relations entre Etats, constaté dans le droit international contemporain, l'importance capitale des principes fondamentaux que sont l'humanité, l'égalité et la non-discrimination et une conception globale de l'incidence du *jus cogens*. La voie sera alors ouverte à la présentation de mes observations finales.

II. CONSIDÉRATIONS RELATIVES AUX QUESTIONS PRÉLIMINAIRES
CONCERNANT LA COMPÉTENCE DE LA COUR ET L'OPPORTUNITÉ JUDICIAIRE
D'UNE RÉPONSE DE SA PART EN L'ESPÈCE

1. *La compétence de la Cour,
compte tenu du caractère primordial des aspects humanitaires*

4. Tout d'abord, la compétence de la Cour pour donner le présent avis consultatif est, selon moi, indubitablement établie par le paragraphe 1 de l'article 65 de son Statut, aux termes duquel la Cour «peut donner un avis consultatif sur toute question juridique, à la demande de tout organe ou institution qui aura été autorisé par la Charte des Nations Unies ou conformément à ses dispositions à demander cet avis». Les conditions requises en la matière sont consignées dans la jurisprudence de la Cour¹. Il appartient à la Cour, qui détermine elle-même sa compétence, de s'assurer que l'avis consultatif est demandé par un organe dûment habilité à cet effet; de fait, aux termes du paragraphe 1 de l'article 96 de la Charte des Nations Unies, l'Assemblée générale peut demander à la Cour internationale de Justice un avis consultatif sur «toute question juridique». Dans sa jurisprudence, la Cour a parfois donné des indications sur la relation entre l'objet des demandes en cause et les activités de l'Assemblée générale².

5. L'article 10 de la Charte des Nations Unies confère à l'Assemblée générale compétence pour «discuter toutes questions ou affaires rentrant dans le cadre de la Charte» et le paragraphe 2 de l'article 11 lui confère spécifiquement compétence pour discuter «toutes questions se rattachant au maintien de la paix et de la sécurité internationales dont elle aura été saisie». La question posée à la Cour par l'Assemblée générale, dans sa résolution 63/3 du 8 octobre 2008, relève du domaine d'activité de celle-ci, qui, à l'instar du Conseil de sécurité, traitait alors de la situation au Kosovo depuis plus de dix ans (voir ci-dessous)³. La principale observation qui pourrait être soulevée en l'espèce concerne le paragraphe 1 de l'article 12 de la Charte des Nations Unies, libellé comme suit:

«Tant que le Conseil de sécurité remplit, à l'égard d'un différend ou d'une situation quelconque, les fonctions qui lui sont attribuées par la présente Charte, l'Assemblée générale ne doit faire aucune

¹ Voir par exemple *Demande de réformation du jugement n° 273 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1982, p. 333, par. 21.

² *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1950, p. 70; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 232-233, par. 11-12; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 145 et 148, par. 16 et 25.

³ S'agissant de la situation au Kosovo, outre les mesures primordiales prises par le Conseil de sécurité, le rôle de l'Assemblée générale a notamment consisté à prendre des décisions — sur l'avis de sa Cinquième Commission — sur le budget de la MINUK, et celui du Secrétaire général, à appuyer le mandat de la MINUK.

recommandation sur ce différend ou cette situation, à moins que le Conseil de sécurité ne le lui demande.»

6. En tout état de cause, une demande d'avis consultatif n'est pas en soi une «recommandation» de l'Assemblée générale concernant «un différend ou une situation». Aux termes de l'article 24 de la Charte, le Conseil de sécurité a «la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales»⁴. Toutefois, l'article 24 de la Charte se réfère à une «responsabilité principale», mais pas exclusive. De fait, aux termes de l'article 14 de la Charte, l'Assemblée générale peut, entre autres, «recommander les mesures propres à assurer l'ajustement pacifique» de toute situation. La Cour elle-même a récemment relevé⁵, s'agissant de l'interprétation de l'article 12 de la Charte des Nations Unies, que, ces dernières années, l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité avaient eu «de plus en plus tendance» à examiner «parallèlement» une même question relative au maintien de la paix et de la sécurité internationales: alors que le Conseil de sécurité tendait à privilégier les aspects touchant à la paix et à la sécurité internationales, l'Assemblée générale abordait ces questions sous un angle plus large et en *examinait également les aspects humanitaires, sociaux et économiques*.

7. S'est constituée à l'Assemblée générale une pratique consistant à faire des recommandations sur des questions dont traitait également le Conseil de sécurité; les Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies n'ont pas émis d'objection à cette pratique⁶ et le Conseil de sécurité ne s'y est pas opposé. Elle est ainsi devenue une «pratique acceptée» de l'Assemblée générale, conforme au paragraphe 1 de l'article 12 de la Charte des Nations Unies. Lorsqu'elle a adopté, le 8 octobre 2008, la résolution 63/3 par laquelle elle a demandé à la Cour un avis consultatif concernant la déclaration d'indépendance des autorités du Kosovo, l'Assemblée générale n'a pas outrepassé les pouvoirs qui lui étaient conférés par le paragraphe 1 de l'article 12 de la Charte des Nations Unies: elle était pleinement habilitée à agir de la sorte, dans l'exercice scrupuleux de ses fonctions telles que définies par la Charte.

8. L'aspect qui reste à déterminer, s'agissant de la compétence de la Cour, est de savoir si la demande de l'Assemblée générale concerne une «question juridique» au sens de la Charte des Nations Unies et du Statut de la CIJ. A ce propos, la Cour a déjà indiqué que les questions «libellées en termes juridiques» et soulevant «des problèmes de droit international» sont, «par leur nature même, susceptibles de recevoir une réponse

⁴ Le Conseil de sécurité a donc le pouvoir d'imposer aux Etats «l'obligation explicite de se conformer aux ordres» qu'il peut émettre au titre du chapitre VII et peut «prescrire des mesures d'exécution par une action coercitive»; voir *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte)*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1962, p. 163.

⁵ Voir *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 149-150, par. 27-28.

⁶ Voir *Annuaire juridique des Nations Unies* (1964), p. 228 et 237.

fondée en droit» et qu'il lui apparaît «qu'elles ont en principe un caractère juridique»⁷. Peu importe que la question juridique posée à la Cour, pour qu'elle exerce sa fonction consultative, comporte également des aspects politiques. On ne saurait douter que la question posée par l'Assemblée générale à la Cour en vue d'obtenir un avis consultatif est une question juridique, puisqu'elle concerne la conformité au *droit international* de la déclaration d'indépendance par les autorités du Kosovo. La jurisprudence de la Cour est à cet égard constante: «[qu'une] question revête par ailleurs des aspects politiques, comme c'est, par la nature des choses, le cas de bon nombre de questions qui viennent à se poser dans la vie internationale, ne suffit pas à la priver de son caractère de «question juridique» et à «enlever à la Cour une compétence qui lui était expressément conférée par son Statut»⁸.

9. La Cour a bien précisé qu'elle ne saurait attribuer un caractère politique à une requête qui l'invite à s'acquitter d'une tâche «essentiellement judiciaire»⁹ concernant la portée des obligations imposées par le droit international¹⁰, à savoir «l'appréciation de la licéité de la conduite éventuelle d'Etats» au regard des obligations que le droit international leur impose¹¹. Dès les premières années d'existence de la Cour, il a été précisé que l'ancienne distinction entre les questions prétendument «juridiques» et «politiques» n'avait pas lieu d'être, car il ne saurait y avoir de question qui, par sa nature intrinsèque, puisse être qualifiée d'essentiellement «juridique» ou «politique»; ces adjectifs concernent plutôt le moyen de résoudre la question en cause¹², qu'il soit «juridique» (judiciaire) ou autre. Il est donc quelque peu surprenant de constater que ce point continue d'être soulevé devant la Cour au fil des ans, sans cohérence.

10. Au vu de ce qui précède, on peut considérer que la présente requête pour avis consultatif adressée à la Cour par l'Assemblée générale dans sa résolution 63/3 du 8 octobre 2008 est conforme aux dispositions

⁷ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 232, par. 11.

⁸ *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1973*, p. 172, par. 14; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 234, par. 13.

⁹ *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1962*, p. 155.

¹⁰ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 155, par. 41.

¹¹ Voir *Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies (article 4 de la Charte), avis consultatif, 1948, C.I.J. Recueil 1947-1948*, p. 61-62; *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 6-7; *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1962*, p. 155. Voir aussi *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 233, par. 13; *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1980*, p. 87, par. 33.

¹² Voir M. Vaucher, *Le problème de la justiciabilité et de la non-justiciabilité en droit international des différends dits «politiques» ou «non-juridiques» et les notions de compétence exclusive et de compétence nationale*, Paris, Pedone, 1951, p. 3-243.

du paragraphe 1 de l'article 96 de la Charte des Nations Unies et à l'article 65 du Statut de la Cour, en ce qui concerne aussi bien la compétence de l'organe demandeur (l'Assemblée générale) que le fond de la requête, et est effectivement une question juridique. Cela suffit à statuer sur la question de la compétence de la Cour. En outre, aucun élément soulevé au cours de la présente procédure consultative ne pouvait conduire la Cour à conclure autrement.

11. En conséquence, je souscris à l'opinion de la Cour, à savoir qu'elle était compétente pour répondre à la demande d'avis consultatif. L'avis rendu aurait dû aborder l'examen des questions posées par l'Assemblée générale (voir ci-dessus) dans une perspective plus large, en mettant l'accent sur les *aspects humanitaires primordiaux* à prendre en compte pour établir la conformité (ou la non-conformité) au droit international de la déclaration d'indépendance en cause. La Cour aurait dû à cet effet soigneusement examiner le *complexe factuel* de la requête pour avis consultatif (voir ci-dessous), de manière à éviter un raisonnement purement théorique.

12. C'est à cet égard que mon raisonnement diffère de celui de la Cour. L'examen du *complexe factuel* revêt une importance considérable, car les déclarations d'indépendance ne sont pas proclamées dans un «vide» social; c'est pourquoi il convient d'examiner au moins leurs causes immédiates. Ce point est nettement plus important que les arguments habituels concernant le prétendu «pouvoir discrétionnaire», longuement traité par la Cour dans le présent avis consultatif. Dans sa pratique concernant l'exercice de sa compétence consultative, la Cour a eu à revenir sur cet argument à maintes reprises. Il aurait suffi de se borner à un bref rappel de la jurisprudence constante de la Cour en la matière, de manière à porter essentiellement l'examen sur d'autres points beaucoup plus importants, tels que l'arrière-plan factuel de la question posée à la Cour par l'Assemblée générale.

2. Le prétendu «pouvoir discrétionnaire» et le devoir de la Cour d'exercer sa fonction consultative

13. La deuxième série de considérations à ce stade préliminaire, qui concerne le «pouvoir discrétionnaire» (plutôt que l'opportunité judiciaire), a été mise en relief dans certains arguments énoncés par divers participants au cours de la procédure. Ces participants ont tenté de persuader la Cour qu'elle devait néanmoins refuser, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de donner l'avis consultatif demandé par l'Assemblée générale, soit parce que la demande concernerait «des affaires ... relev[ant] essentiellement de la compétence nationale d'un Etat» (au sens du paragraphe 7 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies), soit parce que la procédure servirait essentiellement à promouvoir les intérêts de certains Etats et non ceux de l'organe qui avait formulé la requête, que l'avis consultatif de la Cour n'aurait pas de but utile ou aurait des effets nuisibles sur la paix et la sécurité de la région, que le

Kosovo n'aurait pas donné son consentement à la compétence de la Cour, soit encore parce qu'il serait inapproprié d'un point de vue politique que la Cour donne l'avis consultatif demandé. Je trouve que tous ces arguments ne sont absolument pas convaincants.

14. Pour commencer, la Cour elle-même a observé, dans un avis consultatif qu'elle a donné il y a soixante ans, que l'article 65 de son Statut lui donne «le pouvoir d'apprécier si les circonstances de l'espèce sont telles qu'elles doivent la déterminer à ne pas répondre à une demande d'avis»¹³; en outre, elle a averti que «la réponse constitue une participation de la Cour, elle-même «organe des Nations Unies», à l'action de l'Organisation et [que], en principe, elle ne devrait pas être refusée»¹⁴. Conformément à sa jurisprudence constante, seul un «motif déterminant» pourrait conduire la Cour à un refus¹⁵.

15. Quant à l'argument relatif à la compétence nationale (voir ci-dessus), déjà dans l'affaire des *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc* (1923) la Cour permanente de Justice internationale avait établi que «la question de savoir si une certaine matière rentre ou ne rentre pas dans le domaine exclusif d'un Etat est une question essentiellement relative: elle dépend du développement des rapports internationaux» (*avis consultatif*, 1923, *C.P.J.I. série B n° 4*, p. 24). Depuis lors, dans leur pratique constante, conformément à cet *obiter dictum* de la Cour permanente de Justice internationale, aussi bien les organes principaux des Nations Unies que les Etats Membres ont reconnu l'érosion graduelle de l'argument relatif à la compétence nationale aux termes de la Charte des Nations Unies.

16. La doctrine internationale en a elle aussi pris acte. Ainsi, il y a trente-cinq ans, on a fait valoir que l'opposition manifestée par un Etat au nom de la compétence nationale ne pouvait pas empêcher qu'une question soit inscrite à l'ordre du jour d'un organe international qui en était saisi et examinée sur le plan international, ce qui prouvait que le domaine réservé des Etats avait déjà entamé un processus d'érosion durable. Dans ces conditions, la compétence nationale devient un *vestige* du pouvoir discrétionnaire que le droit international reconnaît relever du

¹³ *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1950, p. 72.

¹⁴ *Ibid.*, p. 71.

¹⁵ *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1956, p. 86; *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte), avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1962, p. 155; *Conséquences juridiques pour les Etats 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*, C.I.J. Recueil 1971, p. 27; *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1973, p. 183; *Sahara occidental, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1975, p. 21; *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1989, p. 191; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 235.

domaine réservé des Etats¹⁶. Vingt ans plus tard a été réaffirmée l'idée que le paragraphe 7 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies n'était pas applicable en ce qui concerne le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes: l'application de ce principe était liée à l'examen de problèmes relatifs aux droits de l'homme et ne relevait donc pas de la compétence nationale¹⁷.

17. En fait, la Cour a elle-même déclaré que «la finalité de la fonction consultative n'est pas de régler — du moins pas directement — des différends entre Etats, mais de donner des conseils d'ordre juridique aux organes et institutions qui en font la demande»¹⁸. La pratique de l'Organisation des Nations Unies à l'égard de la crise humanitaire au Kosovo illustre ce consensus selon lequel les pouvoirs de ses principaux organes (en particulier le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale) d'adopter et de mettre en œuvre des mesures afin d'assurer le maintien de la paix et de la sécurité internationales sont relativement larges et ne doivent pas être limités par des exceptions concernant la compétence nationale d'Etats donnés. Dès lors, la Cour, «organe judiciaire principal des Nations Unies» (article 92 de la Charte des Nations Unies), ne peut retenir l'exception relative à la compétence nationale comme motif pour refuser d'exercer sa fonction consultative — et cela s'applique à la présente requête pour avis consultatif sur la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*.

18. Certains participants à la présente instance ont avancé un autre argument, à savoir que la procédure consultative serait utilisée au premier chef pour promouvoir les intérêts de certains Etats et non les préoccupations de l'Assemblée générale, organe de l'ONU qui a formulé la requête. Quelques participants ont fait valoir en outre que, la résolution 63/3 de l'Assemblée générale ayant été adoptée à une faible majorité à l'issue d'un vote, la Cour devrait être extrêmement prudente lorsqu'elle donnerait l'avis consultatif, si elle le donnait; selon eux, la Cour devait faire preuve d'une très grande modération. A mon sens, cet argument n'est autre qu'une pétition de principe.

19. Toutes ces considérations ont dû être présentes à l'esprit des participants aux débats relatifs au projet de résolution de l'Assemblée générale¹⁹, au cours desquels tous les Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies ont eu la possibilité d'exprimer leurs vues en faveur ou non de l'adoption du projet de résolution. C'est la Serbie qui, à l'origine,

¹⁶ A. A. Cançado Trindade, «The Domestic Jurisdiction of States in the Practice of the United Nations and Regional Organisations», *International and Comparative Law Quarterly* (1976), vol. 25, p. 713-765.

¹⁷ A. Cassese, «Self-Determination of Peoples — A Legal Reappraisal», Cambridge University Press, 1995, p. 174 et suiv.

¹⁸ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 236, par. 15; *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 71.

¹⁹ Nations Unies, doc. A/63/L.2.

a proposé l'inscription de cette question à l'ordre du jour de l'Assemblée générale: tous les Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies ont eu la possibilité de faire connaître leurs vues lors de son examen. Les circonstances dans lesquelles le projet de résolution a été adopté — à une faible majorité, les voix étant divisées — n'ont selon moi rien à voir avec le fond du problème.

20. La résolution 63/3 (2008) a été adoptée par l'Assemblée générale et non pas seulement par les Etats qui ont voté pour le projet de résolution. Cela résulte de la personnalité juridique internationale de l'Organisation des Nations Unies, qui est dotée d'une *volonté* propre, distincte sans conteste de la somme des volontés de ses Etats Membres ou de certains d'entre eux (ceux qui votent pour une résolution de l'un de ses organes principaux). Dans la *présente espèce*, les Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies ont examiné la question à l'Assemblée générale et *celle-ci*, parce qu'elle est l'un des principaux organes de l'Organisation, a décidé de faire de la déclaration d'indépendance du Kosovo une question préoccupant les Nations Unies.

21. La Cour devait donc procéder avec prudence — comme elle l'a évidemment fait —, mais sans se sentir entravée pour donner le présent avis consultatif. Il ne lui appartenait pas de s'étendre sur les circonstances dans lesquelles s'était déroulé le débat politique précédant l'adoption de la résolution 63/3 (2008) de l'Assemblée générale. La Cour elle-même a précisé que «l'avis est donné par la Cour, non aux Etats, mais à l'organe habilité pour le lui demander»²⁰. La communauté internationale escompte que la Cour s'acquitte pleinement des responsabilités qui sont les siennes, sans succomber à des appréhensions ou à des craintes nourries par la sensibilité apparente de certains Etats. Il lui appartient de dire le droit (*juris dictio*)²¹.

22. En tout état de cause, il incombe à la Cour d'évaluer les conséquences de sa décision de donner un avis consultatif, compte tenu du fait qu'elle ne peut pas s'abstenir complètement d'exercer sa fonction consultative qui consiste à *dire le droit* (*juris dictio*). Après tout, la Cour a indiqué, il y a soixante ans, que la réponse à une demande d'avis consultatif

²⁰ *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 71.

²¹ La Cour a, en plusieurs occasions, indiqué qu'elle «peut donner un avis consultatif sur toute question juridique, abstraite ou non». *Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies (article 4 de la Charte), avis consultatif, 1948, C.I.J. Recueil 1947-1948*, p. 61; *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1954*, p. 51; *Conséquences juridiques pour les Etats 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, C.I.J. Recueil 1971*, p. 27, par. 40; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 234, par. 14; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 154, par. 40.

«constitue une participation de la Cour ... à l'action de l'Organisation et [que], en principe, elle ne devrait pas être refusée»²².

23. En conséquence, l'argument de quelques participants à la présente procédure selon lequel l'avis consultatif de la Cour n'aurait aucune utilité me semble totalement dénué de fondement. Il en va de même pour la prétendue absence d'«effet pratique» de l'avis de la Cour: cette assertion n'est autre qu'une pétition de principe. On peut rappeler à cet égard la jurisprudence constante de la Cour en la matière²³. *En l'espèce*, il incombe à celle-ci de donner un avis sur la question de la conformité au droit international de la déclaration d'indépendance relative au Kosovo; il appartient à l'Assemblée générale de tirer ses propres conclusions de l'avis de la Cour et de les appliquer à la manière dont elle traitera de la situation au Kosovo. En procédant de la sorte, la Cour contribue à l'*état de droit* au niveau international, question qui, depuis le Sommet mondial des Nations Unies de 2005, fait l'objet d'un intérêt et d'une attention accrues et constitue depuis 2006 un point important de l'ordre du jour («L'état de droit aux niveaux national et international») de l'Assemblée générale des Nations Unies²⁴.

24. L'argument suivant, qui concerne apparemment la «discretion» judiciaire ou l'opportunité judiciaire pour la Cour de se prononcer, et selon lequel l'avis de la Cour pourrait avoir des «effets nocifs pour la paix et la sécurité» de la région, n'est lui aussi qu'une pétition de principe. Il n'y a rien de nouveau sous le soleil et la Cour elle-même a déjà répondu à des arguments de cet ordre dans des avis consultatifs. Ainsi, dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (1996), la Cour a-t-elle déclaré:

«Il a ... été soutenu qu'une réponse de la Cour en l'espèce pourrait être préjudiciable aux négociations sur le désarmement et serait, en

²² *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 71.

²³ Ainsi, dans son avis consultatif sur le *Sahara occidental* (C.I.J. Recueil 1975, p. 12), la Cour a fait valoir qu'«aucune disposition de la Charte ou du Statut ne limite à des questions juridiques relatives à des droits et des obligations existants soit la compétence de l'Assemblée générale pour demander un avis consultatif soit la compétence de la Cour pour y donner suite » (*ibid.*, p. 19, par. 18). L'avis consultatif de la Cour fournira à l'Assemblée générale «des éléments de caractère juridique qui lui seront utiles quand elle traitera à nouveau» de la question en cause (*ibid.*, p. 37, par. 72). Précédemment, dans son avis consultatif sur les *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (C.I.J. Recueil 1951, p. 15), la Cour a observé que «l'objet de la présente demande d'avis est d'éclairer les Nations Unies dans leur action propre» (*ibid.*, p. 19). Il y a à peu près cinq ans, la Cour a souligné que, comme il ressort clairement de sa jurisprudence constante, «les avis consultatifs servent à fournir aux organes qui les sollicitent les éléments de caractère juridique qui leur sont nécessaires dans le cadre de leurs activités»; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 162, par. 60.

²⁴ Voir Assemblée générale des Nations Unies, résolutions 61/39 du 18 décembre 2006, 62/70 du 6 décembre 2007, 63/128 du 11 décembre 2008, 64/116 du 16 décembre 2009.

conséquence, contraire à l'intérêt de l'Organisation des Nations Unies. La Cour sait que, quelles que soient les conclusions auxquelles elle pourrait parvenir dans l'avis qu'elle donnerait, ces conclusions seraient pertinentes au regard du débat qui se poursuit à l'Assemblée générale et apporteraient dans les négociations sur la question un élément supplémentaire. Mais, au-delà de cette constatation, l'effet qu'aurait cet avis est une question d'appréciation.» (C.I.J. *Recueil 1996 (I)*, p. 237, par. 17.)²⁵

25. Il n'appartient pas à la Cour de conjecturer sur les effets que pourraient avoir ses avis consultatifs; selon moi, il lui incombe plutôt de contribuer, dans l'exercice scrupuleux de sa fonction consultative, à la *primauté de l'état de droit* dans la conduite des relations internationales. Cela peut tout à fait aider à apaiser les tensions et les controverses politiques dans la région concernée. Dans le passé plus lointain, certains étaient partisans de laisser à la Cour de La Haye une grande liberté d'action pour décider s'il convenait de donner ou non un avis consultatif; cette tendance a fait place à celle selon laquelle il est acceptable que la Cour exerce ce pouvoir discrétionnaire, mais seulement à titre exceptionnel et compte tenu de «raisons décisives» (*compelling reasons*). Une tendance plus éclairée rejette l'exercice du pouvoir discrétionnaire et n'envisage l'irrecevabilité qu'aux seules fins de protéger l'intégrité judiciaire²⁶.

26. La Cour semble s'être livrée à une confusion inutile au paragraphe 29 du présent avis consultatif sur la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, lorsque, regrettamment, elle a admis avoir limité sa fonction consultative, assignant au prétendu «pouvoir discrétionnaire» une dimension qu'il n'a pas. Elle a confondu le pouvoir discrétionnaire et l'opportunité d'exercer sa fonction judiciaire, et elle a omis de mettre en avant la position dynamique qu'elle a adoptée à juste titre depuis la création de l'ONU, dans l'exercice de sa fonction consultative, en sa qualité d'«organe judiciaire principal des Nations Unies» (article 92 de la Charte des Nations Unies) et en tant que gardien ultime de la prééminence du droit dans la conduite des relations internationales²⁷. Dans cet ordre d'idées, il est quelque peu

²⁵ Voir également *Sahara occidental, avis consultatif*, C.I.J. *Recueil 1975*, p. 37, par. 73.

²⁶ Voir R. Kolb, «De la prétendue discrétion de la Cour internationale de Justice de refuser de donner un avis consultatif», dans *The International Legal System in Quest of Equity and Universality — Liber Amicorum G. Abi-Saab* (L. Boisson de Chazournes et V. Gowlland-Debbas, dir. publ.), La Haye, Nijhoff, 2001, p. 614-618, et voir p. 619-627.

²⁷ Dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (2004), la Cour a rappelé que

«[l]a Cour actuelle n'a jamais, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, refusé de répondre à une demande d'avis consultatif... La devancière de la Cour, la Cour permanente de Justice internationale, estima une seule fois ne pas devoir répondre à la question qui lui avait été posée (*Statut de la Carélie orientale, avis consultatif, 1923, C.P.J.I. série B n° 5*).» (C.I.J. *Recueil 2004 (I)*, p. 156-157, par. 44.)

préoccupant de constater, dans le libellé malheureux du paragraphe 29, que le fantôme de la *Carélie orientale* semble, tel le phénix, renaître de ses cendres...

27. La fonction consultative de la Cour n'est pas une simple faculté, dont elle peut user comme bon lui semble: cette *fonction* de la Cour, organe judiciaire principal des Nations Unies, revêt en dernière analyse une importance capitale pour la communauté internationale tout entière. Il appartient à un organe politique, comme l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité, d'exercer son pouvoir discrétionnaire lorsqu'il décide de demander un avis consultatif à la Cour. Cette dernière, lorsqu'elle est saisie d'une question — qu'il s'agisse d'une demande d'avis consultatif ou d'une affaire contentieuse —, a le devoir de s'acquitter scrupuleusement de ses fonctions judiciaires, qu'il s'agisse de procédures consultatives ou d'affaires contentieuses. Il n'appartient pas à la Cour d'évaluer l'opportunité d'un avis consultatif et je suis surpris qu'elle ait consacré tant d'attention à cette question dans le présent avis (par. 29 à 48), au point de s'attacher à des questions techniques (aux paragraphes 36 et 39, concernant les rôles et les pouvoirs respectifs du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale) et d'éviter d'examiner soigneusement l'arrière-plan factuel (voir ci-dessous) de la *grave crise humanitaire au Kosovo*, porté à son attention par plusieurs participants au cours des phases écrite et orale de la procédure.

28. Après tout, notre époque est celle où les tribunaux internationaux se multiplient de façon rassurante, ce qui témoigne d'une prise de conscience de la primauté du droit sur la force. Elle est celle de la «juridictionnalisation» du droit et des relations internationales, ce qui montre combien les modalités de règlement pacifique des différends se sont améliorées. Elle est celle de l'*expansion de la compétence internationale*, ce qui témoigne des progrès de la notion de justice objective. Elle est celle où toujours davantage d'attention est portée aux progrès de l'*état de droit* aux niveaux national et international, cause à laquelle l'Organisation des Nations Unies dans son ensemble est attachée, en particulier depuis 2006 (voir ci-dessus). Invoquer le «pouvoir discrétionnaire» et insister sur cette notion — de façon quelque peu discrétionnaire — c'est, me semble-t-il, méconnaître, voire même entraver, l'évolution de la fonction judiciaire en droit international contemporain. La prise de conscience du phénomène contemporain rassurant qu'est la juridictionnalisation a heureusement prévalu en fin de compte sur une politisation abusive, sous-jacente dans certains arguments que la Cour a examinés et qu'elle aurait vite dû rejeter.

29. Passant à un autre aspect connexe, il me semble clair, en outre, que la Cour est pleinement habilitée, si elle le juge nécessaire, à reformuler la question qui lui est posée dans la requête pour avis consultatif, afin de la préciser. En conséquence, la prétendue absence de clarté ou de précision dans le libellé d'une question ne saurait être invoquée pour priver la Cour de sa compétence. Bien au contraire, la Cour peut avoir à préciser ou reformuler tout élément ambigu. De fait, au fil des décennies, aussi bien

la Cour permanente de Justice internationale que la Cour internationale de Justice ont constaté à maintes reprises que le libellé d'un avis consultatif n'énonçait pas précisément la question sur laquelle l'avis de la Cour était recherché²⁸ ou bien ne correspondait pas «à la véritable question juridique» soumise à la Cour²⁹. Dans un cas en particulier, la Cour a noté que la question qui lui était soumise, «considérée en elle-même, appar[aissait] à la fois mal posée et vague»³⁰.

30. La Cour a donc souvent été amenée à élargir, interpréter, voire reformuler, les questions qui lui étaient posées³¹; elle a en conséquence jugé bon de «détermin[er] les principes et règles existants», de les interpréter et de les appliquer, apportant ainsi à la question posée «une réponse fondée en droit»³². Cela élimine l'argument tout à fait contestable, voire inacceptable, selon lequel il était politiquement inopportun que la Cour donne le présent avis consultatif. Un tel argument ne devrait tout simplement pas être soulevé devant «l'organe judiciaire principal des Nations Unies» (article 92 de la Charte des Nations Unies), qui ne saurait attribuer un caractère politique à une requête qui l'invite à s'acquitter d'une tâche essentiellement judiciaire³³. La Cour elle-même a fait valoir à cet égard que :

«lorsque des considérations politiques jouent un rôle marquant, il peut être particulièrement nécessaire à une organisation internationale d'obtenir un avis consultatif de la Cour sur les principes juridiques applicables à la matière en discussion»³⁴.

31. Toutefois, un autre argument de cet ordre a été soulevé au cours de la présente procédure consultative; il tenait au fait que le Kosovo n'a pas consenti à la juridiction de la Cour, et consistait à dire que, d'un point de vue judiciaire, il était donc pour elle inopportun de se prononcer *en l'espèce*: la Cour devait ainsi s'abstenir d'exercer sa compétence parce que la demande de l'Assemblée générale concernait un différend bilatéral entre le Kosovo et la Serbie, au sujet duquel le Kosovo n'avait

²⁸ Voir par exemple *Interprétation de l'accord gréco-turc du 1^{er} décembre 1926 (protocole final, article IV), avis consultatif, 1928, C.P.J.I. série B n° 6, p. 14-16.*

²⁹ *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1980, p. 87-89, par. 34-36.*

³⁰ *Demande de réformation du jugement n° 273 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1982, p. 348, par. 46.*

³¹ Outre les trois avis consultatifs précités, voir *Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1956, p. 25, et Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1962, p. 157-162.*

³² *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 233, par. 13; Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 153, par. 38.*

³³ *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1962, p. 155.*

³⁴ *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1980, p. 87, par. 33.*

pas consenti à la juridiction de la Cour. Cet argument me semble lui aussi peu convaincant et mal fondé.

32. Il est bien connu que le consentement est une condition préalable à l'exercice, par la Cour, de sa fonction *contentieuse* et non pas consultative. Il ne saurait en être autrement, puisque les avis consultatifs sont donnés pour orienter ou guider l'Organisation des Nations Unies et ses organes. La Cour elle-même a précisé cet aspect, il y a soixante ans, dans son célèbre avis consultatif donné dans la procédure relative à l'*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase* (1950). Selon elle :

«Le consentement des Etats parties à un différend est le fondement de la juridiction de la Cour en matière contentieuse. Il en est autrement en matière d'avis, alors même que la demande d'avis a trait à une question juridique actuellement pendante entre Etats. La réponse de la Cour n'a qu'un caractère consultatif : comme telle, elle ne saurait avoir d'effets obligatoires. Il en résulte qu'aucun Etat, membre ou non-membre des Nations Unies, n'a qualité pour empêcher que soit donné suite à une demande d'avis dont les Nations Unies, pour s'éclairer dans leur action propre, auraient reconnu l'opportunité. L'avis est donné par la Cour non aux Etats, mais à l'organe habilité pour le lui demander ; la réponse ... de la Cour ... ne devrait pas être refusée.»³⁵ (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 71.)

En l'espèce, la demande d'avis consultatif avait pour objet d'éclairer l'Assemblée générale sur la conformité ou la non-conformité au droit international de la déclaration d'indépendance émanant des autorités du Kosovo.

33. Il convient en outre d'avoir à l'esprit que, si la nécessité d'obtenir le consentement préalable des Etats a toujours été un obstacle à l'exercice de la fonction de la Cour en matière de règlement d'affaires contentieuses, elle ne l'a jamais été en ce qui concerne l'exercice de sa fonction consultative, qui n'est nullement subordonné au consentement préalable des Etats. En l'espèce, la Cour peut non seulement préciser, pour être en mesure de donner l'avis consultatif demandé, les questions qui lui sont posées, mais aussi contribuer ce faisant au développement progressif du droit international. On peut voir trois exemples remarquables de cette contribution dans les avis consultatifs novateurs qu'elle a donnés dans les

³⁵ La Cour a suivi le même raisonnement, il y a cinq ans, dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (2004). Après avoir examiné «l'opposition marquée par certains Etats intéressés à la requête [pour avis consultatif] émanant de l'Assemblée générale sous l'angle de l'opportunité judiciaire», elle a considéré que :

«L'objet de la requête dont la Cour est saisie est d'obtenir de celle-ci un avis que l'Assemblée générale estime utile pour exercer comme il convient ses fonctions. L'avis est demandé à l'égard d'une question qui intéresse tout particulièrement les Nations Unies, et qui s'inscrit dans un cadre bien plus large que celui d'un différend bilatéral.» (*C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 159, par. 50.)

procédures relatives à la *Réparation de dommages subis au service des Nations Unies* en 1949, aux *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* en 1951 et aux *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité* en 1971.

34. En résumé, pour conclure sur la question préliminaire à l'examen, aucun des arguments soulevés au cours de la présente procédure consultative dans l'objectif de persuader la Cour de s'abstenir d'exercer sa fonction consultative à l'égard de la déclaration d'indépendance du Kosovo par les autorités kosovares ne résiste à un examen approfondi. La compétence de la Cour est pleinement établie en l'espèce (voir ci-dessus) et aucune raison impérieuse n'empêchait la Cour de l'exercer. Il n'y a pas grand-chose d'autre à préciser en la matière. Ma conclusion est qu'il n'appartient absolument pas à la Cour d'exercer un pouvoir « discrétionnaire » ; la Cour doit remplir sa fonction consultative et devait donner, comme elle vient de le faire, l'avis consultatif demandé, s'acquittant ainsi scrupuleusement des fonctions qui lui incombent en sa qualité d'organe judiciaire principal des Nations Unies. En revanche, selon moi, la Cour aurait dû consacrer bien davantage d'attention, dans le présent avis consultatif, au contexte factuel et, en particulier, à l'arrière-plan factuel de la question à l'examen.

III. L'ARRIÈRE-PLAN ET LE CONTEXTE FACTUELS DE LA QUESTION POSÉE À LA COUR

35. Dans le présent avis consultatif sur la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, la Cour a suivi une approche minimaliste en ce qui concerne l'arrière-plan factuel de la question que lui a posée l'Assemblée générale, axant son attention sur la déclaration d'indépendance du Kosovo du 17 février 2008 et faisant abstraction de ses *causes*, qui résident dans la tragique succession de faits qui a constitué la *crise humanitaire grave* et prolongée du Kosovo, laquelle a abouti à l'adoption, par le Conseil de sécurité, de sa résolution 1244 (1999). En tant que membre de la Cour, je me sens tenu d'examiner cet arrière-plan factuel dans la présente opinion individuelle, compte tenu du fait que la Cour ne semble pas avoir jugé nécessaire de le faire, c'est-à-dire d'étudier soigneusement la *grave crise humanitaire* au Kosovo. Ce point, auquel j'accorde une grande pertinence, a été porté à plusieurs reprises à l'attention de la Cour au cours de la présente procédure consultative, par plusieurs participants, tant lors de la phase écrite que lors de la phase orale. La Cour, peut-être à l'instar de l'espèce humaine, « ne peut pas supporter beaucoup de réalité »³⁶.

³⁶ Traduction de M. Fleuchère, *Meurtre dans la cathédrale*, Paris, éd. du Seuil, 1946.

36. Aussi, abordant l'arrière-plan factuel et le contexte de la question faisant l'objet de la requête pour avis consultatif soumise par l'Assemblée générale, je souhaiterais appeler l'attention sur le fait que, par le passé, et de manière très nette, la Cour a jugé approprié de s'attarder sur *toute la gamme des faits* qui avaient abouti aux questions portées à sa connaissance afin qu'elle donne un avis consultatif. Ainsi a-t-elle, dans son célèbre avis consultatif de 1971 sur les *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, déclaré ce qui suit :

«C'est un fait incontesté, et d'ailleurs abondamment démontré par les documents joints à l'exposé écrit de l'Afrique du Sud, que la politique officielle du Gouvernement sud-africain en Namibie tend à une séparation physique complète des races et des groupes ethniques, chacun étant installé dans une zone distincte du territoire. Ainsi que l'Afrique du Sud l'a reconnu, la mise en œuvre de cette politique nécessite des mesures restrictives de contrôle, adoptées et appliquées officiellement dans le territoire par le pouvoir coercitif de l'ancien mandataire. Ces mesures ont pour objet de limiter, d'exclure ou de restreindre la participation des membres des groupes de population autochtones à certains types d'activité, à certains domaines d'étude ou de formation et à certains travaux ou emplois, et d'imposer aux autochtones des restrictions ou des prohibitions en matière de résidence et de déplacement dans de vastes régions du territoire.

En vertu de la Charte des Nations Unies, l'ancien mandataire s'était engagé à observer et à respecter, dans un territoire ayant un statut international, les droits de l'homme et les libertés fondamentales pour tous sans distinction de race. Le fait d'établir et d'imposer, au contraire, des distinctions, exclusions, restrictions et limitations qui sont uniquement fondées sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique et qui constituent un déni des droits fondamentaux de la personne humaine, est une violation flagrante des buts et principes de la Charte.» (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 57, par. 130 et 131.)

37. De même, dans son avis consultatif de 1975 sur le *Sahara occidental*, la Cour a examiné la question portée à sa connaissance «compte tenu du contexte particulier de ce territoire et de cette organisation sociale et politique de la population» (*C.I.J. Recueil 1995*, p. 42, par. 89), ce qui l'a conduite à procéder à un examen détaillé des faits (*ibid.*, p. 42-49, par. 90-107). A nouveau, dans son avis consultatif de 2004 sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*,

Pour paraphraser le monologue de Thomas Becket à Canterbury, sa prémonition face à l'imminence de son sacrifice: «Human kind cannot bear very much reality»; voir T. S. Eliot, «Murder in the Cathedral» (1935), dans *The Complete Poems and Plays 1909-1950*, New York/Londres, Harcourt Brace & Co., 1980 (réimpr.), p. 208-209.

avant de déterminer les principes et règles du droit international pertinents pour évaluer la licéité des mesures prises par Israël, la Cour, se fondant sur le rapport du Secrétaire général, a longuement décrit les ouvrages qu'Israël avait construits ou prévoyait de construire. L'avis consultatif expose en détail les conséquences de ces travaux pour les Palestiniens (*C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 168-171, par. 79-85). La Cour a ajouté que, «pour ce qui est des développements postérieurs à la diffusion» du rapport du Secrétaire général, elle se référerait aux informations complémentaires contenues dans l'exposé écrit de l'Organisation des Nations Unies, par lequel le Secrétaire général avait entendu mettre à jour ce rapport (*ibid.*, p. 168, par. 79).

38. En une autre occasion, dans l'arrêt qu'elle a rendu le 19 décembre 2005 en l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, la Cour, après avoir soigneusement examiné l'arrière-plan factuel de l'affaire et les éléments de preuve produits, a relevé ce qui suit :

«Il existe des éléments de preuve crédibles suffisants pour conclure que les troupes des UPDF ont commis des meurtres, des actes de torture et d'autres formes de traitement inhumain à l'encontre de la population civile, qu'elles ont détruit des villages et des bâtiments civils, qu'elles ont manqué d'établir une distinction entre cibles civiles et militaires et de protéger la population civile lors d'affrontements avec d'autres combattants, qu'elles ont incité au conflit ethnique et ont manqué de prendre des mesures visant à mettre un terme à celui-ci, qu'elles ont été impliquées dans l'entraînement d'enfants soldats et qu'elles n'ont pris aucune mesure visant à assurer le respect des droits de l'homme et du droit international humanitaire dans les territoires qu'elles occupaient.» (*C.I.J. Recueil 2005*, p. 241, par. 211.)

Dans ce même arrêt de 2005 en l'affaire opposant la République démocratique du Congo et l'Ouganda, la Cour a ajouté :

«les actes commis par les diverses parties à ce conflit complexe que connaît la RDC ont contribué aux immenses souffrances de la population congolaise. La Cour est profondément consciente que de nombreuses atrocités ont été commises au cours du conflit» (*ibid.*, p. 245, par. 221).

39. En une autre occasion, dans son ordonnance du 10 juillet 2002 rendue en l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, la Cour, tenant compte du contexte factuel, s'est déclarée «profondément préoccupée par le drame humain, les pertes en vies humaines et les terribles souffrances que l'on déplore dans l'est de la République démocratique du Congo à la suite des combats qui s'y poursuivent» (*C.I.J. Recueil 2002*, p. 240, par. 54). De même, dans son ordonnance du 2 juin 1999 concernant la demande en indication de mesures conservatoires en l'affaire de la *Licéité de l'emploi de la force*, la Cour a noté qu'elle était

«profondément préoccupée par le drame humain, les pertes en vies humaines et les terribles souffrances que connaît le Kosovo et qui constituent la toile de fond du présent différend, ainsi que par les victimes et les souffrances humaines que l'on déplore de façon continue dans l'ensemble de la Yougoslavie»³⁷.

A chacune de ces occasions, comme l'on pouvait s'y attendre, la Cour n'a pas hésité à s'attarder sur l'*arrière-plan factuel* des affaires et des questions portées à sa connaissance, avant de statuer sur elles.

40. Il me semble donc plutôt bizarre que, dans le présent avis consultatif sur la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, la Cour, après avoir consacré, comme je l'ai déjà signalé, tant d'attention aux observations habituelles soulevées devant elle concernant son pouvoir «discrétaire» — comme si elle tentait de justifier le fait de donner le présent avis consultatif —, n'ait accordé qu'une attention très superficielle à l'*arrière-plan factuel* de la question posée par l'Assemblée générale aux fins du présent avis consultatif. Or, c'est bien la *catastrophe humanitaire* au Kosovo qui est à l'origine de l'adoption, par le Conseil de sécurité, de sa résolution 1244 (1999) et des événements qui ont suivi et ont trouvé leur apogée dans la proclamation de l'indépendance, le 17 février 2008, par les autorités du Kosovo.

41. Je considère donc que, aux fins du présent avis consultatif, la *catastrophe humanitaire* au Kosovo méritait l'attention vigilante de la Cour. A mon sens, la Cour aurait dû accorder une attention explicite à l'*arrière-plan factuel* et au contexte général de la demande d'avis consultatif. En effet, tout au long de la décennie 1989-1999, la *grave crise humanitaire* au Kosovo a été non seulement une menace permanente pour la paix et la sécurité internationales — jusqu'à l'adoption de la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité, par laquelle le Conseil a décidé d'établir une administration internationale du territoire par les Nations Unies —, mais aussi une tragédie humaine marquée par des pertes massives en vies humaines, de graves atteintes à l'intégrité physique des populations et des souffrances terribles de la part de celles-ci. La Cour n'aurait pas dû, selon moi, se borner, comme elle l'a fait dans le présent avis consultatif, à ne retenir que les quelques faits ponctuels connus relatifs aux circonstances ayant entouré la proclamation de la déclaration d'indépendance par les autorités du Kosovo le 17 février 2008 et peu après, faisant ainsi abstraction de l'*arrière-plan factuel* qui a abouti à l'adoption de la résolution 1244 (1999) par le Conseil de sécurité et, dix ans après, à la proclamation de la déclaration d'indépendance.

42. La Cour a bien, dans une large mesure, éludé la question de l'*arrière-plan factuel*. Dans le présent avis consultatif, elle s'est contentée, semble-

³⁷ *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique), mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 131, par. 16, et obiter dicta correspondants dans les autres affaires relatives à la licéité de l'emploi de la force (1999).*

t-il, d'examiner les faits des années 2008-2009³⁸, et n'a évoqué que brièvement et de manière elliptique la *grave crise humanitaire* qui les a précédés et en est la cause, ainsi que la nécessité de mettre «un terme à la violence et à la répression»³⁹ au Kosovo, sans autre référence concrète quant aux faits qui ont constitué cette crise humanitaire prolongée. La Cour a agi de la sorte, bien que cet arrière-plan factuel ait été porté à son attention, en détail, par plusieurs participants (voir ci-dessous) à la procédure consultative, tant au stade de la procédure écrite qu'à celui des exposés oraux.

43. En outre, j'estime que ni la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité ni la déclaration d'indépendance du Kosovo en date du 17 février 2008 ne peuvent être examinées comme il convient si l'on fait abstraction de leur arrière-plan et de leur contexte factuels. S'agissant de leur arrière-plan factuel, on pourra rappeler que, avant l'éclatement de la crise du Kosovo et son aggravation (à la fin des années quatre-vingt et au début des années quatre-vingt-dix), la République fédérative socialiste de Yougoslavie (RFSY) regroupait, de par sa structure constitutionnelle, six républiques (les républiques socialistes de Bosnie-Herzégovine, Croatie, Macédoine, Monténégro, Serbie et Slovénie) et deux provinces autonomes (le Kosovo et la Voïvodine, au sein de la République socialiste de Serbie). Aux termes de la Constitution de 1974 de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, la province socialiste autonome du Kosovo jouissait d'un très large degré d'autonomie; de fait, les larges pouvoirs accordés aux républiques et provinces autonomes précitées par la Constitution de 1974 de la RFSY se traduisaient par une «égalité de fait» entre elles⁴⁰.

44. En 1989, à la suite des modifications apportées à la Constitution de la République de Serbie, le statut de province autonome dont jouissait le Kosovo fut aboli, avec comme conséquences des tensions considérables et une réaction rapide du Kosovo⁴¹, qui chercha à obtenir l'indépendance. La crise humanitaire éclata et la période postérieure à 1990 fut marquée par des mesures discriminatoires systématiques et des violations graves et répétées des droits de l'homme, perpétrées au cours des premières années par les autorités serbes à l'encontre d'un segment important de la population albanaise du Kosovo. A la fin des années quatre-vingt-dix, la crise s'aggrava avec la pratique odieuse du nettoyage ethnique⁴² et de graves violations des droits de l'homme et du droit humanitaire international.

45. Au cours de la présente procédure consultative (phases écrite et orale), plusieurs participants sont apparus préoccupés par le fait que la

³⁸ Sections III et IV du présent avis consultatif.

³⁹ Voir le paragraphe 58 du présent avis consultatif.

⁴⁰ Voir entre autres R. Muharremi, «Kosovo's Declaration of Independence: Self-Determination and Sovereignty Revisited», *Review of Central and East European Law* (2008), vol. 33, p. 406-407.

⁴¹ Le Kosovo s'est proclamé, à l'issue d'un vote de son Assemblée en juillet 1990, république indépendante au sein de la Yougoslavie.

⁴² Voir M. Grmek, M. Gjidara and N. Simac (dir. publ.), *Le nettoyage ethnique (documents historiques sur une idéologie serbe)*, Paris, Fayard/éd. du Seuil, 2002, p. 43-353.

situation au Kosovo puisse être présentée comme une crise *sui generis*. Cela s'explique par la crainte de créer un précédent, quelle qu'en soit l'issue. Force est de reconnaître que chaque affaire est spécifique, enracinée qu'elle est dans sa propre histoire. Plusieurs affaires peuvent partager des traits historiques identiques (comme les affaires relatives à la décolonisation de la fin des années soixante, des années soixante-dix et du début des années quatre-vingt), et les grands motifs ainsi constitués contribuer à la formation du *droit des Nations Unies*. D'autres peuvent sembler plutôt spécifiques, tout en s'inscrivant dans l'évolution du *droit des Nations Unies*.

46. Il convient donc d'avoir scrupuleusement à l'esprit l'historique de chaque affaire. Et chaque affaire a une dynamique propre. C'est pourquoi la déclaration d'indépendance du Kosovo de 2008 ne peut pas, selon moi, être examinée dans l'abstrait ou isolément mais doit l'être compte tenu de son *arrière-plan factuel* et de son contexte historique, qui l'expliquent. Dans le même ordre d'idées, la déclaration d'indépendance de 2008 devrait être examinée comme un tout. La crise humanitaire qu'a connue le Kosovo pendant la décennie 1989-1999 semble liée au processus historique de dissolution de l'ex-Yougoslavie. Les *aspects sociaux* de cette crise ont résisté à plusieurs tentatives de règlement pacifique; étrangers à toute notion de délai⁴³, ils échappaient à toute date butoir. L'historique d'une affaire ne se limite pas aux tentatives successives de règlement pacifique: il comprend également ses *causes* et ses *épiphénomènes*, qui doivent eux aussi être soigneusement pris en compte.

47. En deuxième lieu, la grave crise humanitaire qui s'est déroulée au Kosovo au cours des années quatre-vingt-dix s'est durablement inscrite dans un schéma de crimes systématiques et répétés contre les civils, de graves violations du droit humanitaire international et du droit international relatif aux droits de l'homme, et a été marquée par l'apparition de l'un des plus horribles crimes de notre époque, le *nettoyage ethnique*. Cette notion est entrée dans le vocabulaire du droit international contemporain grâce à la prompte réaction de l'ancienne Commission des droits de l'homme de l'ONU, qui, dès août 1992, a commencé à employer cette expression spécifiquement à propos des conflits tragiques qui venaient d'éclater dans l'ex-Yougoslavie. A partir de la fin 1992, l'expression «nettoyage ethnique» devait apparaître systématiquement dans d'autres documents de l'ONU, dont les résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité.

48. Je me souviens bien des répercussions rapides que les nouvelles de ces crimes ont suscitées, à quelques centaines de kilomètres de distance, à Vienne, au cours de la deuxième conférence mondiale sur les droits de l'homme, aux travaux de laquelle je contribuais dans le cadre du comité de rédaction (juin 1993). La décision qu'avait prise la conférence mondiale de ne désigner nommément aucune situation particulière a été

⁴³ Contrairement à ce que la commission Badinter aurait voulu nous faire croire (ses tentatives en la matière ont été vaines), voir à ce sujet P. Radan, *The Break-up of Yugoslavia and International Law*, Londres/New York, Routledge, 2002, p. 247-253.

rapidement rapportée, compte tenu des horribles nouvelles venues de l'ex-Yougoslavie : un sentiment général s'est dégagé, à savoir qu'une conférence mondiale des Nations Unies sur les droits de l'homme qui ferait abstraction de cette situation perdrait tout simplement sa raison d'être. Cela explique l'adoption — en plus de la Déclaration et du Programme d'action de Vienne de 1993 et du rapport final de la conférence — de deux résolutions, sur la Bosnie-Herzégovine et sur l'Angola, respectivement, où sévissaient alors des conflits armés.

49. En troisième lieu, un autre élément caractéristique de la crise humanitaire au Kosovo a été la décision, prise par le Conseil de sécurité dans sa résolution 1244 (1999) du 10 juin 1999, d'établir une administration internationale transitoire des Nations Unies au Kosovo — tout en reconnaissant l'intégrité territoriale de la Serbie — en attendant que soit arrêté son statut futur. Le Kosovo, devenu une préoccupation internationale légitime, échappe depuis lors à la « compétence nationale » de la Serbie. Le *droit des Nations Unies* est devenu le droit applicable à son égard aux fins de son administration internationale. Le caractère unique de la situation au Kosovo a été également relevé par l'envoyé spécial du Secrétaire général de l'ONU (M. Ahtisaari, nommé le 14 novembre 2005) dans son rapport sur le statut futur du Kosovo : « le Kosovo est un cas inédit qui appelle une solution inédite. Cette solution ne constitue pas un précédent pour d'autres conflits non réglés. »⁴⁴ (Par. 15.)

50. Si l'on examine les *causes* et les *épiphénomènes* de la crise humanitaire au Kosovo (que le présent avis consultatif de la Cour ne mentionne que brièvement, en évitant tout examen des faits à l'origine de cette crise), l'abrogation, en 1989, de l'autonomie du Kosovo (jusqu'à garantie par la Constitution de 1974) a ouvert la voie à un cycle de discrimination systématique, de violences et d'atrocités extrêmes dont ont souffert d'importants segments de la population du Kosovo pendant dix ans (1989-1999), ce qui a incité les principaux organes des Nations Unies à adopter une série de résolutions et abouti à l'adoption, par le Conseil de sécurité, de la résolution 1244 (1999).

51. Les tentatives de règlement amiable sont sans conteste pertinentes pour examiner une crise humanitaire comme celle du Kosovo⁴⁵, mais, pour passer de la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité à la déclaration d'indépendance du Kosovo du 17 février 2008, il faut avoir à

⁴⁴ De même, le Conseil de l'Union européenne a réaffirmé, le 18 février 2008, que la situation au Kosovo constituait un cas spécifique. La situation dans l'ensemble de la région a remarquablement changé au fil des ans.

⁴⁵ Les efforts et tentatives visant à parvenir à un règlement pacifique à diverses étapes de la crise du Kosovo devaient évidemment être pris en compte par la Cour, conjointement avec les causes du conflit. On se rappellera à cet égard, entre autres, parmi les tentatives de règlement pacifique, les négociations entamées par le groupe de contact (1998-1999), les accords issus de la conférence de Rambouillet (1999), la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité proprement dite, le cadre constitutionnel pour une administration autonome provisoire du Kosovo (promulgué par l'envoyé spécial du Secrétaire général en mai 2001 et dont la mise en œuvre s'est achevée à la fin 2003), les pourparlers de la troïka

l'esprit les *causes* du conflit qui a précédé, à savoir la répression planifiée, longue et brutale d'importants segments de la population du Kosovo (voir ci-dessous). A mon sens, les efforts de règlement amiable ne sauraient donc être abordés de manière « technique », isolée, détachée des *causes* du conflit. C'est pourquoi il est important, comme je l'ai déjà indiqué, d'avoir bien en tête l'intégralité du contexte et de l'*arrière-plan factuel* de la requête pour avis consultatif que l'Assemblée générale a adressée à la Cour (voir ci-dessous).

52. Avant de passer à l'examen de l'*ensemble* de cette série de résolutions (ce que la Cour a évité de faire, en portant l'essentiel de son attention sur la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité), il me semble nécessaire de placer cette question dans le cadre plus large du *droit des Nations Unies*. A cet effet, je commencerai par rappeler certains antécédents liés à l'avènement des organisations internationales — qui ne peuvent manquer d'être soulignés ici — en ce qu'ils témoignent d'une attention croissante portée aux besoins et aux aspirations des « peuples » ou des « populations ».

IV. L'AVÈNEMENT DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES ET L'ATTENTION CROISSANTE PORTÉE AUX BESOINS ET ASPIRATIONS DES « PEUPLES » OU DES « POPULATIONS »

53. L'avènement des organisations internationales a non seulement préfiguré l'expansion de la notion de personnalité juridique internationale (qui n'est plus le monopole des Etats), mais a aussi fait porter l'attention sur l'importance de répondre aux besoins et aspirations des peuples. En ce sens, les organisations internationales ont contribué à un retour du droit des gens dans le cadre d'une ère nouvelle, en même temps qu'à un nouvel essor de sa vision humaniste, fidèle aux enseignements de ses « pères fondateurs » (voir ci-dessous). Cette vision a marqué de sa présence le régime des mandats de la Société des Nations et le régime de tutelle de l'Organisation des Nations Unies, et se retrouve aujourd'hui dans les initiatives d'administration internationale de territoires sous l'égide des Nations Unies.

1. *La Société des Nations: le régime des mandats*

54. Le régime des mandats est un produit de la conscience humaine qui s'est fait jour en réaction aux abus du passé et pour mettre fin à ces

(2007) et le rapport de l'envoyé spécial du Secrétaire général de l'ONU sur le statut futur du Kosovo (2007). Pour un exposé récent des diverses tentatives de règlement pacifique, voir par exemple H. H. Perritt Jr., *The Road to Independence for Kosovo — A Chronicle of the Ahtisaari Plan*, Cambridge University Press, 2010, p. 1-278; J. Ker-Lindsay, *Kosovo: The Path to Contested Statehood in the Balkans*, Londres/New York, I. B. Tauris, 2009, p. 1-126.

abus: l'annexion des colonies, la politique d'acquisition de territoires (émanation et affirmation de la souveraineté de l'Etat) pratiquée par les grandes puissances de l'époque, la prise de possession et l'exploitation de ressources naturelles. Toutes ces pratiques abusives avaient cours au mépris flagrant des conditions de vie déjà difficiles des peuples autochtones, incapables de se défendre. La réaction à ces abus devait trouver son expression concrète dans l'article 22 du Pacte de la Société des Nations, qui mettait l'accent sur les peuples auxquels il convenait d'apporter aide et protection.

55. Les premier et deuxième paragraphes de l'article 22 du Pacte précisaient que, dans le nouveau régime des mandats, les puissances mandataires avaient pour mission d'assurer «le bien-être et le développement» des peuples placés sous ce régime et d'en exercer la «tutelle». La souveraineté de l'Etat était étrangère au régime des mandats: elle n'avait aucune incidence sur ce régime et ne pouvait trouver à s'appliquer dans le cadre de celui-ci. La souveraineté de l'Etat était clairement dissociée des devoirs et des responsabilités des mandataires envers les peuples sous tutelle, devoirs et responsabilités qui relevaient de la «mission sacrée de civilisation», à savoir promouvoir le bien-être et le développement de ces peuples.

56. Une nouvelle relation était ainsi créée en droit international, remplaçant dans le cadre du régime des mandats la conception ancienne et traditionnelle de souveraineté de l'Etat par celle d'un gouvernement des peuples exercé dans leur intérêt et en vue de les préparer à l'autonomie. Pour reprendre la réflexion faite en 1930 par Norman Bentwich (qui était à l'époque Attorney-General en Palestine, l'un des territoires sous mandat),

«Le mandataire est un protecteur doué d'une conscience — et d'une conscience elle-même dotée d'un gardien —, dont la mission consiste à gouverner selon des principes établis, à tenir les forts en lisière et à protéger les faibles, sans faire de profit et sans obtenir de privilège.»⁴⁶

57. En assurant le bien-être et le développement des peuples concernés, les puissances mandataires avaient pour obligation de garantir la liberté de conscience et le libre exercice de toutes les religions et formes de pratiques. L'article 22 du Pacte affirmait lui-même la nature duelle des puissances mandataires: en tout premier lieu, ces Etats avaient des devoirs envers les peuples sous tutelle (une relation personnelle); en deuxième lieu, ils avaient des devoirs envers l'ensemble de la communauté internationale (de l'époque), envers la Société des Nations qui supervisait le régime des mandats⁴⁷ et, en fin de compte, envers l'humanité tout entière.

58. Toutefois, à l'instar de tous les instruments, mécanismes et institutions juridiques, le régime des mandats était un produit de son temps. Nous vivons tous *dans* le temps. Le régime des mandats a bien montré

⁴⁶ N. Bentwich, *The Mandates System*, Londres, Longmans, 1930, p. 5.

⁴⁷ Voir *ibid.*, p. 7-9 et 16-20.

la nécessité d'éviter désormais la stigmatisation pratiquée par le passé — source de débats intenses à l'époque et par la suite —, par exemple d'éviter d'employer certains termes (comme celui de « tutelle »), ou de tenter de classer les pays selon des degrés de civilisation (comme dans la liste des mandats A, B et C). Le nouveau régime mis en place au niveau international — le régime de tutelle — devait quant à lui faire porter l'attention sur l'autodétermination des peuples.

2. *L'Organisation des Nations Unies: le régime de tutelle*

59. Dans le cadre du régime international de tutelle de l'ONU mis en place par les chapitres XII et XIII de la Charte, l'attention est demeurée axée sur les *peuples* concernés. De plus, la Charte comporte un chapitre, le chapitre XI, relatif aux territoires non autonomes. Dans ce chapitre, l'article 73 réaffirme la notion de « mission sacrée », consistant à protéger les populations « contre les abus », à développer leurs capacités de s'administrer elles-mêmes, en tenant compte de leurs « aspirations ». Quant au régime de tutelle proprement dit (chapitre XII), l'article 76 énonce ses fins essentielles, à savoir :

- « a) affermir la paix et la sécurité internationales ;
- b) favoriser le progrès politique, économique et social des populations des territoires sous tutelle ainsi que le développement de leur instruction ; favoriser également leur évolution progressive vers la capacité à s'administrer eux-mêmes ou l'indépendance, compte tenu des conditions particulières à chaque territoire et à ses populations, des aspirations librement exprimées des populations intéressées et des dispositions qui pourront être prévues dans chaque accord de tutelle ;
- c) encourager le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion, et développer le sentiment de l'interdépendance des peuples du monde ;
- d) assurer l'égalité de traitement dans le domaine social, économique et commercial à tous les Membres de l'Organisation et à leurs ressortissants ; assurer de même à ces derniers l'égalité de traitement dans l'administration de la justice... »

60. Il découle de ces objectifs, de la lettre et de l'esprit dans lesquels ils ont été formulés à l'article 76 de la Charte des Nations Unies, que le régime de tutelle des Nations Unies a été conçu et mis en pratique, conformément à la réflexion sur le droit naturel, pour assurer le bien-être des habitants des territoires sous tutelle et accompagner leur évolution vers l'autonomie ou l'indépendance⁴⁸. En promouvant le développement social des habitants des territoires sous tutelle, le régime de tutelle stimu-

⁴⁸ Voir à cet effet, par exemple, C. E. Toussaint, *The Trusteeship System of the United Nations*, Londres, Stevens, 1956, p. 5, 21, 29, 248, 251 et 253.

lait chez eux la prise de conscience de leurs droits; en outre, il tenait compte des intérêts communs — des générations présentes et futures — des populations de ces territoires⁴⁹. Il visait de surcroît à permettre à ces populations d'être à même de devenir indépendantes pour réaliser leurs propres aspirations, de manière à assurer l'égalité de traitement de chacun⁵⁰.

61. Cette perspective s'est projetée dans les expériences contemporaines de l'ONU en matière d'administration internationale de territoires. L'héritage humaniste qui caractérise les expériences passées des organisations internationales jusqu'aux initiatives actuelles d'administration internationale de territoires sous l'égide des Nations Unies (voir ci-dessous) ne saurait passer inaperçu. Le chemin suivi par la Société des Nations (avec le régime des mandats), puis par l'Organisation des Nations Unies (avec le régime de tutelle, en sus du régime applicable aux territoires non autonomes), est le reflet de la prise de conscience progressive de la nécessité d'agir ainsi, afin de mettre fin aux abus à l'encontre des êtres humains et d'éviter que les abus passés ne se reproduisent.

3. *L'administration internationale d'un territoire*

62. L'administration de territoires par des organisations internationales (et non par des Etats étrangers) a également des précédents historiques — c'est le cas par exemple, à l'époque de la Société des Nations, de la ville libre de Dantzig (1920-1939) et de la Sarre (bassin de la Sarre, 1920-1935) —, qui ont été suivis, à l'époque de l'Organisation des Nations Unies, par le Conseil des Nations Unies pour la Namibie (créé en 1967) et par l'accomplissement de fonctions administratives au Cambodge par l'ONU (1991-1992). Trente ans après la création du Conseil des Nations Unies pour la Namibie, des tentatives d'administration internationale de territoires par l'ONU ont vu le jour dans une perspective similaire axée sur les populations, de manière assez volontariste, afin de mettre un terme à des abus et de corriger des erreurs dont souffrait la population⁵¹.

63. Les cas du Kosovo et du Timor oriental peuvent servir d'exemple: les rôles de la MINUK et de l'ATNUTO (Administration transitoire des Nations Unies au Timor oriental) ont été uniques, car ils concernaient les suites de conflits *internes* et non de conflits entre Etats⁵². Il est presque

⁴⁹ Voir à cet effet C. V. Lakshmi-Narayan, *Analysis of the Principles and System of International Trusteeship in the Charter* (thèse), Genève, Université de Genève/IUHEI, 1951, p. 131, 133, 139-140, 145 et 153.

⁵⁰ Voir à cet effet Jean Beauté, *Le droit de pétition dans les territoires sous tutelle*, Paris, LGDJ, 1962, p. 14-15, et voir p. 12-13.

⁵¹ R. Wilde, «From Danzig to East Timor and Beyond: The Role of International Territorial Administration», *American Journal of International Law* (2001), vol. 95, p. 586, 592-593, 599-600 et 605.

⁵² M. Bothe et T. Marauhn, «UN Administration of Kosovo and East Timor: Concept, Legality and Limitations of Security Council-Mandated Trusteeship Adminis-

inutile de rappeler que, à partir des années quatre-vingt-dix, les opérations de paix des Nations Unies ont commencé à prendre la forme d'activités de reconstruction après conflit⁵³ et d'édification pacifique de l'Etat, selon une conception axée sur les populations, soucieuse de susciter et de préserver la participation du public. Cela est encore plus vrai dans les cas (comme celui du Kosovo) où la population a fait l'objet de violences répétées, pendant une période prolongée, de la part des anciennes autorités «souveraines».

64. Une situation d'oppression prolongée accentue la nécessité pressante de préserver les droits des habitants, ce qui met à nouveau au premier plan la notion de *tutelle*, cette fois sous l'angle des expériences contemporaines d'administration internationale de territoires⁵⁴. Lors du Sommet mondial des Nations Unies tenu en septembre 2005, l'ancien Conseil de tutelle a été supprimé et remplacé par la Commission de consolidation de la paix, mais la notion fondamentale de *tutelle* semble avoir survécu dans le nouveau contexte⁵⁵. Il n'est donc pas surprenant que, compte tenu des conditions de violence extrême dans lesquelles s'est trouvé le Kosovo pendant la décennie 1989-1999, le Conseil de sécurité ait adopté sa résolution 1244 (1999) et que la population victime ait poursuivi par la suite les objectifs de l'administration autonome et de l'indépendance sous la supervision de l'ONU.

4. *Le retour de la préoccupation envers les «peuples» ou les «populations»*

65. Il n'est guère surprenant qu'une grande attention ait été consacrée au «*territoire*» lorsque était appliqué le système des mandats ou celui des tutelles. Toutefois, le développement considérable du droit international à notre époque nous aide, dans le réexamen contemporain de ces institutions juridiques, à y déceler à mon avis un élément de transcendance accrue, à savoir l'attention portée aux *conditions de vie des «peuples» ou des «populations»*. Le peuple et le territoire — considérés comme deux des éléments constitutifs (outre le système normatif) de l'Etat — vont de pair; toutefois, lorsqu'on les compare, pour paraphraser un juge qui sé-

tration», *Kosovo and the International Community — A Legal Assessment* (Ch. Tomuschat, dir. publ.), La Haye, Kluwer, 2002, p. 223, 233, 236 et 239, et voir p. 242.

⁵³ Voir B. Boutros-Ghali, *Agenda pour la paix*, Nations Unies, doc. A/47/277-S/24111.

⁵⁴ T. B. Knudsen, «From UNMIK to Self-Determination: The Puzzle of Kosovo's Future Status», *Kosovo between War and Peace — Nationalism, Peacebuilding and International Trusteeship* (T. B. Knudsen et C. B. Laustsen, dir. publ.), Londres, Routledge, 2006, p. 158-159, 163-165, et voir p. 156; voir également T. B. Knudsen et C. B. Laustsen, «The Politics of International Trusteeship», *ibid.*, p. 10 et 16.

⁵⁵ Voir à cet effet R. Wilde, *International Territorial Administration — How Trusteeship and the Civilizing Mission Never Went Away*, Oxford University Press, 2008, p. 321-323, 325, 344-346, 349, 379-380, 382, 384, 386, 399, 415-416, 444 et 459; voir aussi G. Serra, «The International Civil Administration in Kosovo: A Commentary on Some Major Legal Issues», *Italian Yearbook of International Law* (2008), vol. 18, p. 63.

geait jadis à la Cour de La Haye, «c'est la population qui détermine le destin du territoire et non l'inverse»⁵⁶.

66. Cela nous conduit à examiner un aspect essentiel qui, malgré sa grande pertinence, n'a pas été suffisamment mis en relief par le passé et qui conserve à mon sens une importance considérable à l'heure actuelle, à savoir les *conditions de vie de la population*. Le peuple et le territoire vont de pair, mais sont dorénavant privilégiés les besoins et aspirations du peuple plutôt que le statut du territoire. Selon moi, cet élément constitue le dénominateur commun, dans une dimension intertemporelle, des expériences menées dans le cadre du système des mandats, de celui des territoires sous tutelle et, aujourd'hui, de l'administration internationale de territoires. Ces institutions juridiques — chacune étant un produit de son époque — ont été conçues et établies dans l'objectif ultime de répondre aux besoins (y compris en matière de protection) et aux aspirations des *peuples*, d'êtres humains.

V. CONSIDÉRATIONS FONDAMENTALES D'HUMANITÉ DANS LE TRAITEMENT DES PEUPLES SELON LE DROIT DES GENS

67. Au cours des dernières décennies, il s'est donc agi d'essayer de préciser le rôle dévolu aux organisations internationales par le biais des expériences précitées en ce qui concerne le traitement des «peuples» ou des «populations» (les régimes des mandats, des tutelles et l'administration internationale de territoires). S'il existe un dénominateur commun de ces diverses expériences, il réside dans les considérations fondamentales d'humanité qui les ont inspirées. Ces considérations vont bien plus loin que ce que révèle l'examen classique des analogies avec le droit privé.

1. Analogies avec le droit privé

68. Pour évaluer l'expérience de plus en plus vaste acquise par les organisations internationales dans la mise en œuvre de mécanismes tels que le régime des mandats (à l'époque de la Société des Nations), le régime de tutelle (à l'époque de l'Organisation des Nations Unies) et, à présent, l'administration internationale de territoires, la doctrine a tenté de situer ces mécanismes dans l'univers conceptuel du droit et de déterminer leur origine. Une tendance s'est manifestée, surtout chez les auteurs de «common law», à recourir à cet effet à des analogies avec le droit privé, en particulier en ce qui concerne le régime des mandats et le régime de tutelle.

69. En examinant ces régimes, la plupart des auteurs semblent s'être contentés de dégager des analogies avec le droit privé, sans ressentir le

⁵⁶ *Sahara occidental, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975*, opinion individuelle de M. le juge Dillard, p. 122.

besoin de procéder à une analyse rétrospective approfondie de la doctrine *internationale*⁵⁷. Ainsi ont-ils établi que le «mandat» tire son origine du *mandatum*, contrat consensuel en droit romain dont le bénéficiaire était un tiers. Quant à la «tutelle», elle vient de la *tutela* du droit romain, qui visait à prendre soin de la personne et des biens des jeunes enfants; d'où une large uniformité des systèmes juridiques, comme le montre le *trust* anglais, qui descend dans une certaine mesure du *fideicommissum* du droit romain (que l'on retrouve dans les relations «fiduciaires»). En tout état de cause, une nouvelle relation a été créée, aussi bien dans le régime des mandats que dans le régime de tutelle, fondée sur la confiance (la «mission sacrée», voir ci-dessous) et, en fin de compte, sur la conscience humaine.

70. Ce qui, en fin de compte, a commencé à importer, c'est le bien-être et le développement humain de la *population*, des habitants des territoires sous mandat et sous tutelle. Au tout premier stade de ces expériences des organisations internationales, Quincy Wright, par exemple, a clairement relevé que les mandats — dans le cadre du régime des mandats de la Société des Nations — avaient pour objectif de dépasser la notion de souveraineté territoriale absolue, qui n'était plus adaptée à la société internationale de l'époque, et visaient en outre à assurer la «protection juridique» de besoins nouveaux, à savoir ceux des «peuples sous mandat», en appliquant les analogies avec le droit privé exposées ci-dessus; le mandataire, le tuteur ou le fidéicommissaire avaient «des devoirs et non des droits»⁵⁸.

2. La position centrale des peuples dans les origines du droit des gens

71. Toutefois, une analyse de cet ordre, pour éclairante qu'elle soit (ce qu'on ne saurait nier), demeurerait incomplète si elle ne s'accompagnait d'un examen des enseignements des «pères fondateurs» du droit des gens. Ce droit est remarquable par sa perspective essentiellement humaniste, que j'ai toujours embrassée. La conscience humaine s'est rapidement éveillée et a réagi aux nouvelles des atrocités perpétrées au niveau international, à l'époque de la formation du *jus gentium* (déjà détaché de ses origines en droit romain), ou droit des gens (*derecho de gentes*). L'attention s'est portée sur les victimes, sur les populations victimes de la violence et de la cruauté des puissants de l'époque. Les peuples ont occupé une position centrale dès le début de l'apparition du droit des gens.

72. Ainsi, dès le milieu du XVI^e siècle, dans son récit mémorable de la destruction cruelle des *Indes* (1552), Bartolomé de Las Casas, invoquant la *recta ratio* (la *droite raison*) et le droit naturel, dénonçait avec har-

⁵⁷ Pour une exception notable, avec une analyse prenant en compte la réflexion des théologiens espagnols du XVI^e siècle (F. de Vitoria et B. de Las Casas), voir R. N. Chowdhuri, *International Mandates and Trusteeship Systems — A Comparative Study*, La Haye, Nijhoff, 1955, p. 13, 16-18 et 20-22.

⁵⁸ Quincy Wright, *Mandates under the League of Nations*, Chicago, University of Chicago Press, 1930, p. 389-390, et voir p. 375-378, 382-386 et 387.

diesse les massacres et la destruction des villages et des habitants des *Indes*, perpétrés impunément par les colonisateurs⁵⁹. Malgré l'entière innocence des victimes⁶⁰, ni les femmes, ni les enfants, ni les vieillards ne furent épargnés par la cruauté et la violence de ceux qui voulaient les dominer et finirent par tous les éliminer; dans certaines régions, la population tout entière fut exterminée⁶¹. Malgré une violence marquée par son inhumanité et sa cruauté extrêmes, force devait rester à l'injustice⁶². Mais c'est ainsi que naquit, en réaction, le droit des gens.

3. *La civitas maxima gentium dans la perspective des «pères fondateurs» du droit des gens*

73. L'idéal d'une société civile universelle (*civitas maxima gentium*) allait être rapidement cultivé et exposé dans les écrits de ceux que l'on a appelés les «pères fondateurs» du droit international, c'est-à-dire les célèbres *Relecciones Teológicas* (1538-1539), surtout celle intitulée *De Indis — Relectio Prior*, de Francisco de Vitoria; le traité *De Legibus ac Deo Legislatore* (1612), de Francisco Suárez; le *De Jure Belli ac Pacis* (1625), de Hugo Grotius; le *De Jure Belli* (1598), d'Alberico Gentili; le *De Jure Naturae et Gentium* (1672), de Samuel Pufendorf; et le *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum* (1749), de Christian Wolff. A l'époque de la rédaction et de la diffusion des œuvres classiques de F. de Vitoria et F. Suárez (voir ci-dessus), le *jus gentium* s'était déjà libéré de ses origines de droit privé (de droit romain) pour s'appliquer universellement à tous les êtres humains⁶³.

74. Comme on l'a rappelé récemment, dans la conception que les «pères fondateurs» se faisaient du droit des gens et qui était guidée par le principe d'humanité au sens large (lequel semble quelque peu oublié de nos jours), l'ordre juridique lie tout un chacun (les gouvernés aussi bien que les gouvernants); le droit des gens régit une communauté internationale composée d'êtres humains organisés socialement en Etats, existant de concert avec l'espèce humaine (F. de Vitoria); de la sorte, seul le droit régit les relations entre membres de la *societas gentium* universelle (A. Gentili). Cette dernière (*totus orbis*) prévaut sur la volonté individuelle de chaque Etat (F. de Vitoria). Ainsi, il existe un droit des gens *nécessaire* et ce droit fait apparaître l'unité et l'universalité de l'humanité (F. Suárez). La raison d'Etat a des limites et l'Etat n'est pas une fin en

⁵⁹ Fray Bartolomé de Las Casas, *Brevisima Relación de la Destrucción de las Indias [Très brève relation de la destruction des Indes]* (1552), Barcelone, Ediciones 29, 2004 (réimpr.), p. 7, 9, 17, 41, 50 et 72.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 7-14.

⁶¹ *Ibid.*, p. 23, 27 et 45. D'après ce récit, certaines victimes furent brûlées vives et celles qui survécurent furent réduites en esclavage; *ibid.*, p. 31, 45, 73, 87 et 89.

⁶² *Ibid.*, p. 89-90. Bartolomé de Las Casas a fait valoir que ces massacres et ces dévas-tations furent préjudiciables à la Couronne espagnole elle-même et aux rois de Castille, et qu'elles violaient tous les droits; *ibid.*, p. 41-42.

⁶³ A. A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte/Brésil, Edit. Del Rey, 2006, p. 318-319.

soi, mais un moyen d'assurer un ordre social conforme à la raison, de manière à perfectionner la *societas gentium* qui comprend l'humanité tout entière (H. Grotius). Le législateur est soumis au droit naturel de la raison humaine (S. Pufendorf), et les particuliers, dans leur association avec l'Etat, doivent promouvoir ensemble le bien commun (C. Wolff)⁶⁴.

VI. L'ACTUALITÉ DU « DROIT DES GENS » :
LA VISION HUMANISTE DE L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL

75. Le monde a bien sûr radicalement changé depuis l'époque de ces écrits, mais les aspirations de l'homme sont restées les mêmes. L'avènement, au XX^e siècle, des organisations internationales (telles que nous les connaissons aujourd'hui) a largement contribué à mettre fin aux abus à l'encontre des êtres humains ainsi qu'aux violations flagrantes des droits de l'homme et du droit international humanitaire. A notre époque, l'Organisation des Nations Unies a cherché à faire prévaloir les préceptes de la conscience juridique universelle, notamment en se donnant l'objectif d'assurer des conditions de vie dignes à tous les peuples, en particulier à ceux qui sont opprimés.

76. Les organisations internationales ont contribué à promouvoir la perspective essentiellement humaniste des premières expériences menées sous leur supervision dans le cadre des systèmes des mandats et des tutelles — perspective conforme à la conception du *totus orbis* ou de la *civitas maxima gentium* du droit naturel. Dans cette optique, l'ancienne *polis* — qu'il s'agisse d'un Etat ou de toute autre forme d'organisation sociopolitique — a été conçue et mise en place pour la personne humaine et non l'inverse. Les organisations internationales, créées par les Etats, ont acquis une vie propre et ont dû observer fidèlement le principe de l'humanité au sens large, dépassant nettement le paradigme de l'application exclusive du droit aux relations entre Etats. Les premières expériences des systèmes des mandats et des tutelles en sont les preuves historiques manifestes.

77. Il n'en reste pas moins que la doctrine internationale a été obsédée, tout au long du XX^e siècle, par les notions de souveraineté et d'intégrité territoriale de l'Etat (que nous ne remettons pas en question ici) à l'exclusion des autres et a ignoré les éléments constitutifs les plus précieux de l'Etat: les êtres humains, la « population » ou « le peuple ». Les études consacrées à la qualité d'Etat, axées sur l'Etat proprement dit sans prêter attention à la population, ont été poussées à l'extrême par les juristes. Au fil des décennies, dans les établissements d'enseignement (essentiellement les facultés de droit dans de nombreux pays), a été privilégiée la « théorie générale de l'Etat » (*general theory of the State*/*teoria general del Estado*/*teoria geral do Estado*/*Allgemeine Staatslehre*/*teoria generale dello Stato*), et on a répété mécaniquement et *ad nauseam* des notions énon-

⁶⁴ A. A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* note 63, p. 9-14, et p. 172, 393 et 408.

cées par des auteurs du passé qui avaient d'autres préoccupations à l'esprit. Du fait de cette absence d'esprit critique, nombreux sont ceux qui ont cru que l'Etat était le dépositaire permanent et ultime des aspirations humaines et de la liberté de l'homme.

1. *Les débuts de la reconnaissance judiciaire des droits des êtres humains et des peuples*

78. Les conséquences de cette indifférence au facteur humain⁶⁵ ont été dévastatrices. A mesure que se multipliaient les abus et les atrocités commença à se faire sentir la nécessité de prêter attention aux conditions de vie des populations ou des peuples et de répondre à leurs besoins et aspirations. Si la conscience juridique internationale fut longue à s'y éveiller, déjà dans l'entre-deux-guerres, la Société des Nations, par son système de protection des minorités et son régime des mandats, s'intéressa à cette question, alors que la Cour permanente de Justice internationale contribuait à venir au secours des «populations» ou des «peuples». Certains des motifs avancés par celle-ci dans sa jurisprudence ne sauraient passer inaperçus car, après quatre-vingts ans, ils semblent toujours d'actualité.

79. Ainsi, dans son avis consultatif sur la *Question des communautés gréco-bulgares* (1930), la CPJI décrit une communauté comme :

«une collectivité de personnes vivant dans un pays ou une localité donnés, ayant une race, une religion, une langue et des traditions qui leur sont propres et unies par l'identité de cette race, de cette religion, de cette langue et de ces traditions dans un sentiment de solidarité, à l'effet de conserver leurs traditions, de maintenir leur culte, d'assurer l'instruction et l'éducation de leurs enfants conformément au génie de leur race et de s'assister mutuellement.» (*C.P.J.I. série B n° 17*, p. 21.)

80. Cinq ans plus tard, la CPJI, dans son avis consultatif sur les *Ecoles minoritaires en Albanie* (1935), déclarait que «l'idée qui est à la base des traités pour la protection des minorités est d'assurer à des groupes sociaux ... la possibilité d'une coexistence pacifique» avec la population. Pour atteindre ce but, «deux choses surtout ont été considérées comme nécessaires» :

«Tout d'abord, assurer que les ressortissants appartenant à des minorités de race, de religion ou de langue se trouvent, à tous les points de vue, sur un pied de parfaite égalité avec les autres ressortissants de l'Etat.

En second lieu, assurer aux groupes minoritaires des moyens appropriés pour la conservation des caractères ethniques, des traditions et de la physionomie nationales.

⁶⁵ Pour paraphraser le titre du roman perspicace de Graham Greene.

Les deux choses sont d'ailleurs étroitement liées, car il n'y aurait pas de véritable égalité entre majorité et minorité si celle-ci était privée de ses propres institutions et partant obligée de renoncer à ce qui constitue l'essence même de sa vie en tant que minorité.» (C.P.J.I. série A/B n° 64, p. 17.)

81. Le traité pour la protection des minorités qui était en cause visait, selon la CPJI, à «empêcher que la différence de race, de langue ou de religion puisse devenir une cause d'infériorité en droit ou un obstacle de fait à l'exercice desdits droits» (*ibid.*, p. 18). Et de rappeler que, douze ans plus tôt, dans son avis consultatif en l'affaire des *Colons allemands en Pologne* (1923), elle s'était exprimée comme suit: «Il faut qu'il y ait égalité de fait et non seulement égalité formelle en droit en ce sens que les termes de la loi évitent d'établir un traitement différentiel» (C.P.J.I. série B n° 6, p. 24).

82. Le principe de l'égalité en droit et de l'égalité de fait a été réaffirmé par la CPJI dans l'avis consultatif précité concernant les *Ecoles minoritaires en Albanie* (1935), comme suit:

«L'égalité en droit exclut toute discrimination: l'égalité en fait peut, en revanche, rendre nécessaires des traitements différents en vue d'arriver à un résultat qui établisse l'équilibre entre des situations différentes.

On peut facilement imaginer des cas dans lesquels un traitement égal de la majorité et de la minorité, dont la condition et les besoins sont différents, aboutirait à une inégalité en fait. L'égalité entre majoritaires et minoritaires doit être une égalité effective, réelle...»⁶⁶ (C.P.J.I. série A/B n° 64, p. 19.)

83. Il est donc révélateur que, bien avant la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, le principe de l'égalité et de la non-discrimination ait été reconnu sur le plan judiciaire. La Déclaration universelle a placé ce principe dans un contexte plus large, en prenant l'individu en sa qualité d'individu et en sa qualité d'être humain, indépendamment du fait qu'il appartienne à une minorité ou qu'il vive dans un territoire relevant du régime des mandats (ou plus tard du régime de tutelle). Toutefois, la formulation de ce principe dans le cadre des premières expériences menées sous l'égide de la Société des Nations (le système de protection des minorités et le régime des mandats, qui a fait place au régime de tutelle de l'ONU) a contribué à donner une expression universelle à l'égalité et à la non-discrimination. Il n'en reste pas moins que le principe de l'égalité et de la non-discrimination était déjà gravé dans la conscience de l'homme.

84. La Déclaration universelle des droits de l'homme proclame ce principe de manière particulièrement nette. Son préambule commence

⁶⁶ La CPJI ajouta que «l'idée que formule l'expression «droit égal» est que le droit ainsi accordé aux minoritaires ne peut en aucun cas être inférieur au droit correspondant des autres ressortissants albanais» (C.P.J.I. série A/B n° 64, p. 20).

comme suit : « Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde » (premier alinéa). Il rappelle ensuite que « la méconnaissance et le mépris des droits de l'homme ont conduit à des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité » (deuxième alinéa). Plus loin, toujours au préambule, il est dit qu'« il est essentiel que les droits de l'homme soient protégés par un régime de droit pour que l'homme ne soit pas contraint, en suprême recours, à la révolte contre la tyrannie et l'oppression » (troisième alinéa). La Déclaration universelle proclame ensuite, à son article premier, que « tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité. »

85. Dans les tout débuts de l'Organisation des Nations Unies, la Cour internationale de Justice, dans son avis consultatif sur le *Statut international du Sud-Ouest africain* (1950), a jugé bon de rappeler que le paragraphe 1 de l'article 80 de la Charte visait

« à garantir non seulement les droits des Etats, mais aussi les droits des peuples et des territoires sous mandat jusqu'au moment où seront conclus les accords de tutelle. Son but a certainement été d'assurer à ces droits une protection réelle ; or, ces droits des peuples ne sauraient être efficacement garantis sans contrôle international et sans l'obligation de soumettre des rapports à un organe de contrôle » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 136-137).

Ainsi, comme l'a reconnu la Cour, « la nécessité d'une telle surveillance subsiste en dépit de la disparition de l'organe de contrôle prévu pour les mandats » (*ibid.*, p. 136). La « fonction d'administration internationale » (des territoires sous mandat) vise à « favoriser le bien-être et le développement des habitants »⁶⁷.

86. La Cour a jugé utile de rappeler que le régime des mandats a été créé :

« dans l'intérêt des habitants du territoire et de l'humanité en général, comme une institution internationale à laquelle était assigné un but international : une mission sacrée de civilisation. Il n'est donc pas possible de tirer une conclusion par analogie des notions de mandat en droit interne ou de toute autre conception juridique de ce droit. » (*Ibid.*, p. 132.)

En outre, selon la Cour, « les droits des Etats et *des peuples* ne sont pas devenus caducs par le simple effet de la dissolution de la Société des Nations. L'intention a évidemment été de sauvegarder les droits des Etats et des peuples en toutes circonstances et à tous égards, jusqu'à ce que chaque territoire soit placé sous le régime de tutelle » (*ibid.*, p. 134).

⁶⁷ Ceci étant la « mission sacrée de civilisation » mentionnée à l'article 22 du Pacte de la Société des Nations (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 133).

87. La Cour a souligné «l'obligation générale de favoriser au maximum le bien-être matériel et moral et le progrès social des habitants» et le fait que l'Union prenait à sa charge des «obligations particulières» relatives aux abus du passé⁶⁸. La Cour a cherché à assurer la continuité de ces obligations. Aussi, dans ce même avis consultatif sur le *Statut international du Sud-Ouest africain* (1950), elle a rappelé que, par sa résolution du 18 avril 1946, l'Assemblée de la Société des Nations avait noté que «des principes correspondant à ceux que déclare l'article 22 du Pacte sont incorporés dans les chapitres XI, XII et XIII de la Charte des Nations Unies», ce qui présupposait que «les fonctions de surveillance exercées par la Société des Nations seraient reprises par les Nations Unies». La compétence de l'Assemblée générale des Nations Unies pour exercer un tel contrôle se déduit de l'article 10 de la Charte, qui autorise l'Assemblée générale à «discuter toutes questions ou affaires rentrant dans le cadre de la Charte, et à formuler sur ces questions ou affaires des recommandations aux Membres des Nations Unies». Dès ses débuts, l'Assemblée générale des Nations Unies a commencé à exercer cette compétence et la Cour a conclu, dans son avis consultatif de 1950, qu'elle était «fondée en droit» à exercer ces fonctions de surveillance (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 137).

2. *L'héritage humaniste des expériences passées pour l'administration internationale de territoires sous l'égide des Nations Unies*

88. Toute institution juridique est le produit de son époque. Les faits sociaux tendent à apparaître avant les normes; celles-ci trouvent leur origine dans des principes juridiques et dans la nécessité de réglementer de nouvelles formes de relations interpersonnelles et sociales. Les institutions juridiques constituent des réponses aux besoins sociaux de leur époque, y compris en matière de protection. Les institutions que sont les mandats (à l'époque de la Société des Nations), la tutelle (sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies, jusqu'en 2005) et l'administration internationale de territoires (par l'Organisation des Nations Unies, sous la forme qui s'est fait jour dans les années quatre-vingt-dix) ne font pas exception.

89. Bien que ces expériences que constituèrent les régimes des mandats et de tutelle appartiennent au passé et fassent maintenant partie de l'histoire, il reste possible d'en tirer des enseignements lorsque sont envisagées de nouvelles institutions juridiques visant à répondre à des besoins sociaux, notamment en matière de protection. Pour ce faire, il faut se pencher à nouveau sur les institutions juridiques du passé et déterminer

⁶⁸ Il s'agissait d'obligations relatives «à la traite des esclaves, au travail forcé, au trafic de l'armement et des munitions, à celui des spiritueux et des boissons alcooliques, à l'instruction et aux établissements militaires, ainsi que des obligations relatives à la liberté de conscience et au libre exercice du culte»; ces obligations représentaient «l'essence même de la mission sacrée de civilisation» (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 133).

leur héritage et leur pertinence au regard de nouveaux besoins sociaux. A mon sens, l'expérience des régimes des mandats et des tutelles était en avance sur son temps sous un aspect au moins, à savoir l'accès des habitants intéressés (des territoires sous mandat ou sous tutelle) à la justice au niveau international.

90. A mesure que l'on a commencé à prêter attention aux « populations » ou aux « peuples » (et que la conscience humaine s'est éveillée à leurs besoins en matière de protection), des expériences novatrices ont vu le jour, à savoir: le système de protection des minorités et le régime des mandats à l'époque de la Société des Nations, qui étaient supervisés par celle-ci, puis le régime de tutelle à l'époque de l'Organisation des Nations Unies. Il ne fait guère de doute que le régime des mandats (complété par le système de protection des minorités) et celui des tutelles visaient à répondre aux besoins des habitants des territoires concernés et à les sortir de l'impuissance, de manière à mettre un terme aux abus du passé. Les habitants des territoires sous mandat et des territoires sous tutelle avaient en outre un droit de pétition individuel⁶⁹ (ils pouvaient soumettre leur pétition à la Commission permanente des mandats et aux comités des minorités dans le premier cas, au Conseil de tutelle dans le second) préfigurant l'accès des particuliers à des instances internationales pour faire valoir leurs droits, dans le droit-fil du droit des gens.

91. Un examen des nombreux ouvrages consacrés au régime des mandats et à celui des tutelles, en particulier de ceux dont les auteurs connaissaient bien le fonctionnement de ces régimes, fait apparaître: *a*) des analogies avec le droit privé, qui a inspiré la création de ces institutions juridiques; *b*) l'existence de mécanismes de supervision internationale (Commission permanente des mandats et Conseil de tutelle); *c*) des interactions entre les ordres juridiques nationaux et internationaux; *d*) le classement des territoires (territoires sous mandat et sous tutelle); *e*) le *modus operandi* des régimes respectifs.

92. Il n'est pas nécessaire de réexaminer ces éléments des expériences relatives aux territoires sous mandat et sous tutelle, déjà largement étudiées: l'objectif ici est de mettre l'accent sur les enseignements qui peuvent en être tirés pour le présent et l'avenir. Il faut donc examiner les *causes* de ces institutions ainsi que leurs *buts* et les objectifs visés. L'énergie consacrée à leur conception fut largement, voire totalement, et peut-

⁶⁹ Tout comme les membres des minorités dans le système de protection des minorités de la Société des Nations. Ces procédures variaient d'une région à l'autre; s'agissant du droit de particuliers de présenter des pétitions dans le cadre de ces expériences novatrices, voir par exemple C. A. Norgaard, *The Position of the Individual in International Law*, Copenhague, Munksgaard, 1962, p. 109-138; A. A. Cançado Trindade, «Exhaustion of Local Remedies in International Law Experiments Granting Procedural Status to Individuals in the First Half of the Twentieth Century», *Netherlands International Law Review* (1977), vol. 24, p. 373-392; A. A. Cançado Trindade, «Exhaustion of Local Remedies in the Experiment of the United Nations Trusteeship System», *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, Genève (1983), vol. 61, p. 49-66.

être inéluctablement, conditionnée par leur époque. Cependant, ces expériences ont été riches d'enseignements pour les générations suivantes, qui ne peuvent être aujourd'hui passés sous silence.

93. Les institutions juridiques des mandats, des tutelles et de l'administration internationale de territoires sont les produits successifs de la conscience juridique, destinés à protéger les «peuples» ou «populations» qui en avaient besoin, dans l'histoire moderne et contemporaine. Les arrangements «territoriaux» qui leur correspondent étaient les *moyens* conçus pour parvenir à l'objectif recherché, à savoir protéger les «populations» ou les «peuples». Il ne s'agissait pas de placer des territoires sous mandat, sous tutelle ou sous administration internationale aux seules fins d'appliquer ces régimes.

94. Si nous passons aux *causes*, il convient d'identifier leur but commun : protéger les «peuples» ou les «populations» intéressés (quelles que soient leur race, leur origine ethnique, leurs croyances religieuses ou toute autre caractéristique) contre l'exploitation, les abus et la cruauté, et leur permettre de déterminer leur destinée le moment venu. Dans ce domaine de la protection, le droit s'inscrit inévitablement dans une perspective téléologique. Ces expériences, inspirées par le *principe fondamental d'humanité* (voir paragraphes 196 à 211 ci-dessous), avaient pour but de préserver la dignité de la personne humaine. Ainsi, l'article 22 du Pacte de la Société des Nations, relatif au régime des mandats, disposait que «le bien-être et le développement» des «peuples» constituaient «une mission sacrée de civilisation»⁷⁰. Le régime des mandats devait garantir «la liberté de conscience et de religion» conjointement avec la prohibition d'abus⁷¹.

95. L'article 73 de la Charte des Nations Unies, qui concerne les territoires non autonomes, est ainsi libellé :

«Les Membres des Nations Unies qui ont ou qui assument la responsabilité d'administrer des territoires dont les populations ne s'administrent pas encore complètement elles-mêmes reconnaissent le principe de la primauté des intérêts des habitants de ces territoires. Ils acceptent comme une mission sacrée l'obligation de favoriser dans toute la mesure possible leur prospérité, dans le cadre du système de paix et de sécurité internationales établi par la présente Charte et, à cette fin :

- a) d'assurer, en respectant la culture des populations en question, leur progrès politique, économique et social, ainsi que le développement de leur instruction, de les traiter avec équité et de les protéger contre les abus ;
- b) de développer leur capacité de s'administrer elles-mêmes, de

⁷⁰ Il ajoutait — et ce classement ne manqua pas de faire l'objet de critiques — que «le caractère du mandat» (à savoir les mandats A, B ou C) devait «différer suivant le degré de développement du peuple, la situation géographique du territoire, ses conditions économiques et toutes autres circonstances analogues».

⁷¹ Comme, par exemple, «la traite des esclaves, le trafic des armes et celui de l'alcool».

tenir compte des aspirations politiques des populations et de les aider dans le développement progressif de leurs libres institutions politiques, dans la mesure appropriée aux conditions particulières de chaque territoire et de ses populations et à leurs degrés variables de développement;

- c) d'affermir la paix et la sécurité internationales;
- d) de favoriser des mesures constructives de développement, d'encourager des travaux de recherche, de coopérer entre eux et, quand les circonstances s'y prêteront, avec les organismes internationaux spécialisés, en vue d'atteindre effectivement les buts sociaux, économiques et scientifiques énoncés au présent article;
- e) de communiquer régulièrement au Secrétaire général, à titre d'information, sous réserve des exigences de la sécurité et de considérations d'ordre constitutionnel, des renseignements statistiques et autres de nature technique relatifs aux conditions économiques, sociales et de l'instruction dans les territoires dont ils sont respectivement responsables, autres que ceux auxquels s'appliquent les chapitres XII et XIII.»

96. Les enseignements accumulés par ceux qui ont été témoins des massacres et des atrocités des cent dernières années ou qui y ont survécu et par ceux qui les étudient et y réfléchissent sérieusement de nos jours aboutissent à cette prise de conscience humaniste: à l'origine des institutions juridiques (mandats, tutelle, administration internationale de territoires), on décèle la conscience tardive du *devoir de protéger l'humanité*. Tel est à mon sens leur dénominateur commun le plus précieux.

VII. LA PRÉOCCUPATION DE L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES DANS SON ENSEMBLE DEVANT LA TRAGÉDIE HUMANITAIRE AU KOSOVO

97. Compte tenu de ce qui précède, nous allons maintenant examiner comment l'Organisation des Nations Unies *dans son ensemble* a réagi face à la tragédie humanitaire au Kosovo, dont la population a souffert pendant une décennie (1989-1999). Le Conseil de sécurité, mais aussi l'Assemblée générale, le Conseil économique et social et le Secrétaire général ont exprimé, de manière répétée, leur grave préoccupation devant cette crise humanitaire. De fait, comme nous allons le voir, cette crise était devenue un objet de préoccupation légitime pour l'ensemble de la communauté internationale dans le cadre de la Charte des Nations Unies.

1. *L'expression réitérée, par le Conseil de sécurité, de sa grave préoccupation devant la tragédie humanitaire au Kosovo*

98. Au cours de la période allant de mars 1998 à septembre 2001, le Conseil de sécurité a plusieurs fois fait état de sa préoccupation face à la grave crise humanitaire au Kosovo. Alors que, dès sa résolution 1160 (du

31 mars 1998), le Conseil de sécurité avait condamné «l'usage excessif de la force par les forces de police serbes contre des civils et des manifestants pacifiques au Kosovo, ainsi que tous les actes de terrorisme commis par l'Armée de libération du Kosovo»⁷², il devait quelques mois plus tard, dans sa résolution 1199 (du 23 septembre 1998), se déclarer «profondément préoccupé par la détérioration rapide de la situation humanitaire dans l'ensemble du Kosovo»⁷³ ainsi que par la «multiplication des violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire»⁷⁴, notamment

«par les combats intenses qui [s'étaient] récemment déroulés au Kosovo et, en particulier, par l'usage excessif et indiscriminé de la force par les unités de sécurité serbes et l'armée yougoslave qui [avaient] causé de nombreuses victimes civiles et, selon l'estimation du Secrétaire général, le déplacement de plus de deux cent trente mille personnes [ayant] dû abandonner leurs foyers»⁷⁵.

99. Dans cette même résolution 1199 (1998), le Conseil de sécurité se déclarait «profondément préoccupé par l'afflux de réfugiés» ainsi que par «le nombre croissant de personnes déplacées ... dont cinquante mille sont sans abri et manquent du nécessaire»⁷⁶. Il s'y alarmait ensuite de «l'imminence d'une catastrophe humanitaire»⁷⁷ et réaffirmait

«le droit de tous les réfugiés et de toutes les personnes déplacées de retourner dans leurs foyers en toute sécurité, ... soulignant que c'[était] à la République fédérale de Yougoslavie qu'il incomb[ait] de créer les conditions nécessaires à cette fin»⁷⁸.

Dans cette même résolution, le Conseil de sécurité exigeait ensuite le retour libre et en toute sécurité dans leurs foyers des réfugiés et des personnes déplacées et demandait qu'il leur soit fourni «une assistance humanitaire»⁷⁹, «d'œuvrer en vue d'améliorer la situation humanitaire et d'éviter le danger imminent de catastrophe humanitaire»⁸⁰; il soulignait également la nécessité «de traduire en justice les membres des forces de sécurité impliqués dans des mauvais traitements infligés aux civils»⁸¹, en coopérant pleinement avec le procureur du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie «aux fins des enquêtes sur les violations éventuelles qui relèveraient de la compétence du Tribunal»⁸². Dans cette

⁷² Troisième alinéa du préambule.

⁷³ Dixième et quatorzième alinéas du préambule.

⁷⁴ Onzième alinéa du préambule.

⁷⁵ Sixième alinéa du préambule.

⁷⁶ Septième alinéa du préambule.

⁷⁷ Dixième alinéa du préambule et paragraphe 1 du dispositif.

⁷⁸ Huitième alinéa du préambule.

⁷⁹ Paragraphe 5 *c)* et *e)* et paragraphe 12 du dispositif.

⁸⁰ Paragraphe 2 du dispositif.

⁸¹ Paragraphe 14 du dispositif.

⁸² Paragraphe 13 du dispositif.

même résolution, le Conseil réaffirmait son soutien à un règlement pacifique du problème du Kosovo, qui prévoirait «un statut renforcé pour le Kosovo, une autonomie sensiblement accrue et une véritable autonomie administrative»⁸³.

100. Un mois plus tard, le Conseil de sécurité adoptait sa résolution 1203 (du 24 octobre 1998), dans laquelle il réaffirmait ce dernier objectif dans les mêmes termes⁸⁴ et se déclarait «vivement alarmé et préoccupé par la situation humanitaire grave qui persiste dans tout le Kosovo, ainsi que par l'imminence d'une catastrophe humanitaire ... soulign[ant] à nouveau la nécessité de prévenir cette éventualité»⁸⁵ qui continuait «de faire peser une menace sur la paix et la sécurité dans la région»⁸⁶. Dans cette même résolution 1203 (1998), le Conseil de sécurité exigeait à nouveau que les autorités de la République fédérale de Yougoslavie assurent le retour dans leurs foyers de tous les réfugiés et de toutes les personnes déplacées, en toute sécurité, dans l'exercice de leur liberté de mouvement⁸⁷, de manière à «prévenir la catastrophe humanitaire imminente»⁸⁸. Il y demandait «que soit menée à bien sans délai ... une enquête sur toutes les atrocités commises contre des civils ... et qu'une coopération pleine et entière soit apportée au Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie»⁸⁹.

101. Sept mois plus tard, le Conseil adoptait sa résolution 1239 (du 14 mai 1999), dans laquelle il se déclarait à nouveau «gravement préoccupé par la catastrophe humanitaire qui sévi[ssait] au Kosovo ... et aux alentours», compte tenu de «l'afflux massif de réfugiés du Kosovo» ainsi que du «nombre croissant de personnes déplacées à l'intérieur du Kosovo»⁹⁰, et demandait «une coordination efficace des activités de secours humanitaire»⁹¹. Après avoir réaffirmé «le droit qu'ont tous les réfugiés et personnes déplacées de rentrer chez eux en toute sécurité et dans la dignité»⁹², le Conseil soulignait que «la situation humanitaire continuer[ait] de se détériorer en l'absence de solution politique de la crise conforme aux principes adoptés»⁹³.

102. Peu après, le Conseil de sécurité adoptait sa très importante résolution 1244 (du 10 juin 1999), qui est examinée ci-dessus et ci-dessous. Enfin fut adoptée la résolution 1367 (2001), dans laquelle le Conseil notait la situation difficile qui régnait sur le plan de la sécurité le long de la frontière administrative du Kosovo et soulignait que «le représentant

⁸³ Douzième alinéa du préambule.

⁸⁴ Huitième alinéa du préambule.

⁸⁵ Onzième alinéa du préambule.

⁸⁶ Quinzième alinéa du préambule.

⁸⁷ Paragraphes 12 et 9 du dispositif; voir également paragraphe 13.

⁸⁸ Paragraphe 11 du dispositif.

⁸⁹ Paragraphe 14 du dispositif.

⁹⁰ Troisième et quatrième alinéas du préambule.

⁹¹ Cinquième alinéa du préambule et paragraphes 1 et 2 du dispositif.

⁹² Paragraphe 4 du dispositif.

⁹³ Paragraphe 5 du dispositif.

spécial du Secrétaire général ... [était] toujours habilité, conformément à la résolution 1244 (1999), à limiter et à contrôler strictement les mouvements d'armes à l'intérieur du Kosovo et à destination et en provenance de celui-ci»⁹⁴.

2. La réaffirmation, par l'Assemblée générale, de sa grave préoccupation devant la tragédie humanitaire au Kosovo

103. Avant le Conseil de sécurité, à savoir dès 1994, l'Assemblée générale avait commencé à faire état de sa préoccupation envers la grave crise humanitaire au Kosovo. Dans sa résolution 49/204 (du 23 décembre 1994), première d'une série de résolutions consacrées à la situation des droits de l'homme au Kosovo, l'Assemblée générale prenait acte du fait que la situation au Kosovo s'était «encore dégradée», «diverses mesures discriminatoires [ayant été] prises dans les domaines législatif, administratif et judiciaire», des «actes de violence et arrestations arbitraires» ayant été perpétrés à l'encontre des «Albanais de souche» au Kosovo. Il apparaissait notamment :

- «a) que des Albanais de souche [étaient] victimes de brutalités policières, que celles-ci [avaient] entraîné la mort de certains d'entre eux, qu'il [était] procédé à des perquisitions, saisies et arrestations arbitraires, ainsi qu'à des expulsions de force, que des détenus subissaient des tortures et des sévices et que la justice [était] administrée de manière discriminatoire;
- b) que des fonctionnaires albanais de souche [faisaient] l'objet de renvois discriminatoires et arbitraires, notamment ceux qui appartenaient à la police ou [étaient] au service de la justice, que des Albanais de souche [étaient] renvoyés en masse de leur emploi, que l'on saisisait leurs biens ou qu'on les expropriait, que les élèves et les enseignants albanais [étaient] victimes de discrimination, que les écoles secondaires et l'université de langue albanaise [étaient] fermées, de même que toutes les institutions culturelles et scientifiques albanaises;
- c) que les partis politiques et associations des Albanais de souche [faisaient] l'objet de vexations et de persécutions, de même que leurs activités, que l'on faisait subir de mauvais traitements à leurs dirigeants et qu'on les emprisonnait;
- d) que des journalistes albanais de souche [étaient] en butte à des actes d'intimidation et incarcérés et que les organes d'information de langue albanaise [faisaient] systématiquement l'objet de brimades et de pratiques visant à perturber leurs activités;
- e) que des médecins et membres d'autres professions médicales albanais de souche [étaient] renvoyés des cliniques et hôpitaux;

⁹⁴ Quatrième alinéa du préambule.

- f) que la langue albanaise [était], dans la pratique, éliminée, en particulier dans l'administration et les services publics;
- g) que les Albanais du Kosovo, dans leur ensemble, [faisaient] massivement l'objet de pratiques gravement discriminatoires et répressives qui provoqu[aient] un mouvement généralisé d'émigration involontaire»⁹⁵.

104. Dans cette même résolution 49/204, l'Assemblée générale condamnait fermement «les mesures et pratiques discriminatoires», «la répression à grande échelle appliquée ... contre les Albanais de souche sans défense» et la discrimination «dont [faisaient] l'objet les Albanais de souche dans les secteurs administratif et judiciaire de l'administration ainsi que dans le domaine de l'enseignement, de la santé et de l'emploi, ceci ayant pour but de contraindre les Albanais de souche à partir»⁹⁶.

L'Assemblée générale exigeait ensuite que les autorités de la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) prennent toutes les mesures nécessaires «pour mettre immédiatement un terme» à toutes les violations des droits de l'homme (notamment à la pratique de la torture et aux autres traitements cruels, inhumains ou dégradants, aux perquisitions et détentions arbitraires et aux violations du droit à un procès équitable)⁹⁷. Elle encourageait en outre le Secrétaire général de l'ONU à poursuivre son action humanitaire dans la région, notamment en liaison avec le HCNUR et l'UNICEF,

«en vue de prendre d'urgence des mesures concrètes pour répondre aux besoins essentiels de la population au Kosovo, en particulier des groupes les plus vulnérables touchés par le conflit, et pour faciliter le retour volontaire dans leurs foyers des personnes déplacées»⁹⁸.

105. Un an plus tard, l'Assemblée générale adoptait sa résolution 50/190 (du 22 décembre 1995), dans laquelle elle prenait acte des mêmes mesures discriminatoires et actes de violence⁹⁹ et réaffirmait — dans un libellé plus long — ses préoccupations concernant les violations des droits de l'homme au Kosovo¹⁰⁰. L'Assemblée demandait instamment aux autorités de la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro):

- «a) de prendre toutes les mesures nécessaires pour mettre immédiatement un terme à toutes les violations des droits de l'homme dont [étaient] victimes les Albanais de souche au Kosovo, en particulier aux mesures et pratiques discriminatoires, aux fouilles et détentions arbitraires, aux violations du droit à un procès équitable, à la pratique de la torture et aux autres trai-

⁹⁵ Quatrième alinéa du préambule.

⁹⁶ Paragraphes 1 et 2 du dispositif.

⁹⁷ Paragraphe 3 du dispositif.

⁹⁸ Paragraphe 5 du dispositif.

⁹⁹ Cinquième alinéa du préambule.

¹⁰⁰ Sixième et huitième alinéas du préambule et paragraphes 1 et 2 du dispositif.

- tements cruels, inhumains ou dégradants et de rapporter toutes les dispositions législatives discriminatoires, en particulier celles qui [étaient] entrées en vigueur depuis 1989;
- b) de libérer tous les prisonniers politiques et de cesser de persécuter les dirigeants politiques et les membres d'organisations locales de défense des droits de l'homme;
 - c) de permettre l'établissement de véritables institutions démocratiques au Kosovo, dont le parlement et l'appareil judiciaire, et de respecter la volonté de ses habitants, ce qui serait le meilleur moyen d'empêcher l'intensification du conflit;
 - d) d'abolir leur politique officielle de peuplement, dans la mesure où elle favorise la recrudescence des tensions au Kosovo;
 - e) de rouvrir les institutions culturelles et scientifiques des Albanais de souche;
 - f) de poursuivre le dialogue avec les représentants des Albanais de souche au Kosovo, notamment sous les auspices de la conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie»¹⁰¹.

Et, à nouveau, l'Assemblée générale encourageait le Secrétaire général de l'ONU à poursuivre «son action humanitaire» dans la région, en liaison, entre autres, avec le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés et le Fonds des Nations Unies pour l'enfance, «pour répondre aux besoins essentiels de la population du Kosovo, en particulier des groupes les plus vulnérables touchés par le conflit» et pour «faciliter le retour volontaire dans leurs foyers des personnes déplacées»¹⁰².

106. Le 12 décembre 1996, à nouveau préoccupée par la «grave situation» qui continuait de régner au Kosovo dans le domaine des droits de l'homme, l'Assemblée générale condamnait, dans sa résolution 51/111¹⁰³, «toutes les violations des droits de l'homme, en particulier les mesures répressives et discriminatoires visant les Albanais de souche, et actes de violence commis au Kosovo»¹⁰⁴. L'Assemblée renouvelait ses exigences aux autorités de la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro)¹⁰⁵, et de nouveau (par. 6-7) encourageait le Secrétaire général à poursuivre son action humanitaire de concert avec les organismes à vocation humanitaire intéressés (comme le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés et le Fonds des Nations Unies pour l'enfance)

«pour répondre aux besoins impératifs de la population du Kosovo, en particulier des groupes les plus vulnérables touchés par le conflit, et pour faciliter le retour, en toute sécurité et dans la dignité, des personnes déplacées qui souhaitent regagner leurs foyers»¹⁰⁶.

¹⁰¹ Paragraphe 3 du dispositif.

¹⁰² Paragraphe 5 du dispositif.

¹⁰³ Deuxième alinéa du préambule.

¹⁰⁴ Paragraphe 1 du dispositif.

¹⁰⁵ Paragraphe 2 du dispositif.

¹⁰⁶ Paragraphe 6 du dispositif.

En outre, dans cette même résolution, l'Assemblée demandait que des lois et règlements garantissent «l'absence de toute discrimination et l'égalité devant la loi» et visent à «réduire le nombre de cas d'apatridie et à les éviter»¹⁰⁷.

107. Un an plus tard, dans sa résolution 52/139 (du 12 décembre 1997), l'Assemblée générale notait avec préoccupation «que la police serbe a[va]it eu recours à la force contre des étudiants albanais du Kosovo qui manifestaient pacifiquement le 1^{er} octobre 1997»¹⁰⁸ et se déclarait «profondément préoccupée» par «toutes les violations des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en particulier les mesures répressives et discriminatoires visant les Albanais de souche, ainsi que par les actes de violence commis au Kosovo»¹⁰⁹. En conséquence, l'Assemblée générale demandait aux autorités de la République fédérale de Yougoslavie :

- «a) de prendre toutes les mesures nécessaires pour faire cesser immédiatement toutes les violations des droits fondamentaux des Albanais de souche au Kosovo, en particulier les mesures et pratiques discriminatoires, les fouilles et détentions arbitraires, le non-respect du droit à un procès équitable et la pratique de la torture et autres traitements cruels, inhumains ou dégradants, et de rapporter toutes les dispositions législatives discriminatoires, en particulier celles qui sont entrées en vigueur depuis 1989;
- b) de libérer tous les prisonniers politiques et de cesser de persécuter les dirigeants politiques et les membres d'organisations locales de défense des droits de l'homme;
- c) de permettre aux réfugiés albanais du Kosovo de regagner leurs foyers en toute sécurité et dans la dignité;
- d) de permettre la mise en place de véritables institutions démocratiques au Kosovo, notamment le parlement et l'appareil judiciaire, et de respecter la volonté de la population, de telles mesures étant le meilleur moyen d'empêcher l'intensification du conflit;
- e) d'autoriser la réouverture des établissements d'enseignement et des institutions culturelles et scientifiques des Albanais de souche»¹¹⁰.

L'Assemblée générale y renouvelait les paroles d'encouragement qu'elle avait adressées au Secrétaire général¹¹¹ dans ses résolutions antérieures sur la situation des droits de l'homme au Kosovo (voir ci-dessus).

108. L'année suivante, l'Assemblée générale adopta une résolution de grande ampleur sur la situation des droits de l'homme au Kosovo; dans sa résolution 53/164 (du 9 décembre 1998), elle mettait l'accent sur les

¹⁰⁷ Paragraphe 7 du dispositif.

¹⁰⁸ Quatrième alinéa du préambule.

¹⁰⁹ Paragraphe 1 du dispositif.

¹¹⁰ Paragraphe 2 du dispositif.

¹¹¹ Paragraphe 7 du dispositif.

«dimensions régionales de la crise au Kosovo» et les «atteintes et violations graves dont les droits de l'homme et les droits humanitaires continu[aient] de faire l'objet au Kosovo»¹¹². L'Assemblée générale se déclarait gravement préoccupée

«par le recours systématique à la terreur contre les Albanais de souche, confirmé par les nombreuses informations ayant trait notamment aux tortures subies par les Albanais de souche, du fait des bombardements aveugles et systématiques, des déplacements forcés massifs de civils, des exécutions sommaires et des détentions illégales d'Albanais de souche ... perpétrés par la police et les forces armées»¹¹³.

L'Assemblée générale se déclarait en outre préoccupée «par des informations selon lesquelles des groupes armés d'Albanais de souche auraient commis des actes de violence à l'encontre de non-combattants et auraient détenu illégalement des individus, essentiellement des Serbes de souche»¹¹⁴.

109. Toujours dans cette résolution 53/164, l'Assemblée générale, demandant que soient respectés le droit international humanitaire et les normes internationales relatives aux droits de l'homme¹¹⁵, condamnait «les actes de violence, y compris les enlèvements, perpétrés par des groupes armés d'Albanais de souche, en particulier contre des non-combattants»¹¹⁶. Elle condamnait en outre

«vigoureusement ... les innombrables atteintes aux droits de l'homme commises par les autorités de la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) et les autorités militaires et de police du Kosovo, ... notamment les exécutions sommaires, les attaques systématiques frappant sans discrimination des civils, la destruction aveugle et systématique de biens, les déplacements forcés et massifs de civils, la prise en otage de civils, la torture et autres traitements cruels, inhumains ou dégradants...»¹¹⁷.

110. Par la suite, l'Assemblée générale, dans sa résolution 53/241 (du 28 juillet 1999), se pencha sur le financement de la Mission d'administration intérimaire des Nations Unies au Kosovo (MINUK). Dans la résolution suivante consacrée à cette question, la résolution 54/183 (du 17 décembre 1999), l'Assemblée générale portait de nouveau son attention sur la situation des droits de l'homme au Kosovo, rappelant tout d'abord les «années de répression, d'intolérance et de violence qu'a[vait] connues le Kosovo» et «le défi que représent[ait] l'édification d'une société pluriethnique sur la base d'une autonomie substantielle», ainsi

¹¹² Troisième et quatrième alinéas du préambule.

¹¹³ Cinquième alinéa du préambule.

¹¹⁴ Sixième alinéa du préambule.

¹¹⁵ Paragraphe 6 du dispositif; voir également les paragraphes 14 e), 17 et 18 a) et b).

¹¹⁶ Paragraphe 9 du dispositif.

¹¹⁷ Paragraphe 8 du dispositif.

que les «dimensions régionales de la crise au Kosovo, notamment en ce qui concerne la situation des droits de l'homme et la situation humanitaire» ainsi que «les problèmes qui continu[aient] de se poser en la matière»¹¹⁸.

111. L'Assemblée se déclarait ensuite préoccupée par les violations graves des droits de l'homme et du droit humanitaire international à l'encontre des Albanais de souche¹¹⁹. Dans sa résolution 54/183, l'Assemblée générale ajoutait que l'on disposait

«d'abondantes informations signalant des cas de torture, des tirs aveugles et systématiques, des déplacements forcés de nombreux civils, des exécutions sommaires et la détention illégale d'Albanais du Kosovo perpétrés par la police et les forces armées yougoslaves, [ainsi que des] cas fréquents de harcèlement, d'enlèvements et de meurtres de Serbes de souche, de Roms et de membres d'autres minorités au Kosovo, perpétrés par des extrémistes albanais»¹²⁰.

112. En conséquence, comme l'Assemblée générale devait le noter dans sa résolution 54/183, «toute la population du Kosovo a[vait] été touchée par le conflit»¹²¹. L'Assemblée générale soulignait que «toutes les minorités au Kosovo [devaient] jouir de la même manière de tous leurs droits fondamentaux»¹²², en même temps que «la nécessité de prendre d'urgence des mesures efficaces pour mettre un terme au trafic de femmes et d'enfants»¹²³. Dans le dispositif de cette résolution, l'Assemblée générale demandait que la crise au Kosovo soit résolue sur la base de «principes généraux»¹²⁴, et que l'on fasse cesser «toute action [permettant], de fait ou de droit, ... une ... partition selon des critères ethniques»¹²⁵. En outre, l'Assemblée demandait à toutes les parties «de s'abstenir de tout acte de violence»¹²⁶ et de «permettre à toutes les personnes déplacées et aux réfugiés, quelle que soit leur origine ethnique, de retourner chez eux librement et sans entrave, en toute sécurité et dans la dignité»¹²⁷.

113. Toujours dans sa résolution 54/183, l'Assemblée générale priait les organismes à vocation humanitaire compétents, ainsi que le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés et le Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, de continuer à prendre des

¹¹⁸ Troisième et quatrième alinéas du préambule.

¹¹⁹ Cinquième et sixième alinéas du préambule.

¹²⁰ Sixième et septième alinéas du préambule.

¹²¹ Huitième alinéa du préambule.

¹²² *Ibid.*

¹²³ Onzième alinéa du préambule.

¹²⁴ Paragraphes 1 et 2 du dispositif.

¹²⁵ Paragraphe 7 du dispositif.

¹²⁶ Paragraphe 6 du dispositif.

¹²⁷ Paragraphe 11 du dispositif.

mesures concrètes « pour répondre aux besoins impératifs de la population du Kosovo ainsi que pour aider les personnes déplacées qui le souhaitent [aient] à retourner dans leurs foyers en toute sécurité et dans la dignité »¹²⁸. Elle demandait aussi instamment à toutes les parties en présence au Kosovo d'appuyer les efforts déployés par le Fonds des Nations Unies pour l'enfance « pour que tous les enfants du Kosovo retournent à l'école dès que possible et de contribuer à la reconstruction ou à la réparation des écoles détruites ou endommagées pendant le conflit au Kosovo »¹²⁹.

114. L'Assemblée générale, continuant à traiter de la crise humanitaire au Kosovo, adopta ainsi, dans les années précédant sa requête pour avis consultatif de la Cour (formulée dans sa résolution 63/3 du 8 octobre 2008), quatorze résolutions sur le financement de la MINUK¹³⁰. Quelques mois après avoir demandé un avis consultatif à la Cour, elle a adopté une nouvelle résolution¹³¹, à nouveau sur le financement de la MINUK. L'Assemblée générale des Nations Unies, tout comme le Conseil de sécurité, a ces dernières années constamment prêté attention à l'évolution de la situation au Kosovo.

3. L'expression réitérée, par le Conseil économique et social, de sa grave préoccupation devant la tragédie humanitaire au Kosovo

115. Comme le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale, le Conseil économique et social s'est lui aussi penché sur la situation des droits de l'homme au Kosovo, lorsqu'elle était la plus préoccupante. Ainsi, un an après avoir approuvé, dans sa *décision 1998/272* du 30 juillet 1998, les demandes de l'ancienne Commission des droits de l'homme tendant à ce que le rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme en Bosnie-Herzégovine, en République de Croatie et en République fédérale de Yougoslavie effectue des missions en République fédérale de Yougoslavie, en particulier au Kosovo¹³², il approuvait à nouveau, dans sa *décision 1999/232* du 27 juillet 1999, une demande de l'ancienne Commission des droits de l'homme tendant à ce que ledit rapporteur spécial effectue des missions, entre autres, au Kosovo¹³³; il faisait parallèlement sienne la *décision* de la Commission des droits de l'homme priant le rapporteur spécial de faire des rapports intérimaires, selon que de besoin, sur

¹²⁸ Paragraphe 14 du dispositif.

¹²⁹ Paragraphe 21 du dispositif.

¹³⁰ Résolution 54/245 A du 23 décembre 1999; résolution 54/245 B du 15 juin 2000; résolution 55/227 A du 23 décembre 2000; résolution 55/227 B du 14 juin 2001; résolution 56/295 du 27 juin 2002; résolution 57/326 du 18 juin 2003; résolution 58/305 du 18 juin 2004; résolution 59/286 A du 13 avril 2005; résolution 59/286 B du 22 juin 2005; résolution 60/275 du 30 juin 2006; résolution 61/285 du 29 mai 2007 et résolution 62/262 du 20 juin 2008; résolution 63/295 du 30 juin 2009; et résolution 64/827 (distribution générale du 18 juin 2010, cf. doc. A/C.5/64/L.47 du 28 mai 2010).

¹³¹ Résolution 63/295 du 30 juin 2009.

¹³² Alinéa c) iii).

¹³³ Alinéa b) iii).

son action en faveur de l'initiative du Haut Commissariat aux droits de l'homme pour le Kosovo¹³⁴.

116. L'ancienne Commission des droits de l'homme de l'ONU, qui faisait rapport au Conseil économique et social et au Secrétaire général, avait adopté en 1994 deux résolutions dans lesquelles elle exprimait sa grave préoccupation devant la tragédie humanitaire au Kosovo. Dans sa résolution 1994/72 (du 9 mars 1994), la Commission, «sérieusement préoccupée» par la détérioration de la situation des droits de l'homme au Kosovo¹³⁵, avait condamné vigoureusement, en particulier,

«les mesures et pratiques discriminatoires et les violations des droits de l'homme dont les Albanais de souche au Kosovo [étaient] l'objet, ainsi que la répression à grande échelle menée par les autorités serbes»¹³⁶.

La Commission exigeait que ces autorités respectent «les droits de l'homme» des Albanais de souche au Kosovo et déclarait en outre que «le meilleur moyen de prévenir l'escalade éventuelle du conflit [était] de garantir les droits de l'homme, de rendre au Kosovo son autonomie et d'établir des institutions démocratiques au Kosovo»¹³⁷.

117. Peu après, dans sa résolution 1994/76 (également du 9 mars 1994), la Commission, prenant note d'un document du Conseil économique et social¹³⁸, condamnait à nouveau fermement «les mesures et les pratiques discriminatoires ainsi que les violations des droits de l'homme» commises par les autorités serbes contre les Albanais de souche au Kosovo¹³⁹, enjoignant de toute urgence à ces autorités:

- a) de mettre un terme à toutes les violations des droits de l'homme, mesures et pratiques discriminatoires à l'encontre des personnes d'origine albanaise au Kosovo, en particulier les détentions arbitraires et les actes qui constituent des violations du droit à un procès équitable, les tortures et les autres traitements cruels, inhumains ou dégradants;
- b) de libérer tous les prisonniers politiques et de cesser toute persécution à l'encontre des dirigeants politiques et membres des organisations locales de défense des droits de l'homme;
- c) de mettre en place des institutions démocratiques au Kosovo, et de respecter la volonté de ses habitants, ce qui [était] le meilleur moyen d'éviter l'intensification du conflit...»¹⁴⁰.

¹³⁴ Alinéa c) i).

¹³⁵ Paragraphe 25 du dispositif.

¹³⁶ Paragraphe 26 du dispositif.

¹³⁷ Paragraphe 27 du dispositif.

¹³⁸ Nations Unies, doc. E/CN.4/1994/110, rapport du rapporteur spécial chargé d'enquêter sur la situation des droits de l'homme dans l'ex-Yougoslavie, exposant «la détérioration persistante» de la situation des droits de l'homme au Kosovo.

¹³⁹ Paragraphe 1 du dispositif.

¹⁴⁰ Paragraphe 2 du dispositif.

118. Dans sa résolution 1995/89 (du 8 mars 1995), la Commission des droits de l'homme, rappelant à nouveau un rapport soumis au Conseil économique et social¹⁴¹, réaffirmait sa profonde préoccupation devant la situation des droits de l'homme qui régnait au Kosovo, condamnant catégoriquement une fois encore les mesures et pratiques discriminatoires¹⁴² et enjoignant à nouveau de toute urgence (voir ci-dessus) aux autorités serbes de mettre un terme à toutes les violations des droits de l'homme ainsi qu'aux mesures et pratiques discriminatoires et de respecter «la volonté des habitants du Kosovo»¹⁴³. Par la suite, dans sa résolution 1996/71 (du 23 avril 1996), la Commission devait à nouveau vivement engager les autorités serbes «à abroger tout texte de loi discriminatoire et à appliquer tous les autres textes de loi sans discrimination, à libérer tous les détenus politiques et à permettre le libre retour au Kosovo des réfugiés albanais de souche»¹⁴⁴. En outre, elle exigeait instamment que les autorités serbes

«prennent immédiatement des mesures pour mettre un terme à la répression contre les populations non serbes du Kosovo et empêcher qu'elles ne soient victimes de violence, y compris d'actes de harcèlement, de brutalités, de tortures, de fouilles injustifiées, de détentions arbitraires, de procès en l'absence des garanties d'une procédure régulière, d'expulsions et de licenciements arbitraires et injustifiés...»¹⁴⁵.

4. *L'affirmation réitérée, par le Secrétaire général, de sa grave préoccupation devant la tragédie humanitaire au Kosovo*

119. A l'instar d'autres organes principaux de l'Organisation des Nations Unies (Assemblée générale, Conseil de sécurité, Conseil économique et social — voir ci-dessus), le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a exprimé en diverses occasions sa grave préoccupation face à la tragédie humanitaire au Kosovo. Ainsi, dans son rapport du 12 juillet 1999 sur la MINUK¹⁴⁶, il a lancé ce cri d'alarme :

«Sur le plan humanitaire, les répercussions du conflit sur la population du Kosovo ont été très lourdes. Sur une population estimée en 1998 à un million sept cent mille habitants, depuis un an, près de la moitié (huit cent mille) sont allés se réfugier dans les régions voisines

¹⁴¹ Nations Unies, doc. E/CN.4/1995/57, dans lequel le rapporteur spécial exposait la situation des droits de l'homme dans l'ex-Yougoslavie, ainsi que les brutalités et mesures discriminatoires perpétrées au Kosovo.

¹⁴² Comme par exemple le fait que des fonctionnaires albanais de souche étaient licenciés en masse, des Albanais de souche étaient victimes de discrimination dans les écoles primaires, les écoles secondaires et à l'université, des médecins et des membres d'autres catégories de professions médicales étaient renvoyés des cliniques et des hôpitaux, ce qui provoquait un mouvement d'émigration involontaire.

¹⁴³ Paragraphes 29-31 du dispositif.

¹⁴⁴ Paragraphe 25 du dispositif.

¹⁴⁵ Paragraphe 26 du dispositif.

¹⁴⁶ Nations Unies, doc. S/1999/779 du 12 juillet 1999, p. 1-25.

de l'Albanie, de l'ex-République yougoslave de Macédoine et du Monténégro. Les estimations varient, mais le nombre de personnes déplacées pourrait atteindre cinq cent mille. Celles-ci sont souvent en plus mauvaise santé que les réfugiés, car elles ont passé des semaines entières à se cacher, privées de vivres et d'abri. Beaucoup de réfugiés et de personnes déplacées ont été marqués psychologiquement aussi bien que physiquement.

Au 8 juillet 1999, plus de six cent cinquante mille réfugiés étaient rentrés au Kosovo, les uns spontanément et les autres avec l'aide du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR). On estime donc qu'il reste cent cinquante mille personnes dans les pays et régions voisins, quatre-vingt-dix mille évacués dans des pays tiers et un nombre inconnu de demandeurs d'asile. Ceux qui ne sont pas encore rentrés chez eux continueront d'avoir besoin d'une assistance importante, tant dans le pays qui les accueille que quand ils finiront par rentrer. A l'intérieur du Kosovo, on ne sait pas encore combien de personnes n'ont pas regagné leur domicile...» (Par. 8-9.)

120. Dans ce même rapport, le Secrétaire général de l'ONU ajoutait, entre autres, ce qui suit :

«L'adoption de la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité et le déploiement de la KFOR et de la MINUK ont marqué la fin d'un chapitre tragique dans l'histoire du Kosovo. La communauté internationale a désormais pour tâche d'aider les habitants du Kosovo à reconstruire leur vie et à guérir les blessures du conflit. Le processus de réconciliation sera long et lent. Sa réalisation exigera patience et persévérance.» (Par. 117.)

121. Dans son rapport du 16 septembre 1999¹⁴⁷, le Secrétaire général écrivait : «Le niveau et la nature de la violence, au Kosovo, en particulier celle qui est dirigée contre les minorités vulnérables, demeurent très préoccupants. Les mesures prises pour résoudre ce problème ont un effet positif, mais une vigilance continue est nécessaire.» (Par. 4.) Le rapport indiquait certaines des mesures qu'il convenait de prendre le plus rapidement possible :

«Des enquêtes sur les conditions de logement ont été menées dans plus de quatre-vingt-dix pour cent des villages ayant souffert de la guerre. On estime que cinquante mille maisons ont subi des dégâts irréparables et que cinquante mille autres ont été endommagées à cinquante pour cent. La remise en état temporaire de ces dernières constitue l'une des tâches les plus urgentes à accomplir avant la venue de l'hiver.» (Par. 11.)

122. A cet effet, la MINUK comptait sur le concours du programme de réadaptation d'urgence du HCR (par. 11). Le Secrétaire général ajou-

¹⁴⁷ Nations Unies, doc. S/1999/987 du 16 septembre 1999, p. 1-12.

tait aussi dans son rapport que «fournir une assistance en faveur des enfants et des femmes constitu[ait] une préoccupation majeure»; pour ce faire, la MINUK comptait sur l'assistance du HCR, de l'Unicef et des organisations non gouvernementales, locales et internationales, qui mettaient en œuvre une série de projets dans le cadre de «l'initiative des femmes du Kosovo» (par. 13). Parallèlement à ces deux rapports, au début de cette même année 1999, le Secrétaire général avait publié, le 16 janvier 1999 (le lendemain du massacre de Raçak), une déclaration dans laquelle il exprimait sa grave préoccupation en ces termes :

«Je suis choqué d'apprendre le massacre présumé, au Kosovo, de 40 personnes, apparemment des civils... Je suis extrêmement préoccupé par ce dernier développement et appelle les autorités compétentes à mener une enquête complète. Je lance à nouveau un appel à toutes les parties au Kosovo pour qu'elles s'abstiennent de toute action qui pourrait aggraver davantage la tragique situation.»¹⁴⁸

123. A partir de 1999, le Secrétaire général de l'ONU publia de nombreux rapports périodiques sur l'activité de la MINUK. Au début de la décennie (2002-2004), ces rapports traitaient de la supervision de la mise en œuvre de la politique intitulée «les normes avant le statut»¹⁴⁹. Par la suite, de 2006 à 2008, avant la déclaration d'indépendance, le Secrétaire général a appelé l'attention de tous les intéressés sur l'importance, pour l'avenir du Kosovo, de mettre un terme à la violence. Ainsi, dans son rapport du 5 juin 2006¹⁵⁰, écrivait-il :

«L'application des normes est en effet la mesure de la volonté des dirigeants politiques et des institutions provisoires du Kosovo de mettre en place une société où l'ensemble de la population puisse vivre dans la dignité et la sécurité... [D]e véritables progrès à ce propos demeurent un élément indispensable de tout progrès dans le processus politique de la définition du statut futur du Kosovo...

La réconciliation demeure un élément indispensable de l'avenir d'un Kosovo multiethnique ainsi que de la stabilité dans la région. Toutes les communautés ont un rôle à jouer pour améliorer les conditions de vie dans lesquelles tous puissent vivre et travailler ensemble dans l'harmonie, mais la responsabilité première revient à la majorité...

¹⁴⁸ Cité dans M. Weller, *The Crisis in Kosovo, 1989-1999*, Cambridge, Docs. & Analysis Publ., 1999, p. 320. Deux jours plus tard, le 18 janvier 1999, M^{me} S. Ogata, Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, faisait également part de la grave préoccupation du Haut Commissariat et condamnait les atrocités; cité dans *ibid.*, p. 321.

¹⁴⁹ Voir rapports du Secrétaire général du 9 octobre 2002 (Nations Unies, doc. S/2002/1126), par. 2; du 29 janvier 2003, (Nations Unies, doc. S/2003/113), par. 12 et 61; et du 16 janvier 2004 (Nations Unies, doc. S/2004/71), par. 2.

¹⁵⁰ Nations Unies, doc. S/2006/361 du 5 juin 2006, p. 1-9.

La violence nuira au processus de définition du statut futur et ne saurait être tolérée par aucun élément de la société du Kosovo...»¹⁵¹

124. Dans ses rapports suivants sur la MINUK, le Secrétaire général devait de plus en plus axer son attention sur l'établissement d'institutions provisoires aux fins d'un gouvernement autonome démocratique, c'est-à-dire de la création d'institutions publiques, pour encourager le renforcement de l'état de droit dans une société démocratique¹⁵². Dans l'un de ces rapports (daté du 9 mars 2007), le Secrétaire général déclarait :

«Cela fait maintenant près de huit ans que dure la Mission intérimaire d'administration des Nations Unies et le Kosovo comme sa population ont besoin d'avoir une vision claire de leur avenir... Les progrès en vue d'une conclusion en temps voulu du processus concernant le futur statut politique du Kosovo et l'adoption d'une solution durable à cet égard devraient être une priorité pour l'ensemble de la communauté internationale.

Cette solution doit assurer la stabilité du Kosovo et la coexistence pacifique de toutes les communautés. Le recours par des groupes extrémistes à la violence pour atteindre des objectifs politiques ne saurait être toléré et devrait être fermement condamné.»¹⁵³

125. Dans son rapport suivant (daté du 29 juin 2007), le Secrétaire général prenait acte du rapport de son envoyé spécial, dans lequel celui-ci recommandait pour le Kosovo «un statut d'indépendance sous la supervision, au départ, de la communauté internationale», ainsi que de sa proposition de règlement¹⁵⁴. Dans son rapport du 20 novembre 2006, le Secrétaire général avait déjà demandé aux dirigeants et au peuple du Kosovo de demeurer engagés dans le règlement politique et ajouté :

«Il demeure important que les autorités du Kosovo continuent à aller de l'avant sans perdre de vue la totalité des normes importantes pour la mise en place d'institutions plus stables et plus efficaces en vue d'améliorer la fourniture de services à tous les habitants du Kosovo.»¹⁵⁵

126. Vient enfin une série de rapports du Secrétaire général sur l'action de la MINUK depuis la déclaration d'indépendance du Kosovo du

¹⁵¹ Nations Unies, doc. S/2006/361, par. 24 et 26-27, p. 8-9.

¹⁵² Voir rapports du 1^{er} septembre 2006 (Nations Unies, doc. S/2006/707); du 20 novembre 2006 (Nations Unies, doc. S/2006/906); du 9 mars 2007 (Nations Unies, doc. S/2007/134); du 29 juin 2007 (Nations Unies, doc. S/2007/395); du 28 septembre 2007 (Nations Unies, doc. S/2007/582); et du 3 janvier 2008 (Nations Unies, doc. S/2007/768).

¹⁵³ Nations Unies, doc. S/2007/134 du 9 mars 2007, par. 24-25, p. 7.

¹⁵⁴ Nations Unies, doc. S/2007/395 du 29 juin 2007, par. 2, p. 1, et les documents qui y sont cités.

¹⁵⁵ Nations Unies, doc. S/2006/906 du 20 novembre 2006, par. 24, p. 7.

17 février 2008¹⁵⁶. Peu de temps après l'adoption de cette déclaration d'indépendance par l'Assemblée du Kosovo le même jour, le Secrétaire général de l'ONU, dans son rapport du 28 mars 2008, prenait acte de la déclaration (par. 3) et ajoutait que la MINUK «continuerait à fonctionner en partant du principe que la résolution 1244 (1999) reste en vigueur» (par. 29), tout en concédant que :

«la déclaration d'indépendance du Kosovo a eu de profondes répercussions sur la situation dans le pays. Cette déclaration et les événements qui se sont déroulés par la suite ont mis à rude épreuve la capacité de la MINUK à exercer son autorité administrative dans le territoire.» (Par. 30.)

127. Dans son rapport du 12 juin 2008 sur la MINUK, le Secrétaire général notait que la constitution adoptée le 9 avril 2008 par l'Assemblée du Kosovo devait entrer en vigueur le 15 juin 2008 (par. 7), ce qui posait selon lui «d'importants problèmes pour la capacité de la Mission d'exercer son autorité administrative» (par. 10, 14 et 17). Dans son rapport du 15 juillet 2008, le Secrétaire général ajoutait que «les autorités de Pristina [avaient] pris un certain nombre de mesures pour affirmer leur autorité au Kosovo» (par. 4) et que la MINUK «s'était trouvée face à une situation profondément différente» au Kosovo (par. 29).

128. Dans le rapport suivant (en date du 24 novembre 2008), le Secrétaire général reconnaissait qu'il était difficile au représentant spécial de s'acquitter de son mandat «compte tenu de l'incompatibilité qui existait entre la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité et la constitution du Kosovo» (par. 21). Enfin, dans son rapport du 10 juin 2009, le Secrétaire général ajoutait que, bien que les autorités du Kosovo aient affirmé «que la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité n'était plus pertinente» (par. 2), l'Organisation des Nations Unies «maintiendra[it] une position de stricte neutralité vis-à-vis de la question du statut du Kosovo» (par. 40).

129. Ainsi, il ressort clairement de ces rapports et des précédents que, au début, la préoccupation primordiale du Secrétaire général de l'ONU et de la MINUK était la sûreté et les conditions de vie de la population. La création d'institutions est une préoccupation plus récente. L'administration internationale du territoire n'apparaît pas comme une fin en soi, mais plutôt comme un moyen d'atteindre un objectif, celui d'assurer le bien-être du «peuple» ou de la «population» et de faire en sorte que les habitants vivent dans une société démocratique où le droit est respecté.

¹⁵⁶ Voir rapports du Secrétaire général du 28 mars 2008 (Nations Unies, doc. S/2008/211); du 12 juin 2008 (Nations Unies, doc. S/2008/354); du 15 juillet 2008 (Nations Unies, doc. S/2008/458); du 24 novembre 2008 (Nations Unies, doc. S/2008/692); du 17 mars 2009 (Nations Unies, doc. S/2009/149); du 10 juin 2009 (Nations Unies, doc. S/2009/300); du 30 septembre 2009 (Nations Unies, doc. S/2009/497); et du 5 janvier 2010 (Nations Unies, doc. S/2010/5).

Quant aux rapports les plus récents, publiés au moment de la déclaration d'indépendance du Kosovo et peu après, il est difficile de ne pas en retirer l'impression que le Kosovo y était d'ores et déjà considéré comme un Etat *in statu nascendi*.

5. Constat général

130. Au vu de ce qui précède, il est manifeste que l'Organisation des Nations Unies *dans son ensemble* s'est inquiétée de la tragédie humanitaire au Kosovo. Chacun de ses principaux organes (Assemblée générale, Conseil de sécurité, Conseil économique et social et Secrétariat) a fait état à diverses occasions de sa grave préoccupation à ce sujet et chacun a cherché à résoudre la crise, dans son propre domaine de compétence. Les domaines de compétence de ces organes ne sont pas concurrents mais complémentaires, de manière à ce que soient atteints les buts énoncés dans la Charte des Nations Unies, à la lumière des principes qui y sont proclamés (articles premier et 2). La crise concernait la communauté internationale tout entière et c'est à bon droit que l'Organisation des Nations Unies *dans son ensemble* s'en est occupée.

131. La Cour internationale de Justice, organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies (article 92 de la Charte des Nations Unies), a été invitée à se prononcer sur un aspect spécifique, à savoir la conformité au droit international de la déclaration d'indépendance relative au Kosovo. Dans l'exercice de sa fonction consultative et consciente de la haute responsabilité qui lui incombe en sa qualité de Cour mondiale, elle a, à juste titre, refusé de se livrer à l'exercice fallacieux et artificiel qui aurait consisté à délimiter les compétences des organes principaux des Nations Unies. Elle a gardé à l'esprit les buts et principes de la Charte des Nations Unies, ainsi que le droit international général. Elle a agi comme elle le devait.

VIII. *EX INJURIA JUS NON ORITUR*

132. Selon un principe général bien établi du droit international, un acte illicite ne peut pas devenir source d'avantages, de profits ou d'autres droits pour son auteur¹⁵⁷ : *ex injuria jus non oritur*. Pendant la période allant de la révocation de l'autonomie du Kosovo en 1989 à l'adoption, par le Conseil de sécurité de l'ONU, de sa résolution 1244 (1999), de graves violations du droit international ont été commises successivement par tous les intéressés. Ces graves violations, émanant de toutes les parties, ont lourdement porté atteinte à un large segment de la population du

¹⁵⁷ P. Guggenheim, «La validité et la nullité des actes juridiques internationaux», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (1949), vol. 74, p. 226-227, 230-231 et 256; H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, Cambridge University Press, 1947, p. 420-421.

Kosovo. En particulier, de graves violations des droits de l'homme et du droit humanitaire international ont été commises par à peu près tous ceux qui sont intervenus dans la crise du Kosovo.

133. Au cours de la procédure consultative devant la Cour, un petit nombre de participants ont invoqué le principe *ex injuria jus non oritur*, chacun se référant à l'un des actes illicites successifs commis au cours de la décennie 1989-1999, et jusqu'à la déclaration d'indépendance du Kosovo, le 17 février 2008. Aucun d'entre eux n'a considéré comme un tout la succession des *injuriae* — y compris trois bombardements injustifiés du Kosovo effectués par l'OTAN en 1999, hors du cadre de la Charte des Nations Unies, qui ont aussi fait des centaines de victimes civiles innocentes. De fait, des *injuriae* ont été commises partout, dans la région tout entière, et par différents acteurs (étatiques ou non).

134. Le principe *ex injuria jus non oritur* s'applique à toutes ces graves violations, aux atrocités perpétrées contre la population aussi bien qu'au recours injustifié à la force dans les bombardements du Kosovo (qui ont eux aussi causé la mort de nombreux innocents dans la population civile), hors du cadre de la Charte des Nations Unies. La résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité de l'ONU ne saurait donc être interprétée comme avalisant des actes illicites quelles qu'en soient l'origine ou la nature ou comme en tirant un avantage. Bien au contraire: par cette résolution, le Conseil de sécurité a réinscrit le traitement de la crise humanitaire au Kosovo dans le cadre de la Charte des Nations Unies, plaçant ainsi *l'Organisation des Nations Unies dans son ensemble (et pas seulement le Conseil de sécurité)* devant l'un des plus grands défis de l'époque contemporaine. Il ne fait pas de doute que le Conseil de sécurité, agissant en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, est intervenu de manière décisive, par sa résolution 1244 (1999), pour restaurer et préserver la paix au Kosovo et dans la région tout entière.

135. Lorsqu'il a créé la MINUK par cette résolution, le Conseil de sécurité a veillé à ne pas anticiper ni préjuger les résultats de l'administration intérimaire du Kosovo. Sa position équilibrée ressort des termes de la résolution 1244 (1999) lue dans son ensemble: nulle part le Conseil n'y manifeste une obsession — caractéristique du droit international traditionnel du passé — pour le territoire au détriment du peuple, de la population locale. Il y prend en compte le peuple. L'adage *ex injuria jus non oritur* y est toujours présent en filigrane.

136. A ce principe général, si bien établi soit-il, est parfois opposée la maxime *ex factis jus oritur*¹⁵⁸. Cela ne signifie pas que le droit puisse être engendré par de graves violations du droit humanitaire international, mais qu'il naît en réponse ou en réaction à celles-ci. Dans l'univers théorique du droit international, comme du droit en général, on se

¹⁵⁸ H. Lauterpacht, «Règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (1937), vol. 62, p. 287-288; P. Guggenheim, «La validité et la nullité ...», *op. cit. supra* note 157, p. 231.

trouve dans le domaine du *Sollen* et non pas du *Sein*, ou du moins dans la tension entre le *Sollen* et le *Sein*. Il est inconcevable que des droits des Etats puissent être engendrés ou préservés par des violations graves et systématiques des droits de l'homme et du droit humanitaire international.

137. Ainsi, l'adage *ex factis jus oritur* n'équivaut pas à une carte blanche, car le droit joue également son rôle dans la création de droits en conséquence de la tension entre le *Sollen* et le *Sein*. Au stade actuel de l'évolution du droit des gens, il est intolérable qu'un peuple soit contraint de vivre sous l'oppression ou que le contrôle d'un territoire puisse servir à mettre en œuvre une politique d'oppression planifiée et perpétrée par un Etat. Cela constituerait une inversion brutale et flagrante de la mission de l'Etat, qui est de promouvoir le bien commun.

IX. CONDITIONS DE VIE DE LA POPULATION DU KOSOVO DEPUIS 1989 :
EXPOSÉS ET OBSERVATIONS PRÉSENTÉS À LA COUR
DANS LE CADRE DE LA PRÉSENTE PROCÉDURE CONSULTATIVE

138. Il me semble pleinement justifié, et même nécessaire, d'examiner dans le cadre de la procédure consultative engagée par la demande de l'Assemblée générale les conditions de vie — ou plutôt de survie — de la population du Kosovo, depuis que celui-ci a été privé de son autonomie en 1989 jusqu'à l'établissement de l'administration internationale du territoire sous l'égide des Nations Unies, en application de la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité. Cet aspect crucial a de fait été soulevé et traité devant la Cour tant lors de la phase écrite que lors de la phase orale.

*1. Exposés et observations présentés
dans la phase écrite de la procédure*

139. Dans la phase écrite, certains des participants ont cherché à présenter — à part une relation descriptive des faits — un jugement de valeur sur les événements qui se sont déroulés pendant la décennie 1989-1999, indépendamment de leurs conclusions sur la question fondamentale à l'examen. Ainsi, dans son exposé écrit, l'Allemagne a indiqué que le Gouvernement yougoslave «avait créé un climat de non-droit absolu dans la région» et

«que non seulement les autorités responsables n'ont pas protégé la vie et l'intégrité physique de leurs citoyens de souche albanaise, mais aussi que ces citoyens sont devenus l'objet de constantes persécutions, soumis à l'arbitraire le plus absolu... Il a été fait clairement savoir à tous les Albanais de souche que leur présence au Kosovo était indésirable et qu'ils feraient mieux de quitter définitivement la région.» (P. 11.)

L'Allemagne a ensuite conclu que «ces faits ... parlent d'eux-mêmes» et confirment pleinement que

«au début de 1999 il existait vraiment, ainsi que l'ont constaté et établi des institutions tierces bien informées et impartiales, une situation d'urgence humanitaire causée par des crimes graves délibérément et intentionnellement commis par les forces de sécurité et les forces militaires de la RFY, et que cette stratégie criminelle a pris une ampleur sans précédent lorsque la Mission de vérification au Kosovo a été retirée» (p. 13).

140. De même, dans ses observations écrites, le Royaume-Uni a souligné que ces événements d'une violence extrême (ceux de la période 1989 à 1999) constituaient

«des violations atroces des droits de l'homme solidement avérées, violations qui avaient été «analysées et condamnées par l'Assemblée générale des Nations Unies, le Conseil de sécurité, divers organes créés dans le cadre de l'ONU en vertu d'instruments internationaux (tels que le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD) et le Comité contre la torture), par l'ancienne Commission des droits de l'homme de l'ONU, les rapporteurs spéciaux des Nations Unies (de 1992 à 1997), ainsi que par le Comité international de la Croix-Rouge» (par. 14).

Le Royaume-Uni avait également invoqué ces sources dans son exposé écrit (par. 2.25-2.40).

141. Les Pays-Bas, rappelant dans leur exposé écrit les conclusions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Milutinovic et consorts* (2009 — voir ci-dessous), ont souligné que des «campagnes de terreur et de violence» avaient débouché sur «le déni de droits humains fondamentaux» au Kosovo, ce qui constituait une violation

«grave parce que systématique, l'existence d'une entreprise criminelle commune, notamment, prouvant que cette violation était délibérée et organisée. La violation était également grave parce que flagrante: le nombre d'Albanais du Kosovo expulsés, de même que la nature et la portée des violences exercées à leur encontre prouvent la nature manifeste de la violation, qui représente une attaque directe contre les valeurs protégées.» (Par. 3.12.)

142. La Norvège a informé la Cour dans son exposé écrit que, dans sa lettre de reconnaissance du Kosovo (décret royal du 28 mars 2008), elle avait fait référence aux nombreuses preuves examinées par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Milutinovic et consorts* (2009). Dans ses observations écrites, elle a rappelé que, aux termes des accords de Rambouillet (1999), le statut final du Kosovo devait être déterminé «sur la base de la volonté du peuple».

143. Dans le même ordre d'idées, l'Albanie a cité dans son exposé écrit un rapport publié par la commission internationale d'experts selon lequel, «[p]ar une campagne généralisée *et* systématique de terreur et de violence, la population albanaise du Kosovo devait être déplacée de force à l'intérieur et à l'extérieur du Kosovo»; la finalité de cette campagne était de «déplacer un nombre suffisant [d'Albanais du Kosovo] pour faire pencher la balance démographique dans le sens de l'égalité ethnique et de faire rentrer dans le rang les Albanais du Kosovo» (par. 29).

144. En outre, l'Albanie a mentionné la répression systématique, les violations quotidiennes des droits de l'homme et les politiques discriminatoires de l'Etat (entre 1990 et 1995 — par. 11); elle a également cité les rapports du rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits de l'homme dans l'ex-Yougoslavie et de Human Rights Watch (1997-1998 — par. 18 et 20). Elle a aussi rappelé la résolution 1998/79 de l'ancienne Commission des droits de l'homme de l'ONU, par laquelle la Commission avait invité les autorités serbes à mettre fin aux tortures et aux mauvais traitements à l'encontre de détenus (par. 18). Pour terminer, l'Albanie a ajouté que «l'intention de réduire la population albanaise au Kosovo à environ six cent mille personnes en tuant des membres du groupe ou en les expulsant de force était connue des délégués étrangers et aurait été exprimée publiquement par des fonctionnaires serbes» (par. 29). Cette idée a été reprise par quelques participants au cours de la phase orale de la procédure (voir ci-dessous).

145. Toujours dans la phase écrite de la procédure, l'Autriche a mentionné dans son exposé diverses sources documentaires, y compris les conclusions rendues en 2009 par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie en l'affaire *Milutinovic et consorts*, confirmant les violations massives des droits de l'homme et du droit international humanitaire au Kosovo à partir de la révocation de l'autonomie en 1989, ainsi que la perpétration de crimes contre l'humanité en 1999 (par. 5-9). De même, l'Estonie a, elle aussi, constaté dans son exposé écrit que le déni persistant du droit à l'autodétermination interne dont le peuple du Kosovo avait été victime s'était accompagné de graves violations des droits de l'homme et d'un nettoyage ethnique, comme l'indiquaient divers documents de l'ONU (p. 6-9, par. 2.1.1).

146. Dans le même ordre d'idées, la Pologne a appelé l'attention dans son exposé écrit sur les violations systématiques de grande ampleur des droits de l'homme et du droit international commises au Kosovo pendant les années quatre-vingt-dix, marquées par la généralisation du nettoyage ethnique, le déplacement forcé de la population, les détentions arbitraires et les exécutions extrajudiciaires, ainsi que par des disparitions forcées et le déclenchement de violences visant la population civile du Kosovo (comme l'a établi la chambre de première instance du TPIY dans son jugement de 2009 rendu en l'affaire *Milutinovic et consorts*), ce qui a donné à la situation du Kosovo un caractère unique et *sui generis*. Pour

la Pologne, il convenait de prendre en compte cette situation lors de l'examen de la déclaration d'indépendance du Kosovo du 17 février 2008 (par. 4.5.1 et 5.2.2.1).

147. D'autres références aux violations graves et systématiques des droits de l'homme au Kosovo ont été faites par la Suisse dans son exposé écrit, dans lequel elle a également cité les résolutions de l'Assemblée générale et les conclusions du TPIY en l'affaire *Milutinovic et consorts* (voir ci-dessus par. 81-85). Les Etats-Unis, rappelant divers documents de l'ONU (Assemblée générale, Conseil de sécurité, ancienne Commission des droits de l'homme, Haut Commissariat aux droits de l'homme, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), ont eux aussi considéré dans leur exposé écrit que l'arrière-plan factuel marqué par la violence et la répression massive au cours des années quatre-vingt-dix devait être pris en compte dans l'examen de la déclaration d'indépendance du Kosovo du 17 février 2008 (chapitres II et III).

148. La Slovénie, dans son exposé écrit, a indiqué que la répression systématique des Albanais du Kosovo était l'un des facteurs qui l'avaient amenée à reconnaître le Kosovo le 5 mars 2008 (par. 3). Le Luxembourg, dans son exposé écrit, a tenu compte lui aussi du contexte de grave crise humanitaire ayant caractérisé le Kosovo au cours des années quatre-vingt-dix et surtout à la fin de la décennie, qui appelait une réaction de la communauté internationale (par. 6, n. 1). La Finlande, rappelant également les conclusions du TPIY en l'affaire *Milutinovic et consorts* (voir ci-dessus), a fait valoir dans son exposé écrit qu'il fallait tenir compte de l'arrière-plan factuel de la situation au Kosovo pendant la période 1989-2007 pour examiner la déclaration d'indépendance du 17 février 2008. Selon la Finlande, le Kosovo avait été confronté à cette situation en conséquence de l'éclatement violent de la Yougoslavie, à la faveur duquel une politique délibérée de répression et de persécution des Albanais du Kosovo avait été mise en œuvre pendant la décennie 1989-1999 (pour les rendre vulnérables) et avait abouti, au printemps 1999, au déplacement massif de la population au Kosovo et à son exode (par. 10 et 11).

2. Déclarations faites dans la phase orale de la procédure

149. L'arrière-plan factuel de la grave crise humanitaire au Kosovo a également été porté à l'attention de la Cour internationale de Justice dans la phase orale de la procédure consultative. La question a été reprise par les participants — indépendamment de leurs conclusions concernant la déclaration d'indépendance du Kosovo en date du 17 février 2008 — aux audiences publiques de la Cour, tenues pendant la première quinzaine de décembre 2009. Ainsi, dans ses arguments oraux, l'actuelle Serbie (et c'est tout à son honneur) a dit regretter les tragédies et les souffrances provoquées par le conflit de la décennie 1989-1999; elle a reconnu qu'une opération de nettoyage ethnique s'était déroulée dans la ville de Pristina et que tout cela — les actes de violence généralisés perpétrés par des auteurs

étatiques et non étatiques — avait conduit à l'instauration, en 1999, de l'administration internationale du territoire et aux poursuites pénales contre les responsables des graves violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire¹⁵⁹.

150. Pour leur part, les autorités du Kosovo, après avoir rappelé les persécutions des années vingt, des années cinquante et des années soixante, ont ajouté que l'abolition forcée, par l'intimidation, de l'autonomie du Kosovo en 1989 par S. Milošević avait engendré la «catastrophe humanitaire» des années 1998 et 1999, entraînant une discrimination de grande ampleur, de graves violations des droits de l'homme, des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité, le nettoyage ethnique, des afflux massifs de réfugiés, des pertes en vies humaines et de grandes souffrances — tout cela rendant impossible au peuple kosovar d'envisager un avenir au sein de la Serbie¹⁶⁰. L'Albanie, elle aussi, a fait état de la révocation illicite de l'autonomie du Kosovo, qui avait conduit à ces violations systématiques et généralisées des droits de l'homme comprenant, outre le nettoyage ethnique, des exécutions sommaires, des tortures et des viols, des disparitions forcées, des déplacements forcés, tout cela du fait des forces militaires et paramilitaires serbes¹⁶¹. L'Albanie a déclaré que plus de un million et demi d'Albanais du Kosovo avaient été expulsés par la force de leurs foyers et affirmé que le refus de l'autodétermination interne du Kosovo avait ouvert la voie à son indépendance¹⁶².

151. Le Danemark a, lui aussi, fait état des événements tragiques des années quatre-vingt-dix et soutenu que ces violations flagrantes des droits de l'homme avaient amené le Conseil de sécurité à adopter la résolution 1244 (1999) pour répondre aux besoins véritables et quotidiens de la «population» du Kosovo¹⁶³. Le Brésil a estimé que l'adoption par le Conseil de sécurité de la résolution 1244 (1999) montrait bien que le «système collectif de sécurité» des Nations Unies «rejetait manifestement» l'idée qu'un Etat, «sous couvert de sa souveraineté ... puisse perpétrer des crimes odieux contre sa propre population»¹⁶⁴. Selon l'Espagne, la grave situation résultant de violations des droits de l'homme et du droit humanitaire international ainsi que des droits des minorités au Kosovo avait été «régulée» en 1999, avec l'adoption par le Conseil de sécurité de la résolution 1244 (1999)¹⁶⁵. La Russie a déclaré que l'adoption par le Conseil de sécurité de la résolution 1244 (1999) était la conséquence de la tragédie qui s'était abattue sur le Kosovo, du conflit dont sa «communauté» était victime et des actes de terrorisme de l'Armée de libération du Kosovo¹⁶⁶.

¹⁵⁹ CR 2009/24 du 1^{er} décembre 2009, p. 33-34.

¹⁶⁰ CR 2009/25 du 2 décembre 2009, p. 15-19.

¹⁶¹ CR 2009/26 du 2 décembre 2009, p. 8-9.

¹⁶² *Ibid.*, p. 9 et 31.

¹⁶³ CR 2009/29 du 7 décembre 2009, p. 66 et 74-75.

¹⁶⁴ CR 2009/28 du 4 décembre 2009, p. 17.

¹⁶⁵ CR 2009/30 du 8 décembre 2009, p. 18.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 45.

152. Les Etats-Unis ont fait valoir que le Kosovo, après avoir souffert d'une tragédie marquée par l'oppression et des atteintes massives et systématiques aux droits de l'homme, s'était détaché de la Serbie¹⁶⁷. La Croatie, quant à elle, a souligné que la révocation illicite de l'autonomie du Kosovo avait été suivie d'une répression systématique et de graves violations des droits de l'homme de la population, lesquelles avaient entraîné la mise en place d'une administration internationale du Kosovo sous l'égide des Nations Unies, puis son auto-administration¹⁶⁸; selon la Croatie, le Kosovo possédait maintenant les attributs d'un Etat, et la Cour devait en tenir compte¹⁶⁹.

153. La Jordanie a rappelé l'histoire bien attestée du Kosovo, marquée par la discrimination, les brutalités policières, les emprisonnements arbitraires, la torture, le nettoyage ethnique, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité dont le «peuple» kosovar a été victime, ainsi que la révocation de son autonomie en 1989; elle a rappelé aussi que la déclaration d'indépendance du Kosovo du 17 février 2008 prévoyait une supervision internationale et des garanties en matière de droits de l'homme¹⁷⁰; elle a fait valoir en outre que, dans cette situation, le «peuple» kosovar avait droit à l'indépendance par suite de la désintégration de la République fédérative socialiste de Yougoslavie en 1991¹⁷¹. De même, les Pays-Bas ont rappelé la terreur qui régnait au Kosovo à cause des massacres, des sévices sexuels, des déplacements forcés; en conséquence de ces graves violations de la Serbie, le «peuple» kosovar était pleinement justifié à exercer son droit à l'autodétermination, et la reconnaissance de ce droit par la Cour contribuerait à la paix et à la stabilité de la région¹⁷².

154. Selon la Finlande, les atrocités perpétrées au Kosovo nécessitaient d'instaurer les conditions dans lesquelles les «communautés» du Kosovo pourraient vivre dans la paix et dans la justice; c'est pourquoi, en raison de l'impossibilité de revenir au *statu quo ante*, l'Etat du Kosovo avait été constitué et son indépendance avait été proclamée le 17 février 2008¹⁷³. Le Royaume-Uni, après avoir rappelé la «catastrophe sur le plan des droits de l'homme» qui avait suivi la révocation de l'autonomie du Kosovo en 1989, a fait valoir que la sécession n'est pas réglementée par le droit international, que l'intégrité territoriale concerne uniquement les relations internationales, que l'article premier des deux pactes de l'ONU relatifs aux droits de l'homme ne s'applique pas uniquement aux cas de décolonisation et que la stabilité actuelle de la région résulte de l'indépendance du Kosovo¹⁷⁴.

155. Comme on le voit, tous ces participants ont jugé approprié de met-

¹⁶⁷ CR 2009/30 du 8 décembre 2009, p. 31 et 33.

¹⁶⁸ CR 2009/29 du 7 décembre 2009, p. 57.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 61.

¹⁷⁰ CR 2009/31 du 9 décembre 2009, p. 28-31.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 30-32, 36-37, 39 et 41.

¹⁷² CR 2009/32 du 10 décembre 2009, p. 8, 11, 13 et 16.

¹⁷³ CR 2009/30 du 8 décembre 2009, p. 52-53, 61 et 64.

¹⁷⁴ CR 2009/32 du 10 décembre 2009, p. 42, 50 et 54.

tre particulièrement l'accent sur les conditions de vie — ou plutôt de survie — de la population du Kosovo pendant la période considérée, à savoir depuis la révocation en 1989, par la Serbie, de l'autonomie du Kosovo (qui était garantie par la Constitution depuis 1974), ce qui a engendré de graves souffrances pour la population pendant toute une décennie, jusqu'en 1999. Je me sens tenu de rendre compte de cet aspect de la procédure consultative qui s'est déroulée devant la Cour (phases écrite et orale) puisque, pour des raisons qui m'échappent, il n'est même pas évoqué dans l'avis consultatif de la Cour. Il est important de constater que les souffrances de la population du Kosovo ont maintenant fait l'objet d'une reconnaissance judiciaire et c'est le point que je vais aborder à présent.

X. RECONNAISSANCE JUDICIAIRE DES ATROCITÉS AU KOSOVO

156. Comme je l'ai déjà indiqué, la récente décision du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (chambre de première instance) en l'affaire *Milutinovic et consorts* (2009) a été évoquée au cours des phases écrite et orale de la présente procédure devant la Cour par plusieurs participants (voir ci-dessus). Une lecture attentive du jugement du TPIY du 26 février 2009 fait apparaître des faits, établis par celui-ci, qui nous semblent pertinents aux fins de l'avis consultatif demandé à la Cour internationale de Justice. La chambre de première instance a porté une extrême attention aux atrocités perpétrées au Kosovo pendant les années quatre-vingt-dix. Selon moi, la Cour, dans le même ordre d'idées, ne saurait en faire abstraction.

157. Dans son jugement du 26 février 2009 en l'affaire *Milutinovic et consorts*, la chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a constaté qu'il y avait eu au Kosovo, pendant la période considérée, une «entreprise criminelle commune», sous-tendue par l'intention de commettre des crimes ou de les dissimuler (par. 95-96). Le groupe visé — les victimes — était composé de civils (par. 145). La révocation de l'autonomie du Kosovo et cette «entreprise criminelle commune» se sont traduites par un contrôle extrêmement étroit de la part des autorités serbes, et la population albanaise du Kosovo a fait l'objet de pratiques répressives et discriminatoires qui ont entraîné la naissance de l'Armée de libération du Kosovo (par. 211-213 et 222). En 1990, le Kosovo était déjà devenu un «Etat policier» marqué par des détentions et des restrictions de la liberté de l'information; en 1991, des professeurs et des responsables de l'Université de Pristina furent renvoyés et remplacés par des non-Albanais (par. 224-225). A cette date, un régime de discrimination contre les travailleurs albanais du Kosovo était déjà en place et il a été maintenu pendant les années quatre-vingt-dix (par. 226-228).

158. La discrimination était pratiquée avec la bénédiction de l'Etat, même sur les lieux de travail et dans les relations professionnelles; le «renvoi de milliers de travailleurs albanais du Kosovo et les effets de la loi sur les relations professionnelles dans les situations d'urgence», ainsi

que «les mesures prises par les autorités serbes au Kosovo», furent rapportés par l'Organisation des Nations Unies en 1992 (par. 229-230). A compter de 1989, ces autorités ont adopté des lois, des politiques et des pratiques discriminatoires à l'égard des Albanais, qui ont alimenté localement la rancœur et les sentiments de persécution (par. 237). Ces craintes se sont intensifiées en 1996 avec la création de l'Armée de libération du Kosovo, puis à cause de ses agissements (par. 237).

159. De plus, l'impunité régnait, l'appareil judiciaire local étant impuissant «à rechercher, poursuivre et sanctionner les responsables de crimes graves à l'encontre de la population civile» (par. 569). Tout cela, en particulier l'emploi «excessif et systématique de la force par les forces de la République fédérative de Yougoslavie et de la Serbie en 1998», a donné lieu à des déplacements massifs forcés. Le Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme estimait que 285 500 personnes avaient été déplacées à l'intérieur du pays à la fin de 1998 (par. 913, 918-919). Dans sa résolution 1199 du 23 septembre 1998, le Conseil de sécurité se déclarait «gravement préoccupé ... par l'usage excessif et indiscriminé de la force par les unités de sécurité serbes et l'armée yougoslave» (par. 916). La chambre de première instance du TPIY a établi l'existence d'un conflit armé sur le territoire du Kosovo en 1998-1999 (par. 1217).

160. Enfin et surtout, la chambre de première instance du TPIY a jugé approprié d'évoquer aussi les efforts faits pour régler pacifiquement la crise humanitaire au Kosovo. Elle a rappelé à cet égard que, à la conférence de Rambouillet, les Albanais du Kosovo (contrairement à S. Milošević, qui représentait la Serbie) n'avaient signé l'accord qu'après l'insertion du chapitre 8, qui prévoyait de prendre en compte, avant toute autre chose, «la volonté du peuple» pour déterminer le statut du Kosovo (par. 401).

XI. AUTRES PREUVES DES ATROCITÉS COMMISES AU KOSOVO : LE CARACTÈRE CRUCIAL DES SOUFFRANCES DE LA POPULATION

161. Les preuves abondantes relevées par le TPIY dans son jugement du 26 février 2009 en l'affaire *Milutinovic et consorts* (2009) ne sont aucune-ment les seules. Un récit détaillé des violations systématiques et flagrantes des droits des travailleurs au Kosovo (à partir de 1990), en infraction manifeste au principe fondamental de l'égalité et de la non-discrimination et en «violation des principes de l'état de droit», figure dans les observations écrites (du 17 juillet 2009) soumises par la Slovénie à la Cour internationale de Justice. On pourrait citer également d'autres sources¹⁷⁵.

162. L'argument selon lequel, une décennie s'étant écoulée depuis le

¹⁷⁵ Ainsi, Amnesty International a placé, au début de son rapport du 24 juillet 2006 sur le Kosovo, un avertissement selon lequel le respect des droits fondamentaux de tous, sans discrimination, devait être au cœur des pourparlers. Cela devait être une considération centrale et unificatrice dans toutes les décisions et accords concernant l'avenir du Kosovo

paroxysme de violence de 1998-1999, le conflit serait « terminé » et, dans une certaine mesure, « tombé » dans l'oubli, la paix régnant aujourd'hui au Kosovo et la répression appartenant au passé, est à mon sens superficiel, voire insoutenable. Il conduit précisément à aborder la question d'un point de vue « technique » et en faisant abstraction des souffrances humaines du passé récent. Les effets de l'oppression se font encore sentir et ils expliquent la déclaration d'indépendance du Kosovo du 17 février 2008. On n'efface pas des violations massives récentes des droits de l'homme et du droit humanitaire international en invoquant le passage du temps. A cet égard, dans les observations écrites qu'elle a présentées à la Cour internationale de Justice, la France a fait valoir à juste titre que :

(par. 1). Près d'une année plus tard, dans son rapport de mai 2007 sur le Kosovo, Amnesty International, examinant les déplacements forcés des personnes, a indiqué :

« [o]utre les agressions à caractère ethnique répétées, l'impunité pour la violence interethnique passée — y compris les crimes de guerre —, en particulier l'impunité relative aux « disparitions » et aux « enlèvements et celle dont bénéficient les responsables de la violence ethnique de mars 2004, continue de représenter un énorme obstacle au retour des minorités » (par. 3.2).

La mission de vérification de l'OSCE au Kosovo a exposé dans son rapport de 1999 ses conclusions concernant la période allant d'octobre 1998 à juin 1999. Dans son avant-propos (p. 1), la juge Louise Arbour déclarait que la violence au Kosovo était horrible et avait été dévastatrice pour les nombreuses personnes ordinaires qui en avaient été victimes. Au nombre de ces atrocités figuraient les arrestations et détentions arbitraires, le déni de justice, la torture, le viol et d'autres formes de violence sexuelle (parfois utilisées comme armes de guerre), les meurtres, les sévices à l'encontre des enfants, les expulsions forcées à grande échelle, la destruction des biens et le pillage, tous hautement organisés et systématiques. Des actes d'une extrême violence ont été perpétrés par exemple à Rogovo, Rakovina, Kacanik, Raçak et Pristina. D'après le rapport de l'OSCE, en juin 1999, plus de quatre-vingt-dix pour cent de la population albanaise du Kosovo (soit plus de 1,45 million de personnes) avait été déplacée en raison du conflit. Dans son résumé (p. 2), le rapport soulignait que la volonté des forces yougoslaves et serbes de recourir aux massacres à grande échelle comme moyen de terreur ou de coercition ou comme sanction à l'égard des Albanais du Kosovo était déjà manifeste en 1998 et avait été démontrée de manière révoltante par les incidents de janvier 1999 (y compris les massacres de Raçak et les événements qui suivirent). A son tour, Human Rights Watch, dans son rapport sur les violations du droit humanitaire au Kosovo pendant la période allant de février à septembre 1998, a décrit en détail les graves violations du droit humanitaire international (disparitions, meurtres, destruction de villages, arrestations arbitraires, pillage des domiciles par la police, incendie des récoltes, prises d'otages et exécutions extrajudiciaires) dont les victimes étaient essentiellement des civils, y compris les attaques menées aveuglément contre des femmes et des enfants. Les forces de police spéciales agissaient de manière planifiée, rapide et bien organisée et aucune des victimes n'a été autopsiée. On a constaté des crimes graves (ayant fait l'objet de plaintes) commis de manière systématique par la police spéciale serbe dans diverses localités du Kosovo. En résumé, le rapport attribuait la majorité de ces actes de brutalité aux forces gouvernementales de la police spéciale serbe et de l'armée yougoslave, sous les ordres du président yougoslave, Slobodan Milošević ; il imputait aussi des actes de violence à moins grande échelle aux insurgés albanais du Kosovo — l'Armée de libération du Kosovo —, ajoutant que Slobodan Milošević était le principal responsable des abus flagrants de l'Etat, après être parvenu au pouvoir à la fin des années quatre-vingt en attisant le chauvinisme nationaliste serbe vis-à-vis du Kosovo ; voir Human Rights Watch, *Humanitarian Law Violations in Kosovo*, Londres/New York, HRW, 1998, p. 3-22 et p. 26-65.

«quelle qu'ait pu être l'évolution politique enregistrée en Serbie depuis la chute du régime du président Milošević, les traumatismes et les cicatrices du passé étaient (et sont toujours) très loin d'être effacés. La terrible répression — et les crimes internationaux qui l'ont accompagnée — qui s'est abattue sur le peuple kosovar en 1998-1999 ne pouvait qu'empêcher celui-ci d'envisager son avenir au sein de l'Etat serbe, tant les blessures morales restaient (et restent) profondes et le souvenir des atrocités commises enraciné dans les consciences. Il est des crimes que la mémoire individuelle et collective ne peut oublier.» (Par. 18.)

163. Il est illusoire de tenter de faire abstraction de la souffrance du peuple ou de la population du Kosovo durant les années de répression. Il faudra beaucoup de temps, des générations même, pour que les cicatrices du carnage s'estompent. L'expérience des tribunaux internationaux compétents en matière de droits de l'homme, comme les Cours interaméricaine et européenne des droits de l'homme, qui ont récemment statué sur des *affaires relatives à des massacres*, est riche d'enseignements et mérite d'être examinée et rappelée. L'un de ces enseignements réside dans le fait que, de plus en plus, les victimes de la cruauté humaine et leurs souffrances constituent l'*élément crucial*.

164. Nous ne rappellerons qu'un exemple du récent cycle d'*affaires relatives à des massacres* soumises aux juridictions internationales compétentes en matière de droits de l'homme et tranchées par elles (un progrès remarquable du vieil idéal de réalisation de la justice internationale), celui de l'affaire *Communauté Moiwana c. Suriname*, dans laquelle la Cour interaméricaine des droits de l'homme n'a rendu sa décision (arrêt sur le fond du 15 juin 2005) que vingt ans après le massacre des membres de cette communauté (par des individus organisés, formés et armés par l'Etat). Dans mon opinion individuelle concernant l'affaire *Communauté Moiwana*, j'ai fait les remarques suivantes :

«Les circonstances entourant la présente affaire relative à la *Communauté Moiwana c. Suriname* invitent à une brève réflexion débordant des limites de cette affaire. Bien avant que le Suriname ait accédé à la qualité d'Etat, et aussi après, l'existence des peuples marrons (comme les Saramacas dans l'affaire *Aloboetoe* et les Ndjukas dans l'affaire *Communauté Moiwana* dont la Cour est actuellement saisie) a été marquée par la souffrance dans leur lutte constante contre diverses formes de domination.

La projection de la souffrance humaine dans le temps (sa dimension temporelle) est dûment reconnue, par exemple dans les documents issus de la Conférence mondiale des Nations Unies contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée (Durban, 2001), à savoir la déclaration et le programme d'action. A cet égard, les participants à la conférence ont commencé par déclarer :

«Nous sommes conscients que l'histoire de l'humanité abonde en atrocités de grande ampleur provoquées par les violations flagrantes des droits fondamentaux et nous croyons que se remémorer l'histoire peut donner des enseignements permettant d'éviter à l'avenir de nouvelles tragédies.» (Par. 57.)

Ils ont ensuite souligné «l'importance et la nécessité d'enseigner les faits et la vérité de l'histoire de l'humanité ... afin que les tragédies du passé soient connues de manière complète et objective» (par. 98). Dans ce même ordre d'idées, ils ont reconnu et déploré «les immenses souffrances humaines et le sort tragique subis par des millions» d'êtres humains du fait des atrocités du passé; ils ont ensuite «engagé les Etats concernés» à honorer la mémoire des victimes des tragédies passées et affirmé que «celles-ci doivent être condamnées, quels que soient l'époque et le lieu où elles sont advenues, et qu'il faut empêcher qu'elles ne se reproduisent» (par. 99).

Les auteurs du document final de la conférence de Durban ont accordé une importance particulière à la mémoire des crimes et abus du passé:

«Nous soulignons qu'il est essentiel de se souvenir des crimes et des injustices du passé, quels que soient le lieu et l'époque où ils se sont produits, de condamner sans équivoque les tragédies provoquées par le racisme et de dire la vérité historique pour parvenir à la réconciliation internationale et à l'édification de sociétés fondées sur la justice, l'égalité et la solidarité» (par. 106)...

Dans l'affaire de la *Communauté Moiwana*, le handicap dont souffrent les survivants du massacre perpétré le 29 novembre 1986 dans le village marron Ndjuka de Moiwana ainsi que les proches parents des victimes directes, le tort qui leur a été causé, est d'ordre spirituel. En raison de leur culture, ils sont encore tourmentés par les circonstances de la mort violente d'êtres chers et par le fait que les défunts n'ont pas pu être enterrés dignement. Cela a engendré une souffrance spirituelle qui dure depuis près de vingt ans, depuis le moment où le massacre de 1986 engageant la responsabilité de l'Etat a été perpétré jusqu'à maintenant. Les Ndjukas n'ont pas oublié leurs morts... Ils ne le pouvaient pas...

Pour la première fois en vingt ans, depuis le massacre commis dans le village des Moiwanas en 1986, les survivants ont obtenu réparation, grâce au jugement de la Cour interaméricaine. Dans l'intervalle, les Ndjukas n'ont pas oublié leurs proches innocents et sans défense assassinés de sang-froid, cela leur était impossible. Ils ne les oublieront jamais, mais leurs souffrances — la leur et celle de leurs morts — ont maintenant au moins fait l'objet d'une reconnaissance judiciaire. Leur soif de justice peut enfin être étanchée, et ils vont pouvoir reposer en paix avec leurs chers disparus.

L'aveuglement habituel des puissants à l'égard des valeurs huma-

nes n'a pas réussi — et ne réussira jamais — à empêcher l'homme de réfléchir au concept de la finitude de l'homme et de s'interroger sur les énigmes que sont l'existence et la mort...

De fait, dans tous les âges et dans toutes les cultures, l'histoire de l'humanité s'est accompagnée d'une réflexion sur la mort. A l'ère paléolithique, il existait un culte à la mémoire et, dans l'Égypte ancienne, vivants et morts demeuraient proches¹⁷⁶. Dans la Grèce antique, une nouvelle sensibilité s'est fait jour quant au destin de l'homme après la mort¹⁷⁷. Il suffit de rappeler deux exemples parmi beaucoup d'autres, à savoir la contribution de Platon, qui affirmait la continuité de l'expérience humaine par l'immortalité et la transmigration des âmes, et celle de Bouddha, qui prétendit détacher la souffrance humaine de ce qui, selon lui, en était la cause, les désirs¹⁷⁸. Le mythe de l'éternel retour (ou de la répétition), si répandu dans certaines sociétés anciennes (en Grèce par exemple), conférait au temps une structure cyclique et visait à annuler (ou même à abolir) le caractère irréversible du passage du temps, à en limiter ou en retenir le caractère implacable et à promouvoir la régénération¹⁷⁹.

A l'époque moderne, toutefois, les êtres humains se sont inévitablement intégrés dans l'histoire et ont faite leur la notion de progrès, avec pour corollaire l'abandon définitif du paradis des archétypes et de la répétition¹⁸⁰, propres aux cultures et religions anciennes. Dans le monde occidental, au cours du XX^e siècle, un grand silence a commencé à entourer la mort¹⁸¹. Les sociétés occidentales contemporaines en sont venues à «interdire» la réflexion sur la mort en même temps qu'elles encourageaient l'hédonisme et le bien-être matériel¹⁸².

Alors que les anciennes cultures étaient très respectueuses des personnes âgées, les sociétés «modernes» essaient plutôt de les mettre à l'écart¹⁸³. Les anciennes cultures attachent une grande importance aux relations entre les vivants et les morts et à la mort elle-même, qui

¹⁷⁶ J. L. de León Azcárate, *La Muerte y su Imaginario en la Historia de las Religiones*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2000, p. 24-25, 37, 50-51 et 75.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 123 et 130.

¹⁷⁸ J. P. Carse, *Muerte y Existencia — Una Historia Conceptual de la Mortalidad Humana*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 85 et 167.

¹⁷⁹ M. Eliade, *El Mito del Eterno Retorno*, Madrid/Buenos Aires, Alianza Ed./Emecé Ed., 2004, p. 90-91. (M. Eliade, *Le mythe de l'éternel retour*, Paris, Folio, Gallimard, 2001, p. 67-107.)

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 156.

¹⁸¹ Ph. Ariès, *Mourir en Occident depuis la Edad Media hasta Nuestros Días*, Buenos Aires, A. Hidalgo Ed., 2000 (rééd.), p. 196-199, et voir p. 213 et 238. (Ph. Ariès, *Essai sur l'histoire de la mort en Occident : du Moyen-Age à nos jours*, Paris, Seuil, 1975.)

¹⁸² *Ibid.*, p. 251.

¹⁸³ Voir (divers auteurs), *Dialogue entre les civilisations — table ronde préalable du Sommet du Millénaire des Nations Unies*, Paris, Unesco, 2001 (intervention de E. Morin).

fait partie de la vie. Les sociétés modernes tendent en vain à minimiser la mort ou à faire comme si elle n'existait pas, ce qui est plutôt pathétique. De nos jours, on est incité à oublier tout simplement...»¹⁸⁴ [*Traduction du Greffe, sauf pour les citations concernant la conférence de Durban.*]

165. Dans le présent avis consultatif, la Cour n'aurait pas dû, comme elle l'a fait, éviter d'examiner les faits — à savoir les atrocités subies par le peuple kosovar au cours de la décennie 1989-1999 — qui ont abouti à l'adoption par le Conseil de sécurité de l'ONU de sa résolution 1244 (1999). Il avait été pris acte de cet arrière-plan factuel dans plusieurs résolutions antérieures du Conseil de sécurité, de l'Assemblée générale et du Conseil économique et social, ainsi que dans des rapports du Secrétaire général de l'ONU. Il ne sert à rien de se mettre des œillères. L'arrière-plan factuel a été dûment saisi par la conscience humaine, au travers de l'Organisation des Nations Unies dans son ensemble — que la Cour en tienne compte ou non. Il est extrêmement important de garder en mémoire la *grave tragédie humanitaire* au Kosovo, pour éviter que ne se répètent des crimes contre l'humanité comme ceux qui ont été commis pendant une décennie.

166. A ce stade de mon opinion individuelle, je souhaiterais résumer l'arrière-plan et le contexte factuels de la demande d'avis consultatif. Comme plusieurs participants l'ont signalé dans leurs exposés et observations écrites, ainsi qu'au cours de leurs arguments oraux pendant les audiences publiques de la Cour, la révocation par la force en 1989, par les autorités serbes, de l'autonomie du Kosovo a engendré la catastrophe humanitaire qui a culminé en 1998-1999. Pendant cette catastrophe, des violations graves et répétées des droits de l'homme et du droit humanitaire international se sont produites, y compris des massacres, des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité, une épuration ethnique, des flux massifs de réfugiés et le déplacement forcé d'importants segments de la population. Plus de un million et demi d'Albanais du Kosovo ont été expulsés par la force de leurs foyers.

167. Des violations systématiques et généralisées des droits de l'homme — viols et actes de torture, disparitions forcées, enlèvements, attaques au hasard contre des femmes, attaques contre des enfants, prises d'otages, arrestations arbitraires, exécutions sommaires et extrajudiciaires — ont été commises par des forces militaires et paramilitaires serbes. Il y a également eu des destructions de biens, des pillages de maisons par la police, l'incendie de récoltes — tout cela exécuté de manière extrêmement organisée et systématique.

168. Une discrimination cautionnée par l'Etat s'est établie sur les lieux de travail, dans les relations professionnelles, la santé publique et l'ensei-

¹⁸⁴ CIDH, arrêt (fond) du 15 juin 2005, *Communauté Moiwana c. Suriname*, série C n° 124, opinion individuelle de M. le juge Cançado Trindade, par. 24-27, 29-30, 33 et 35-38.

nement, avec pour conséquence que les besoins fondamentaux de la population n'étaient plus satisfaits. L'appareil judiciaire ne remplissait plus son office et l'impunité totale régnait. Des violations flagrantes et systématiques des droits des travailleurs se sont produites au Kosovo (à compter de 1990) en violation flagrante du principe fondamental de l'égalité et de la non-discrimination, constituant de nouvelles atteintes à l'état de droit. La violence engendrant la violence, au milieu des années quatre-vingt-dix, la violence de l'Armée de libération du Kosovo est venue s'ajouter au chaos social que connaissait le Kosovo. L'oppression généralisée planifiée par l'Etat a engendré un climat de terreur qui a incité le Conseil de sécurité à adopter sa résolution 1244 (1999) afin de répondre aux besoins quotidiens pressants du «peuple», de la «population», du Kosovo.

XII. LA PLACE CENTRALE DES PEUPLES DANS LE DROIT INTERNATIONAL CONTEMPORAIN

1. *Réexamen de la notion de «peuple» ou de «population» et des éléments constitutifs de l'Etat*

169. Par le passé, les théoriciens de l'Etat semblaient obsédés par l'un des éléments constitutifs de l'Etat, à savoir le territoire. Cette obsession pour le territoire s'est traduite par la prolifération d'ouvrages de juristes sur cette question, en particulier sur l'acquisition de territoires; c'est elle qui a conduit aux abus du colonialisme et à d'autres formes de domination ou d'oppression. Tout cela date d'une époque où le droit international s'inscrivait dans l'optique stricte et réductrice des relations interétatiques, ne tenant compte ni des besoins ni des aspirations légitimes des peuples soumis et semblant même ne pas en avoir conscience.

170. Les conditions à remplir pour acquérir la qualité d'Etat en droit international demeurent celles d'un droit international objectif, sans égard à la «volonté» des Etats concernés. Quant aux critères devant traditionnellement être remplis pour acquérir la qualité d'Etat, l'élément territorial a graduellement perdu de son importance au profit du système normatif¹⁸⁵, et, plus récemment, de celui de population — conformément à ce que j'appellerai le recentrage du droit international contemporain sur la population —, reflétant le processus d'*humanisation* du droit actuel, comme je le soutiens depuis de nombreuses années. De fait, le droit des gens n'a jamais perdu de vue l'élément constitutif le plus précieux de l'Etat: la «population» ou le «peuple», quelles que soient les difficultés juristes internationales¹⁸⁶ pour parvenir à une définition universellement acceptée de la notion de «peuple».

¹⁸⁵ Voir par exemple K. Marek, *Identity and Continuity of States in Public International Law*, 2^e éd., Genève, Droz, 1968, p. 1-619.

¹⁸⁶ Les tentatives de conceptualisation de ce qu'est le «peuple», relativement à l'exercice

171. Même certaines entreprises du passé — qui se sont révélées durables et ont gardé tout leur intérêt — témoignent d'un certain souci des conditions de vie du «peuple» ou de la «population», un effort dont l'on n'avait peut-être pas assez clairement conscience à l'époque. Ainsi, la célèbre convention de Montevideo de 1933 sur les droits et les devoirs des Etats, adoptée à la septième conférence internationale des Etats américains, constitue-t-elle la réalisation la plus notable d'une initiative latino-américaine motivée par le ressentiment régional envers les politiques interventionnistes et certaines politiques commerciales. Comme le montrent les actes de la conférence de Montevideo, les travaux préparatoires de la convention de 1933 se sont fondés sur les principes du droit international, afin de protéger «les nations petites ou faibles»¹⁸⁷.

172. Ces principes incarnaient la «conscience juridique» du continent¹⁸⁸. Au cours des débats de la conférence sur le projet de convention, les participants exprimèrent à diverses reprises leur préoccupation au sujet des conditions de vie des *peuples* («*pueblos*») du continent¹⁸⁹. Il n'est donc guère surprenant que la convention de Montevideo, adoptée le 26 décembre 1933 et entrée en vigueur le 26 décembre 1934, lorsqu'elle énumère les conditions à remplir pour acquérir la qualité d'Etat, cite, déjà à cette époque, *d'abord* la population, puis les autres éléments. L'article premier est libellé comme suit :

«L'Etat comme personne de droit international doit réunir les conditions suivantes: *a*) population permanente; *b*) territoire déterminé; *c*) gouvernement; et *d*) capacité d'entrer en relations avec les autres Etats.»

*2. Le principe du droit des peuples
à disposer d'eux-mêmes en cas d'adversité prolongée
ou d'oppression systématique*

173. A l'ère de l'avènement des organisations internationales, ces institutions que furent le régime des mandats (à l'époque de la Société des Nations) et celui des tutelles (sous l'égide des Nations Unies), auxquelles

du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes en droit international, ont fait l'objet de nombreux débats au cours des dernières décennies; jusqu'à ce jour, ceux-ci n'ont toutefois pas été concluants. Voir sur ce point, par exemple, J. Summers, *Peoples and International Law*, Leyde, Nijhoff, 2007, p. XXXIII, 26, 73, 164, 174-175, 244-245, 269-270, 306, 314 et 404.

¹⁸⁷ (Actes de la VII^e conférence internationale américaine (1933), vol. II — Commission: Haïti (p. 12-13), Nicaragua (p. 15 et 60-61), Equateur (p. 34), Argentine (p. 38 et 40-41), El Salvador (p. 52) et Cuba (p. 60) (original déposé à la Columbus Memorial Library — OEA, Washington, DC; une copie du document figure dans les dossiers de l'auteur).

¹⁸⁸ *Ibid.*, Colombie (p. 43-45 et 57-59), Brésil (p. 55), Nicaragua (p. 62-63 et 72) et Uruguay (p. 65-67).

¹⁸⁹ *Ibid.*, Mexique (p. 20-21), Equateur (p. 34), Chili (p. 48) et Nicaragua (p. 62-63).

on peut ajouter les diverses expériences contemporaines de l'ONU en matière d'administration internationale de territoires (comme au Kosovo et au Timor oriental), ont un dénominateur commun: le souci des conditions de vie, du bien-être et du développement humain des peuples intéressés, visant à les libérer des abus du passé et à leur permettre de disposer d'eux-mêmes (voir ci-dessus).

174. Le processus historique d'émancipation des peuples dans le passé récent (à partir du milieu du XX^e siècle) a pu être considéré comme une conséquence du principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, et plus précisément de celui d'autodétermination extérieure, en réaction à l'oppression des peuples contre laquelle il a permis de lutter. Il a occupé une large place dans le processus historique de la décolonisation. Plus tard, l'oppression s'étant manifestée à nouveau sous d'autres formes, et au sein d'Etats indépendants, la volonté d'émancipation des peuples s'est appuyée sur le principe de l'autodétermination, plus précisément de l'autodétermination interne, en réaction à la tyrannie.

175. La nature humaine étant ce qu'elle est, l'oppression systématique a repris, dans divers contextes; en conséquence, les peuples ont de nouveau le besoin, et le droit, d'en être libérés. La décolonisation achevée, le principe de l'autodétermination a survécu et doit aujourd'hui permettre de lutter contre de nouvelles et violentes manifestations d'oppression systématique des peuples. C'est ainsi que la pratique des Nations Unies a vu la mise en place d'un système d'administration internationale de territoires (au titre de la Charte des Nations Unies et dans différents contextes, comme par exemple au Timor oriental et au Kosovo). Peu importe que, dans le cadre de ces nouvelles expériences, l'autodétermination soit qualifiée de «remède» ou d'autre chose. Le fait est que le peuple ne peut pas être la cible d'atrocités et ne peut pas vivre sous l'oppression systématique. Le principe de l'autodétermination s'applique aux nouvelles situations d'oppression systématique, d'assujettissement et de tyrannie.

176. Aucun Etat ne peut invoquer l'intégrité territoriale pour commettre des atrocités (telles que la torture, le nettoyage ethnique et le déplacement massif de populations), ni les perpétrer au nom de la souveraineté de l'Etat, pas plus qu'il ne peut commettre des atrocités et invoquer ensuite le principe d'intégrité territoriale, sans tenir compte de l'avis et de la rancœur inéluctable des «peuples» ou des «populations» victimes de ses actes. Ce qui s'est passé au Kosovo, c'est que le «peuple», ou la «population», victime d'une terreur et d'une oppression systématiques et durables, perpétrées en violation flagrante du principe fondamental de l'égalité et de la non-discrimination (voir ci-dessous), a en réaction cherché à obtenir l'indépendance. La leçon est claire: aucun Etat ne peut utiliser le territoire pour détruire la population. De telles atrocités représentent une inversion absurde des fins de l'Etat. L'Etat a été créé et existe pour les êtres humains, et non l'inverse.

XIII. LES PRINCIPES DU DROIT INTERNATIONAL,
LE DROIT DES NATIONS UNIES ET LES FINS HUMAINES DE L'ÉTAT

1. *L'intégrité territoriale dans le cadre
des fins humaines de l'Etat*

177. Au cours des quarante dernières années, le traitement qu'accordent les États à leurs populations a suscité une attention croissante pour devenir l'un des sujets de préoccupation du droit international contemporain. Ce débat sur la sécurité *humaine* s'est prolongé à l'Assemblée générale des Nations Unies ces dix dernières années, rappelant aux États qu'il leur incombe de *protéger* les habitants et de leur *reconnaître un pouvoir de décision*. Les États ne peuvent se livrer à des activités criminelles contre leur population. La conscience humaine s'est éveillée à la nécessité pressante de faire en sorte que les abus commis jusqu'au jour d'aujourd'hui au détriment de la population ne se reproduisent pas. Deux exemples peuvent à cet égard être rappelés.

178. La célèbre résolution 2625 (XXV) adoptée en 1970 par l'Assemblée générale des Nations Unies, qui contient la déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies¹⁹⁰, rappelle ce qui suit à l'alinéa 7 de son paragraphe 5 :

« Rien dans les paragraphes précédents ne sera interprété comme autorisant ou encourageant une action, quelle qu'elle soit, qui démembretrait ou menacerait, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique de tout État souverain et indépendant *se conduisant conformément au principe de l'égalité de droits et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes énoncé ci-dessus et doté ainsi d'un gouvernement représentant l'ensemble du peuple appartenant au territoire sans distinction de race, de croyance ou de couleur.* » (Les italiques sont de moi.)

179. La Cour aurait pu, et aurait dû, examiner attentivement ce paragraphe de la déclaration de principes lorsqu'elle a rappelé un autre passage de cette même déclaration au paragraphe 80 du présent avis consultatif sur la *Conformité au droit international de la déclaration d'indépendance relative au Kosovo*. Après tout, ce paragraphe de la déclaration de principes a une relation directe avec la question posée à la Cour par l'Assemblée générale et il aurait dû au moins être examiné conjointement avec le paragraphe que la Cour a jugé utile de citer. Le rapport qu'établit la déclaration de 1970, à l'alinéa 7 de son paragraphe 5, entre l'application du principe de l'égalité de droits et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et l'intégrité territoriale de l'État

¹⁹⁰ Ci-après dénommée la « déclaration de principes » adoptée en 1970.

n'est pas passé inaperçu dans les ouvrages de doctrine consacrés à cette question¹⁹¹.

180. En conséquence, compte tenu de ce qui précède, le gouvernement d'un Etat qui commet des violations graves et systématiques des droits de l'homme cesse de représenter le peuple ou la population qui en est victime. Cela a été réaffirmé en termes encore plus vigoureux à l'issue de la deuxième conférence mondiale sur les droits de l'homme tenue à Vienne en 1993; le paragraphe 2 de la déclaration et programme d'action de Vienne se lit comme suit :

«[La conférence mondiale sur les droits de l'homme] considère que le déni du droit à l'autodétermination est une violation des droits de l'homme et souligne qu'il importe que ce droit soit effectivement réalisé.

En application de la déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies, ce qui précède ne devra pas être interprété comme autorisant ou encourageant toute mesure de nature à démembrer ou compromettre, en totalité ou en partie, l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'Etats souverains et indépendants *respectueux du principe de l'égalité de droits et de l'autodétermination des peuples et, partant, dotés d'un gouvernement représentant la totalité de la population appartenant au territoire, sans distinction aucune.* » (Les italiques sont de moi.)

181. Le document final d'une conférence mondiale des Nations Unies qui a fait date — la deuxième conférence mondiale sur les droits de l'homme de 1993 — est ainsi allé plus loin que la déclaration de principes de 1970, en interdisant tout type de discrimination («sans distinction aucune»). Les violations massives des droits de l'homme et du droit humanitaire international dont les Albanais du Kosovo ont fait l'objet au cours des années quatre-vingt-dix correspondaient aux critères énoncés dans la déclaration de principes, complétés par le document final de la deuxième conférence mondiale des Nations Unies sur les droits de l'homme. Un droit à l'autodétermination de la population victime s'est constitué, les auteurs des abus ne pouvant plus invoquer l'intégrité territoriale.

¹⁹¹ Voir par exemple Milan Sahovic, « Codification des principes du droit international des relations amicales et de la coopération entre les Etats », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (1972), vol. 137, p. 295 et 298; O. Sukovic, « Principle of Equal Rights and Self-Determination of Peoples », dans *Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation* (M. Sahovic, dir. publ.), Belgrade, Institute of International Politics and Economics/Oceana, 1972, p. 338-341, 346-347 et 369-373; G. Arangio-Ruiz, *The UN Declaration on Friendly Relations and the System of the Sources of International Law*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff/Noordhoff, 1979, p. 135-136 et 140-141; P. Thornberry, « The Principle of Self-Determination », dans *The United Nations and the Principles of International Law — Essays in Memory of M. Akehurst* (V. Lowe et C. Warbrick, dir. publ.), Londres/New York, Routledge, 1994, p. 176 et 192-195.

2. *Dépassement du paradigme d'un droit international exclusivement interétatique*

182. Les principes du droit international tels que formulés dans la Charte des Nations Unies (article 2) et réaffirmés dans la déclaration de principes de 1970, outre qu'ils gardent toute leur validité, ont accompagné et guidé l'évolution du droit international. Cela vaut pour les sept principes¹⁹² réaffirmés dans la déclaration de 1970 relative aux principes du droit international (dont la Cour a tenu compte dans sa jurisprudence)¹⁹³, et en particulier pour le *principe de l'égalité de droits et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, ce qui tend à indiquer que la dimension interétatique traditionnelle du droit international est en train d'être dépassée.

183. Lorsque le principe de l'égalité de droits et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes a été réaffirmé dans la déclaration de principes de 1970, il a été expliqué que même un territoire non autonome (relevant du chapitre XI de la Charte des Nations Unies) était doté d'un statut séparé et distinct de celui du territoire de l'Etat l'administrant, de telle sorte que sa population pouvait exercer son droit à l'auto-détermination conformément aux buts et principes de la Charte des Nations Unies¹⁹⁴.

184. L'évolution récente du droit international contemporain a permis de dégager les dimensions *externes* et *internes* du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes; la première de ces dimensions signifie que chaque peuple a le droit de n'être soumis à aucune forme de domination étrangère, la seconde correspondant au droit de tout peuple de choisir son destin selon sa volonté, si besoin est — en cas d'oppression ou d'assujettissement systématiques — contre son gouvernement. Cette distinction¹⁹⁵

¹⁹² A savoir: 1) Le principe voulant que les Etats s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force; 2) le principe voulant que les Etats règlent leurs différends internationaux par des moyens pacifiques; 3) le devoir de ne pas intervenir dans les affaires relevant de la compétence nationale d'un Etat; 4) le devoir des Etats de coopérer les uns avec les autres conformément à la Charte; 5) le principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes; 6) le principe de l'égalité souveraine des Etats; 7) le principe voulant que les Etats remplissent de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées conformément à la Charte des Nations Unies.

¹⁹³ Ainsi dans trois exemples bien connus, l'avis consultatif sur le *Sahara occidental* de 1975 et les arrêts en l'affaire *Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique* (1986) et en l'affaire relative au *Timor oriental* (1995).

¹⁹⁴ Le statut juridique international d'un tel territoire (relevant du chapitre XI de la Charte des Nations Unies) engendre également des obligations concernant le respect du droit des habitants à disposer d'eux-mêmes ainsi que la préservation de leurs droits fondamentaux; voir à cet égard, par exemple, I. Brownlie, «The Rights of Peoples in Modern International Law», dans *The Rights of Peoples* (J. Crawford, dir. publ.), Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 1-16; (divers auteurs), *Les résolutions dans la formation du droit international du développement* (colloque de 1970), Genève, IUHEI, 1971, p. 63-67.

¹⁹⁵ Avaluée par la doctrine — voir par exemple A. Cassese, *Self-Determination of Peoples — A Legal Reappraisal*, Cambridge University Press, 1995, p. 1-365; P. Thornberry, «The Principle of Self-Determination», dans *The United Nations and the Principles of*

remet en question le paradigme purement interétatique du droit international classique. Dans l'évolution actuelle du droit international, la pratique internationale (des Etats et des organisations internationales) est favorable à l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes¹⁹⁶ face à une adversité permanente ou une répression systématique, ce qui va au-delà des limites traditionnelles du processus historique de décolonisation. Le droit international contemporain n'est plus insensible à l'oppression et à l'assujettissement systématiques.

185. L'apparition et l'évolution du droit international des droits de l'homme ont amené à prêter davantage d'attention au traitement accordé par l'Etat à tous les êtres humains relevant de sa juridiction, aux *conditions de vie* de la population, en bref, à la fonction de l'Etat en tant que promoteur du bien commun. Si l'on veut résumer l'héritage de la deuxième conférence mondiale sur les droits de l'homme (1993), tenue sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies, il réside sans conteste dans la prise de conscience de ce qu'il est *légitime que la communauté internationale tout entière se préoccupe des conditions de vie de la population, en tout lieu et en tout temps*¹⁹⁷, une attention particulière étant prêtée aux plus vulnérables, qui ont donc le plus besoin d'être protégés. C'est aussi le dénominateur commun du récent cycle de conférences mondiales organisées par l'ONU au cours des années quatre-vingt-dix, qui a cherché à définir les programmes et politiques des Nations Unies à l'aube du XXI^e siècle. Ironie de l'histoire, alors que la communauté internationale se livrait à cette activité, des pratiques discriminatoires et de graves violations des droits de l'homme et du droit humanitaire international affectaient le Kosovo; l'écho devait rapidement en parvenir à l'Organisation des Nations Unies.

186. L'Assemblée générale et le Conseil de sécurité, ainsi que d'autres organes des Nations Unies, réagirent promptement à l'aggravation de la *crise humanitaire* au Kosovo en adoptant une série de résolutions (voir ci-dessus). Par sa résolution 1244 (1999), adoptée le 10 juin 1999, le Conseil de sécurité créa la MINUK, appelant l'attention sur «la situation humanitaire grave qui exist[ait] au Kosovo»¹⁹⁸ et équivalait à une «catastrophe humanitaire»¹⁹⁹. Dans le même temps, le Conseil de sécurité condamnait

International Law, *op. cit. supra* note 191, p. 175-203; Ch. Tomuschat, «Self-Determination in a Post-Colonial World», dans *Modern Law of Self-Determination* (Ch. Tomuschat, dir. publ.), Dordrecht, Nijhoff, 1993, p. 1-20; A. Rosas, «Internal Self-Determination», dans *ibid.*, p. 225-251; J. Salmon, «Internal Aspects of the Right to Self-Determination: Towards a Democratic Legitimacy Principle?», dans *ibid.*, p. 253-282.

¹⁹⁶ Voir à ce propos, par exemple, Organisation des Nations Unies, *Récapitulation des observations générales ou recommandations générales adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, doc. HRI/GEN/1/Rev.3, 15 août 1997, p. 15-16, par. 1, 2 et 6.

¹⁹⁷ A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 2^e éd., vol. I, Porto Alegre/Brésil, S.A. Fabris Ed., 2003, p. 241-242; *ibid.*, 1^{re} éd., vol. II, 1999, p. 263-276; *ibid.*, 1^{re} éd., vol. III, 2003, p. 509-510.

¹⁹⁸ Quatrième alinéa du préambule.

¹⁹⁹ Sixième alinéa du préambule.

tous les actes de violence et de répression à l'encontre de la population du Kosovo²⁰⁰, et réclamait avec insistance que les réfugiés et les personnes déplacées puissent rentrer chez eux en toute sécurité et sans entrave²⁰¹.

187. Sa principale préoccupation étant la *population* du Kosovo, le Conseil décida de «faciliter le processus politique visant à déterminer le statut futur du Kosovo»²⁰². A cet effet, «en attendant un règlement définitif», il décida «l'instauration au Kosovo d'une autonomie et d'une auto-administration substantielles»²⁰³. En conséquence, deux ans après l'adoption de la résolution 1244 (1999) par le Conseil de sécurité, le chef de la MINUK, représentant spécial du Secrétaire général de l'ONU (M. H. Haekkerup), promulgua, le 15 mai 2001, le «cadre constitutionnel pour un gouvernement autonome provisoire au Kosovo»²⁰⁴. L'adoption de ce document est le résultat d'une concertation entre la MINUK elle-même, les autorités du Kosovo et les membres de ses diverses communautés; fait important, le cadre constitutionnel ne faisait conceptuellement référence à aucun Etat et s'appliquait à un «territoire internationalisé»²⁰⁵.

188. Ce cadre constitutionnel dépassait le paradigme d'un droit international limité aux relations entre Etats. Il favorisait l'apparition d'une «société civile multiethnique» régie par deux principes, celui de la protection des communautés nationales et celui d'une supervision par le représentant spécial du Secrétaire général, et déléguait aux institutions locales du Kosovo une partie des responsabilités que la MINUK avait assumées depuis la mi-1999, ce qui constituait une étape importante vers la réalisation de l'autonomie du Kosovo²⁰⁶. Dans le nouvel ordre juridique interne du Kosovo en gestation, un rôle essentiel était réservé aux principes fondamentaux de l'égalité et de la non-discrimination, ainsi qu'au principe d'humanité (dans le cadre du *droit des Nations Unies*), que j'examinerai maintenant.

3. Le principe fondamental de l'égalité et de la non-discrimination

189. J'ai déjà indiqué que le principe de l'égalité de traitement en droit et en fait avait été reconnu par la Cour permanente de Justice internationale, soit avant la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (voir par. 70-71 ci-dessus), mais qu'il se trouvait déjà alors profondément enraciné dans la conscience humaine. Plus récemment, la Cour internationale de Justice, dans son célèbre avis consultatif de 1971 sur la *Nami-*

²⁰⁰ Cinquième alinéa du préambule; paragraphe 3 du dispositif; annexe 1; paragraphe 1 de l'annexe 2.

²⁰¹ Septième alinéa du préambule; paragraphes 9 c), 11 k) et 13 du dispositif; annexe 1; paragraphes 4 et 7 de l'annexe 2.

²⁰² Paragraphe 11 e) du dispositif.

²⁰³ Paragraphe 11 a) du dispositif.

²⁰⁴ Document de l'ONU, règlement 2001/9 de la MINUK.

²⁰⁵ Carsten Stahn, «Constitution without a State? Kosovo under the United Nations Constitutional Framework for Self-Government», Leyde, *Journal of International Law* (2001), vol. 14, p. 542 et 544.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 531-532, 557-558 et 561.

bie, a relevé que [la présence illégale de l'Afrique du Sud en Namibie] «port[ait] préjudice» à un «peuple» qui devait «compter sur l'assistance de la communauté internationale» (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 56, par. 127). Dans son opinion individuelle, le juge Ammoun a mis l'accent sur la pertinence «des principes d'égalité, de liberté et de paix» inscrits dans la Charte des Nations Unies et la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (*ibid.*, p. 72 et 76-77), alors que le juge Padilla Nervo rappelait dans la sienne que la Charte des Nations Unies avait lancé un appel (article 1, par. 3, et article 76, al. c) en vue d'«encourager le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race...» (*ibid.*, p. 111 et 126).

190. Le principe fondamental de l'égalité et de la non-discrimination revêt en effet une importance capitale dans le *droit des Nations Unies*. Lorsque l'Organisation des Nations Unies a entrepris de protéger les habitants des territoires sous tutelle (chapitre XII de la Charte) ou des territoires non autonomes (chapitre XI), ses initiatives humanitaires visaient à introduire des changements dans l'ordre juridique international même, dans le cadre de son processus historique d'*humanisation*. Selon elle, la souveraineté appartenait au peuple, était à son service, et cette vision de la souveraineté axée sur le peuple rappelait le préambule de la Charte des Nations Unies et sa formule «Nous, peuples des Nations Unies». Cette perspective est aussi illustrée par d'autres concepts assez novateurs comme la succession automatique des Etats en matière de traités relatifs aux droits de l'homme ou l'application extraterritoriale des droits de l'homme²⁰⁷.

191. Dans sa conception actuelle, le droit international, libéré de la rigidité et du caractère réducteur de l'ancien paradigme interétatique, tient dûment compte du principe fondamental de l'égalité et de la non-discrimination. Le Comité des droits de l'homme, organe chargé de superviser l'application du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, s'est lui-même prononcé sur la succession automatique des Etats aux traités relatifs aux droits de l'homme (*observation générale* n° 26, de 1997, sur la «continuité des obligations», par. 4) et sur l'application extraterritoriale des droits de l'homme (*observation générale* n° 31, de 2004, sur la «nature de l'obligation juridique générale imposée aux Etats parties», par. 10)²⁰⁸.

²⁰⁷ Comme l'a rappelé opportunément Carsten Stahn, *The Law and Practice of International Territorial Administration — Versailles to Iraq and Beyond*, Cambridge University Press, 2008, p. 112 et 755-756; et voir p. 753 et 759, à propos de la pratique active d'édification d'Etats développée par les Nations Unies depuis les années 1990.

²⁰⁸ Voir le texte dans Organisation des Nations Unies, *Instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme — Récapitulation des observations générales ou recommandations générales adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, vol. I, doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (vol. I) du 27 mai 2008, p. 261 et 284. S'agissant de la succession d'Etats, on se rappellera que l'Institut de droit international, dans une résolution du 26 août 2001, bien qu'abordant la succession d'Etats en matière de biens et de dettes et non de traités, a néanmoins reconnu, au paragraphe 2 de

192. De très nombreux instruments internationaux ont ainsi trouvé leur inspiration dans le principe fondamental de l'égalité et de la non-discrimination. C'est le cas, pour n'en citer que quelques-uns, de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (1965), de la convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (1973), de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1979), de la convention internationale contre l'apartheid dans les sports (1985), de la convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (1990), de la déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction (1981), de la déclaration sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques (1992), de la convention n° 111 de l'OIT concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession (1958) et de la convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement (1960), adoptée sous l'égide de l'Unesco.

193. Ce n'est pas ici le lieu d'examiner ces instruments. A ce stade, je me bornerai à ajouter que, parallèlement à cette œuvre normative remarquable, le principe fondamental de l'égalité et de la non-discrimination a également inspiré, au cours des récentes décennies, une abondante doctrine (sur les dispositions pertinentes des traités en vigueur en matière de droits de l'homme)²⁰⁹ et donné lieu à une jurisprudence tout aussi impressionnante. Ainsi donc, bien loin d'avoir perdu de vue ce principe fondamental de l'égalité et de la non-discrimination, le droit international contemporain l'a constamment à l'esprit, dans des circonstances différentes, avec toutes les conséquences qui peuvent résulter de ce changement de perspective.

194. L'attention est donc justement passée des prérogatives «souveraines» d'antan, échappant à tout contrôle, aux droits axés sur le peuple et à la responsabilisation des autorités administrant le territoire concerné. Il était temps que la conscience humaine s'éveille à cet impératif, pour éviter que les atrocités du passé récent ne se reproduisent. Le principe fonda-

l'article 5, la nécessité de préciser et d'améliorer la situation des particuliers et a affirmé, dans le préambule, que, dans toute situation aboutissant à une succession d'Etats, le droit international public et, en particulier, le droit humanitaire et les droits de l'homme devaient être pleinement respectés (voir *Annuaire de l'Institut de droit international — Session de Vancouver (2000-2001)*, vol. 69, p. 715 et 717). En ce qui concerne la succession d'Etats et l'application extraterritoriale des droits de l'homme, voir entre autres les observations dans F. Pocar, « Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici ed Estradizione », dans *Diritti dell'Uomo, Estradizione ed Espulsione* (Atti del Convegno di Ferrara di 1999 per Salutare G. Battaglini (F. Salerno, dir. publ.)), Padoue/Milan, Cedam, 2003, p. 89-90.

²⁰⁹ Voir entre autres, par exemple, J. Symonides (dir. publ.), *The Struggle against Discrimination*, Paris, Unesco, 1996, p. 3-43; T. Opsahl, *Law and Equality — Selected Articles on Human Rights*, Oslo, Ad Notam Gyldendal, 1996, p. 165-206; M. Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 1-240; N. Lerner, *Group Rights and Discrimination in International Law*, 2^e éd., La Haye, Nijhoff, 2003, p. 1-187.

mental de l'égalité et de la non-discrimination a été le fondement d'une impressionnante série de traités relatifs aux droits de l'homme (voir ci-dessus), qui constituent le *corpus juris gentium* du droit international contemporain. Mais il ne faut nullement voir là un phénomène purement contemporain, car le *principe séculaire de l'égalité de traitement* dans les relations entre personnes et entre peuples est profondément enraciné dans le droit des gens (*jus gentium*)²¹⁰.

195. Enfin, sur ce point précis, j'ai eu l'occasion, dans le cadre d'une décision récente de la Cour, d'analyser l'incidence du principe fondamental de l'égalité et de la non-discrimination. Dans mon opinion dissidente concernant l'ordonnance rendue par la Cour le 6 juillet 2010 en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)*, *C.I.J. Recueil 2010 (I)* (requête et demande reconventionnelle), j'ai fait observer ce qui suit :

«Comme le proclamait, au lendemain de la seconde guerre mondiale, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, «tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits» (art. 1). La prohibition en cause découle du principe fondamental d'égalité et de non-discrimination. Dans son avis consultatif n° 18 concernant *le statut juridique et les droits des migrants sans papiers* (du 17 septembre 2003), la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) a considéré que ce principe fondamental relevait du *jus cogens*.

Dans cet avis qui fait date, la CIDH soulignait, dans le droit-fil de l'enseignement humaniste des «pères fondateurs» du droit des gens (*jus gentium*), qu'en vertu de ce principe fondamental l'élément de l'égalité ne saurait guère être séparé de celui de la non-discrimination et que l'égalité devait être garantie sans discrimination d'aucune sorte. Cela est étroitement lié à la dignité inhérente à la personne humaine, découlant de l'unité du genre humain. Le principe fondamental de l'égalité devant la loi et de la non-discrimination imprègne l'ensemble du fonctionnement du pouvoir étatique et relève de nos jours du *jus cogens*²¹¹. Dans une opinion concordante, il fut souligné que le principe fondamental de l'égalité et de la non-discrimination pénétrait l'ensemble du *corpus juris* du droit international des droits de l'homme, avait des incidences en droit international public, se répercutait sur le droit international général ou coutumier lui-même et faisait désormais partie des normes toujours plus nombreuses relevant du *jus cogens*. » (P. 381, par. 134-135.)²¹²

²¹⁰ Voir Association internationale Vitoria-Suárez, *Vitoria et Suárez : Contribution des théologiens au droit international moderne*, Paris, Pedone, 1939, p. 38-39.

²¹¹ CIDH, avis consultatif n° 18 du 17 septembre 2003, *Condition juridique et droits des migrants sans papiers*, série A n° 18, par. 83, 97-99 et 100-101.

²¹² *Ibid.*, opinion concordante de A. A. Cançado Trindade, par. 59-64 et 65-73. Depuis quelques années, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, ainsi que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, sont les juridictions internationales contempo-

4. *L'humanité, principe fondamental du droit des Nations Unies*

196. Dans la présente opinion individuelle, j'ai déjà signalé que les différents mécanismes auxquels se sont essayées les organisations internationales — mandats, protection des minorités, territoires sous tutelle et, de nos jours, administration internationale de territoires — ont non seulement orienté davantage l'attention sur les «peuples» ou les «populations», sur la satisfaction des besoins et la réalisation pratique des droits, mais ont aussi promu, chacun à sa manière, l'accès de ces peuples ou populations à la justice internationale (par. 90 ci-dessus); accès à la justice entendu *lato sensu*, c'est-à-dire comme englobant la *réalisation de la justice*. Ces diverses tentatives des organisations internationales (rendues possibles par l'élargissement parallèle de la personnalité juridique internationale, qui n'est plus le monopole des Etats) ont contribué à la revendication par les particuliers de leurs propres droits, directement issus du droit des gens.

197. A mon sens, c'est là une des caractéristiques fondamentales du nouveau *jus gentium* contemporain. Après tout, chaque être humain est une fin en soi et, tant individuellement que collectivement, a le droit d'être libre «de croire, libéré de la terreur et de la misère», comme le proclame la Déclaration universelle des droits de l'homme au deuxième alinéa de son préambule. Tout individu a droit, en tant que représentant du genre humain, au respect de sa dignité. La reconnaissance de ce *principe d'humanité* fondamental est l'une des grandes réalisations irréversibles du *jus gentium* contemporain. A la fin de cette première décennie du XXI^e siècle, il est temps de tirer les conséquences d'une violation manifeste de ce principe fondamental d'humanité.

198. Les droits de la personne humaine se caractérisent par leur universalité (corollaire de l'unité du genre humain) et par leur intemporalité, puisque, loin d'être «concédés» par la puissance publique, ils précèdent en vérité la formation de la société et de l'Etat. Ces droits sont indépendants de toute forme d'organisation sociopolitique, y compris de l'Etat créé par la société. Inhérents à la personne humaine, ils précèdent l'Etat et le transcendent. Tous les êtres humains doivent jouir de leurs droits intrinsèques, parce qu'ils appartiennent à l'humanité. En conséquence, la préservation de ces droits ne se limite pas et ne saurait se limiter à l'action de l'Etat. De la même façon, un Etat ne peut arguer de son droit à l'intégrité territoriale pour violer de manière systématique l'intégrité personnelle des êtres humains relevant de sa juridiction.

199. Les Etats, créés par des êtres humains réunis en un milieu social,

raines qui ont le plus contribué, dans leur jurisprudence, à l'évolution théorique du *jus cogens* (débordant largement le cadre du droit des traités) et à l'expansion graduelle de son contenu matériel; voir A. A. Cançado Trindade «*Jus cogens: The Determination and the Gradual Expansion of its Material Content in Contemporary International Case Law*» dans *Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* — OEA (2008), vol. XXXV, p 3-29.

doivent protéger et non opprimer tous ceux qui relèvent de leur juridiction. C'est là le minimum éthique aujourd'hui universellement requis par la communauté internationale. Les États sont tenus de protéger l'intégrité de la personne humaine contre la violence systématique et les traitements discriminatoires et arbitraires. La notion de droits fondamentaux et inaliénables est profondément ancrée dans la conscience juridique universelle; malgré des variantes dans sa présentation ou dans sa formulation, cette notion est présente dans toutes les cultures et dans l'histoire de la pensée de tous les peuples²¹³.

200. Cette réalité a été saisie dans l'un des rares moments — ou peut-être même éclairs — de lucidité du XX^e siècle (marqué par une succession d'atrocités qui ont fait des millions de victimes), celui de la proclamation, par l'Assemblée générale des Nations Unies, de la Déclaration universelle des droits de l'homme le 10 décembre 1948. Dans le présent avis consultatif sur la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, la Cour n'a pas mentionné — n'a pas mentionné une seule fois — la Déclaration universelle des droits de l'homme. En ma qualité de membre de la Cour, je me sens néanmoins tenu, pour examiner une question telle que celle sur laquelle celle-ci était appelée à donner un avis consultatif, de m'attarder, vu l'importance considérable que je lui accorde, sur la Déclaration en même temps que sur la Charte des Nations Unies.

201. Je me sens non seulement tenu, mais aussi entièrement libre de le faire, puisque, contrairement à ce qu'a fait la Cour dans son avis consultatif, je me suis donné ici pour tâche de combler un vide, en évitant d'éluider la *cause* de la grave crise humanitaire au Kosovo, qui a entraîné l'adoption par le Conseil de sécurité de sa résolution 1244 (1999), mais aussi la proclamation de l'indépendance du Kosovo dix ans plus tard, le 17 février 2008. De fait, il ne faut pas oublier que la reconnaissance du principe du respect de la dignité humaine est l'œuvre de la Déclaration universelle de 1948, dont elle constitue l'un des fondements. La Déclaration affirme avec fermeté: «[t]ous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits» (article premier), et rappelle que «la méconnaissance et le mépris des droits de l'homme ont conduit à des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité» (deuxième alinéa du préambule). La Déclaration universelle considère que

«il est essentiel que les droits de l'homme soient protégés par un régime de droit pour que l'homme ne soit pas contraint, en suprême recours, à la révolte contre la tyrannie et l'oppression» (troisième alinéa du préambule);

et aussi que

²¹³ Voir par exemple (divers auteurs), *Universality of Human Rights in a Pluralistic World (Proceedings of the 1989 Strasbourg Colloquy)*, Strasbourg/Kehl, N. P. Engel Verlag, 1990, p. 45, 57, 103, 138, 143 et 155.

«la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde» (premier alinéa du préambule).

202. On ne pouvait guère prévoir que l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme, en 1948, allait être à l'origine d'un processus historique de généralisation de la protection internationale des droits de l'homme, à une échelle véritablement universelle. Pendant plus de soixante ans d'une projection historique remarquable, la Déclaration a progressivement acquis une autorité que ses auteurs n'auraient pu envisager. Cela s'explique principalement par le fait que des générations successives d'êtres humains, appartenant à diverses cultures et à toutes les régions du monde, l'ont reconnue comme «l'idéal commun à atteindre» (comme cela avait été proclamé à l'origine), correspondant à leurs aspirations les plus profondes et les plus légitimes²¹⁴.

203. La Déclaration universelle apparaît comme l'inspiratrice de plus de soixante-dix traités relatifs aux droits de l'homme²¹⁵ et comme un modèle pour l'adoption de nombreuses normes relatives aux droits de l'homme dans le cadre des constitutions et législations nationales, et a aidé à motiver les décisions de tribunaux nationaux et internationaux. Elle a été incorporée au droit international coutumier, ce qui a nettement contribué à faire des droits de l'homme le langage commun de l'humanité.

204. En outre, de nos jours, la Déclaration est généralement considérée comme une interprétation faisant autorité des dispositions de la Charte des Nations Unies relatives aux droits de l'homme, et comme

²¹⁴ Dès les travaux préparatoires de la Déclaration universelle (en particulier pendant la période de treize mois allant de mai 1947 à juin 1948), une vision globale de tous les droits à proclamer s'est rapidement dégagée. Cette perspective a été adoptée dans les travaux préparatoires officiels de la Déclaration, c'est-à-dire dans les débats et les projets de texte de l'ancienne Commission des droits de l'homme de l'ONU (rapporteur René Cassin) puis à la Troisième Commission de l'Assemblée générale. En outre, en 1947, dans une contribution aux travaux en cours à la Commission des droits de l'homme de l'époque, l'Unesco a examiné les principaux problèmes théoriques posés par l'élaboration de la Déclaration universelle ; elle a adressé à certains des intellectuels les plus influents dans le monde à l'époque un questionnaire sur les relations entre les droits des individus et des groupes dans les sociétés de différents types et dans des situations historiques différentes ainsi que sur les relations entre les libertés individuelles et les responsabilités sociales ou collectives. Pour les réponses fournies, voir *Los Derechos del Hombre — Estudios y Comentarios en torno a la Nueva Declaración Universal Reunidos por la Unesco*, Mexico/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1949, p. 97-98 (Teilhard de Chardin), p. 181-185 (Aldous Huxley), p. 14-22 et 69-74 (Jacques Maritain), p. 24-27 (E. H. Carr), p. 129-136 (Quincy Wright), p. 160-164 (Levi Carneiro), p. 90-96 (J. Haesaert), p. 75-87 (H. Laski), p. 143-159 (B. Tchechko), p. 169-172 (Chung-Shu Lo), p. 23 (M. K. Gandhi), p. 177-180 (S. V. Puntambekar) et 173-176 (H. Kabir). Les deux conférences mondiales des Nations Unies sur les droits de l'homme (Téhéran, 1968, et Vienne, 1993) ont permis d'exprimer concrètement l'interdépendance de tous les droits fondamentaux et leur universalité, enrichies par la diversité culturelle.

²¹⁵ Traités appliqués actuellement en permanence aux niveaux mondial (Organisation des Nations Unies) et régional et dont les préambules renvoient tous à la Déclaration.

ayant ainsi annoncé la transformation de l'ordre social et international qui devait permettre d'assurer la jouissance des droits proclamés. Dans le préambule de la Charte des Nations Unies, «les peuples des Nations Unies» se déclarent résolus «à préserver les générations futures du fléau de la guerre» (premier alinéa) et «à proclamer à nouveau [leur] foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine» (deuxième alinéa). Cette dernière profession de foi est répétée dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (cinquième alinéa du préambule). En outre, la Charte des Nations Unies appelle à plusieurs reprises au respect universel pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion (paragraphe 3 de l'article premier, deuxième alinéa du paragraphe 1 de l'article 13, troisième alinéa de l'article 55 et troisième alinéa de l'article 76).

205. Les graves violations des droits fondamentaux de la personne humaine (telles que les massacres à grande échelle, la pratique de la torture, les disparitions forcées, le nettoyage ethnique et la discrimination systématique) constituent des atteintes au *corpus juris gentium* tel qu'il est énoncé dans la Charte des Nations Unies et la Déclaration universelle (qui priment sur les résolutions des organes politiques des Nations Unies) et sont condamnées par la conscience juridique universelle. Tout Etat qui se rend systématiquement coupable de ces graves violations agit de manière criminelle, perd sa légitimité et cesse d'être un Etat pour la population victime, car il pratique une politique manifestement et radicalement opposée à ses fins humaines.

206. Dans le cadre du *jus gentium* contemporain, aucun Etat ne peut révoquer l'autonomie d'un «peuple» ou d'une «population» garantie par la Constitution, puis adopter des mesures discriminatoires contre des innocents, les torturer et les tuer ou les expulser de leurs foyers ou pratiquer le nettoyage ethnique sans subir les conséquences de ses actes ou omissions criminels. Aucun Etat ne saurait, après avoir commis des crimes aussi abominables, invoquer ou prétendre défendre son intégrité territoriale; le fait est que tout Etat qui agit de la sorte cesse de se comporter comme un Etat envers la population victime.

207. Une organisation universelle à vocation et à champ d'action universels comme l'Organisation des Nations Unies, créée au nom des peuples du monde entier (voir ci-dessus), est parfaitement en droit de placer sous sa protection une population qui a fait l'objet de mesures discriminatoires systématiques et a été victime de graves violations des droits de l'homme et du droit humanitaire international, de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Elle est pleinement habilitée, à mon sens, à aider cette population à prendre en main son propre destin; elle agira en cela conformément à la Charte et aux impératifs de la conscience juridique universelle.

208. Dans un contexte historique tel que celui que nous examinons, le droit à l'intégrité territoriale, applicable dans les *relations interétatiques*, n'est pas aussi absolu que certains tenteraient de le faire croire. Si l'on passe aux relations *intra-étatiques*, l'intégrité territoriale et l'intégrité de

la personne humaine vont de pair, l'Etat exerçant son autorité en harmonie avec la situation de la population, dont il vise à satisfaire les besoins et les aspirations. L'intégrité territoriale, dans sa dimension *intra-étatique*, est un droit réservé aux Etats qui agissent vraiment en qualité d'Etat et non en tant qu'instrument de destruction des êtres humains, de leur vie et de leur âme²¹⁶. En conséquence, l'autodétermination est un droit qui appartient aux «peuples» ou aux «populations» assujettis dans des contextes divers (pas uniquement celui de la décolonisation), et systématiquement soumis à la discrimination et à l'humiliation, à la tyrannie et à l'oppression. Cet assujettissement inhumain est contraire à la Déclaration universelle des droits de l'homme et à la Charte des Nations Unies. Il constitue une violation du *droit des Nations Unies*.

209. Enfin et surtout, le principe fondamental d'humanité a été également affirmé dans la jurisprudence des tribunaux internationaux contemporains. En l'affaire du *Massacre de Plan de Sánchez* (arrêt du 29 avril 2004) concernant le Guatemala, par exemple, à un certain stade de la procédure devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme, l'Etat défendeur a accepté sa responsabilité internationale pour la violation de

²¹⁶ Les Grecs anciens étaient déjà conscients des effets dévastateurs du recours aveugle à la force et à la guerre pour les vainqueurs aussi bien que pour les vaincus, et de la «folie fondamentale» qu'est «la substitution des moyens aux fins»: depuis l'époque de *L'Iliade* d'Homère jusqu'à nos jours, comme l'a si bien analysé Simone Weil, l'une des grandes philosophes du XX^e siècle, tous les «belligérants» sont transformés en moyens, en choses, dans la lutte insensée pour le pouvoir, incapables même de soumettre leurs actes à leur pensée. Les termes oppresseurs et opprimés n'ont presque plus de sens face à l'impuissance de chacun devant l'appareil de guerre, qui sert à détruire l'esprit et à fabriquer «l'inconscience» (S. Weil, *Réflexions sur les causes de la liberté et de l'oppression sociale*, Paris, Gallimard, collection Idées, 1955 — S. Weil, *Reflexiones sobre las Causas de la Libertad y de la Opresión Social*, Barcelone, Ed. Paidós/Universidad Autónoma de Barcelona, 1995, p. 81, 82, 84 et 130-131). Comme dans *L'Iliade* d'Homère, il n'y a ni vainqueurs ni vaincus, tous sont pris par la force, possédés par la guerre, dégradés par les brutalités et les massacres (S. Weil, «*L'Iliade* ou le poème de la force (1940-1941)», dans *Œuvres*, Paris, Quarto Gallimard, 1999, p. 527-552). Le message éternel d'Homère sur le «carnage» et la vie misérable de tous ceux qui mènent des combats sans fin (voir Homère, *The Iliad*, New York/Londres, Penguin Books, 1991 (rééd.), p. 222 et 543-544, vers 275-281 et 83-89) était tout aussi valable et poignant dans la Grèce antique que de nos jours. Tout au long des siècles, le «carnage» s'est poursuivi sans fin (voir, par exemple, Bartolomé de Las Casas, *Tratados*, vol. I, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1997 (réimpr.), p. 14-199, et p. 219, 319 et 419), et il semble qu'on n'en ait pas tiré suffisamment d'enseignements, en particulier en ce qui concerne la nécessité pressante et le devoir d'assurer la primauté du droit sur la force brutale. Ainsi, déjà dans la Rome antique, Cicéron notait dans son ouvrage *De Legibus* (*Traité des lois*, livre II, 51 à 43 av. J.-C. environ) que rien n'était plus funeste aux Etats, rien n'était si contraire au droit et aux lois, rien n'était moins digne d'un citoyen et d'un homme que le recours à la violence dans un Etat organisé (M. T. Cicero, *On the Commonwealth and On the Laws* (J. E. G. Zetzel, dir. publ.), Cambridge University Press, 2003 (rééd.), livre III, *ibid.*, p. 172). Dans son ouvrage *De la République* (fin des années 50 à 46 av. J.-C. environ), Cicéron ajoutait que rien n'était plus néfaste pour un Etat et plus contraire à la justice et à la loi que le recours à la force et à la violence lorsqu'un pays possède une Constitution solide et établie (Cicéron, *De la République*, livre III). Tous ces avertissements semblent d'actualité, bien des siècles après...

droits garantis par la convention américaine relative aux droits de l'homme, et en particulier pour « n'avoir pas garanti le droit des parents des ... victimes et membres de la communauté d'exprimer leurs convictions religieuses, spirituelles et culturelles » (par. 36). Dans mon opinion individuelle en l'affaire, j'ai fait valoir que la primauté du principe d'humanité correspondait à la finalité même, au but ultime du droit, de l'ordre juridique tout entier, national et international, à savoir la reconnaissance du caractère inaliénable de tous les droits inhérents à la personne humaine (par. 17).

210. Ce principe est présent — ai-je ajouté — non seulement dans le droit international des droits de l'homme, mais aussi dans le droit international humanitaire, il s'applique en toutes circonstances. Que l'on considère qu'il est à la base de l'interdiction du traitement inhumain (établie à l'article 3, commun aux quatre conventions de Genève de 1949 relatives au droit humanitaire international) ou qu'il est implicite dans la référence à l'humanité tout entière, ou encore qu'il sert à qualifier tel comportement d'« humain », le principe d'humanité est toujours et inéluctablement présent (par. 18 à 20). Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY — chambre de première instance) a lui aussi porté son attention sur ce principe dans ses jugements, par exemple dans les affaires *Mucic et consorts* (20 février 2001) et *Celebici* (16 novembre 1998). On peut en outre rappeler que la *clause de Martens*, qui imprègne le *corpus juris* du droit humanitaire international depuis l'époque de la première conférence internationale de la paix de La Haye (1899) jusqu'à nos jours, marque la validité permanente des principes du droit des gens tels qu'ils résultent « des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique »²¹⁷.

211. Ce même principe d'humanité — ai-je conclu dans l'opinion individuelle précitée en l'affaire du *Massacre de Plan de Sánchez* — a également des incidences dans le domaine du droit international des réfugiés, comme le montrent les faits de cette espèce, où étaient en cause des massacres et la pratique par l'Etat de la politique de la *tierra arrasada*, consistant à détruire et à brûler les maisons, qui a entraîné des déplacements massifs de populations (par. 23). Des cruautés de cet ordre se produisent sous différentes latitudes, en Europe comme dans les Amériques, et aussi dans les autres régions du monde, la nature humaine étant ce qu'elle est. Ce que je voudrais noter ici, c'est que l'économie du principe d'humanité vise selon moi à favoriser les convergences entre les trois tendances de la protection internationale des droits fondamentaux de la personne (droit international des droits de l'homme, droit international humanitaire et droit international des réfugiés).

²¹⁷ Voir *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie), demande reconventionnelle, ordonnance du 6 juillet 2010, C.I.J. Recueil 2010*, opinion dissidente de M. le juge Cançado Trindade, p. 378, par. 126, et p. 381-383, par. 136-139.

XIV. VERS UNE CONCEPTION GLOBALE DE L'INCIDENCE
DU *JUS COGENS*

212. Je souhaiterais maintenant revenir sur mes brèves réflexions concernant le principe *ex injuria jus non oritur* (voir ci-dessus, par. 132-137) pour traiter d'un autre point abordé dans le présent avis consultatif de la Cour sur la *Conformité au droit international de la déclaration d'indépendance relative au Kosovo*. Comme je l'ai déjà dit, dans les années qui ont précédé l'adoption de la résolution 1244 (1999) par le Conseil de sécurité — soit la décennie 1989-1999 —, l'Organisation des Nations Unies dans son ensemble est apparue profondément préoccupée par les maux de toutes sortes (*injuriae*) infligés à la population du Kosovo: de graves violations des droits de l'homme et du droit humanitaire international ont été commises de façon répétée par toutes les parties prenantes, quel que soit leur camp, causant de graves préjudices à la population et aggravant la *crise humanitaire* au Kosovo.

213. Et pourtant, les quelques participants à la procédure consultative qui ont invoqué le principe *ex injuria jus non oritur* ne se sont référés, de manière atomisée, qu'à telle ou telle des graves violations commises de façon répétée pendant cette période, aucun d'entre eux n'ayant considéré les préjudices successifs (*injuriae*) comme un ensemble (voir ci-dessus). Au paragraphe 81 de son avis consultatif, la Cour s'est déclarée préoccupée par le recours illicite à la force et d'autres violations graves du droit international, en particulier de normes impératives, et a appelé l'attention sur ce point. Je souscris pleinement à la préoccupation de la Cour concernant les violations du *jus cogens* et je vais plus loin qu'elle à cet égard.

214. L'*obiter dictum* de la Cour (par. 81) clôt un raisonnement consacré à un aspect spécifique, celui de l'intégrité territoriale des Etats, principe fondamental dans les relations interétatiques. La Cour, étant donné les caractéristiques classiques de son Statut et de son Règlement (*interna corporis*), a l'habitude de raisonner dans le carcan des relations entre Etats. Toutefois, l'incidence du *jus cogens* transcende cette dimension. Des violations graves du droit international, en particulier de normes impératives de droit international général, se sont très regrettablement produites aussi bien au niveau *interétatique* (par exemple, le recours illicite à la force, comme dans les bombardements de 1989 du Kosovo, hors du cadre de la Charte des Nations Unies, qui ont fait de nombreuses victimes) qu'au niveau *intra-étatique* (par exemple, les graves violations des droits de l'homme et du droit humanitaire international dont la population du Kosovo a été victime durant la décennie 1989-1999).

215. S'agissant de ces dernières violations, il est clair, en droit international contemporain, que les interdictions concernant la torture, le nettoyage ethnique, les exécutions sommaires ou extrajudiciaires, les disparitions forcées de personnes, ont un caractère *absolu*, quelles qu'en soient les circonstances: elles sont des interdictions de *jus cogens*. Les violations (dans un Etat) de ces interdictions, telles que celles qui se sont produites au Kosovo pendant sa grave crise humanitaire, sont des violations de

normes impératives du droit international général (c'est-à-dire du *jus cogens*) et engagent automatiquement la responsabilité de leurs auteurs (Etats et individus), avec toutes les conséquences juridiques qui en découlent (et qui n'ont pas encore été suffisamment développées dans la jurisprudence et la doctrine juridique internationales).

216. En s'intéressant uniquement à la dimension interétatique, la Cour a elle aussi adopté, dans l'*obiter dictum* précité, une perspective atomisée qui n'est pas satisfaisante. La vérité est que le *jus cogens* a des incidences aussi bien sur le plan *interétatique* que sur le plan *intra-étatique*, c'est-à-dire sur les relations des Etats entre eux et sur les relations entre ceux-ci et tous les êtres humains qui relèvent de leur juridiction. Il y a donc ici à la fois une dimension *horizontale* (interétatique) et une dimension *verticale* (intra-étatique). Telle est la conception globale de l'incidence du *jus cogens* que la Cour devrait désormais faire sienne à mon sens.

217. Dans cette dernière dimension (verticale), à notre époque, l'intégrité territoriale de l'Etat va de pair avec l'obligation pour l'Etat de respecter et de faire respecter l'intégrité humaine de tous les êtres humains sous sa juridiction. Le territoire d'un Etat ne peut être utilisé par ses autorités pour la poursuite de politiques criminelles, en violation d'interdictions du *jus cogens* (telles que celles mentionnées plus haut). Les autorités d'un Etat responsables de graves violations des droits de l'homme ou du droit international humanitaire ne peuvent s'abriter derrière des frontières territoriales pour échapper à la loi et bénéficier de l'impunité, après avoir commis des atrocités qui ont choqué la conscience de l'humanité. Après tout, *hominum causa omne jus constitutum est* (tout droit est créé au bénéfice de l'homme); cette maxime, issue du droit romain, est de nos jours commune aux ordres juridiques nationaux et internationaux (le *jus gentium* de notre temps).

XV. OBSERVATIONS FINALES: L'INDÉPENDANCE DU KOSOVO SOUS LA SUPERVISION DES NATIONS UNIES

218. La Cour ayant fondé son raisonnement presque entièrement sur la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité, je me sens tenu de faire encore quelques observations dans cette opinion individuelle. En premier lieu, si nul ne peut nier la position centrale de la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité en l'espèce, le fait est que cette résolution est le résultat d'un compromis politique²¹⁸ et que, au-dessus de cette résolution et de toutes celles du Conseil de sécurité (et des autres organes politiques

²¹⁸ Après son adoption, le débat s'est poursuivi entre, d'une part, les Etats qui mettaient l'accent sur la référence à «l'intégrité territoriale» de la République fédérale de Yougoslavie, figurant dans un alinéa du préambule (et au paragraphe 8 de l'annexe 2) de la résolution 1244 (1999), et, de l'autre, les Etats qui insistaient sur le fait que cet alinéa du préambule de la résolution ne créait pas des obligations contraignantes et s'appliquait uniquement à la phase intérimaire au Kosovo et non pas à son statut final, qui n'était pas déterminé par la résolution 1244 (1999); voir A. Tancredi, «Neither Authorized nor Prohibited? Secession

des Nations Unies), il y a la *Charte des Nations Unies*. En fin de compte, c'est la Charte qui doit guider tout raisonnement. En deuxième lieu, l'argument de la Cour selon lequel elle « n'estime ... pas nécessaire de se prononcer sur les autres résolutions du Conseil de sécurité relatives à la question du Kosovo » (comme elle le dit au paragraphe 86) adoptées avant la résolution 1244 (1999) (qui, de toute façon, « sont rappelées au deuxième alinéa de son préambule ») est mal fondé : il n'est, selon moi, qu'une simple pétition de principe.

219. Cet argument permet tout bonnement à la Cour de procéder à un examen « technique » et aseptisé de la déclaration d'indépendance du Kosovo du 17 février 2008, en faisant abstraction de l'arrière-plan factuel complexe et tragique de la *grave crise humanitaire au Kosovo*, qui a abouti à l'adoption, par le Conseil de sécurité, de sa résolution 1244 (1999). Tout en ne se « prononçant » pas sur d'autres résolutions du Conseil de sécurité (et certainement pas sur celles de l'Assemblée générale, dont il apparaît clairement qu'elle minimise à tort l'importance au paragraphe 38), la Cour semble dans l'embarras lorsqu'elle reconnaît la nécessité de prendre au moins en compte d'autres résolutions du Conseil de sécurité (sans se « prononcer » à leur sujet) adoptées avant la résolution 1244 (1999), uniquement pour illustrer un aspect de la crise (au paragraphe 116), mais de manière incomplète²¹⁹.

220. En conséquence, la Cour a jugé suffisant d'évoquer brièvement et en passant la crise du Kosovo²²⁰, sans expliquer nulle part dans son avis consultatif quelles avaient été les causes de cette crise, ni en quoi elle avait consisté ; or, c'est exactement ce que les résolutions du Conseil de sécurité adoptées avant la résolution 1244 (1999), les résolutions de l'Assemblée générale et les textes adoptés par d'autres organes des Nations Unies avaient traité en détail. Comme je ne suis pas le raisonnement de la Cour, auquel je ne souscris pas, je me suis senti tenu, en ma qualité de membre de la Cour, d'exposer ici mon propre raisonnement et d'analyser ce faisant l'expression réitérée par le Conseil de sécurité, par l'Assemblée générale, par le Conseil économique et social et par le Secrétaire général (voir ci-dessus), en bref par *l'Organisation des Nations Unies dans son ensemble*, de leur *grave préoccupation face à la tragédie humanitaire au Kosovo*.

221. Selon moi, la Cour aurait dû examiner tout l'arrière-plan factuel avec le même zèle et la même attention aux détails qui l'ont incitée à étudier les circonstances factuelles ayant entouré l'adoption de la déclaration d'indépendance par l'Assemblée du Kosovo. J'ai conclu, comme la Cour, que celle-ci était compétente pour donner l'avis consultatif demandé par

and International Law after Kosovo, South Ossetia and Abkhazia», *Italian Yearbook of International Law* (2008), vol. 18, p. 55-56. De fait, l'alinéa a) du paragraphe 1 du dispositif de cette résolution prévoit expressément de « faciliter, en attendant un règlement définitif, l'instauration au Kosovo d'une autonomie et d'une auto-administration substantielles ».

²¹⁹ On trouve d'autres brèves références à ces autres résolutions du Conseil de sécurité aux paragraphes 91 et 98 de l'avis consultatif.

²²⁰ Par exemple, par. 95, 97-98 et 116.

l'Assemblée générale, qu'elle devait accéder à la demande d'avis consultatif de l'Assemblée générale et que la déclaration d'indépendance du Kosovo adoptée le 17 février 2008 n'avait pas violé le droit international; mais je suis parvenu à ces conclusions sur la base de mon propre raisonnement, développé dans la présente opinion individuelle, qui est très différent de celui de la Cour.

222. Un autre aspect qui ne saurait passer inaperçu ici concerne la pratique récente du Conseil de sécurité, telle qu'elle apparaît dans certaines de ses résolutions, consistant à s'adresser non seulement aux Etats, mais aussi à des entités non étatiques, allant ainsi au-delà de la stricte dimension des relations entre les Etats. La Cour évoque brièvement cette pratique (par. 115-117), ainsi que la nécessité croissante de veiller à une interprétation correcte des résolutions du Conseil de sécurité (par. 94). Toutefois, elle effleure ces deux points sans les approfondir. Sans vouloir fouiller la question, j'aborderai toutefois un élément supplémentaire que la Cour n'a pas évoqué et que l'on ne saurait passer sous silence.

223. Le rôle accru du Conseil de sécurité, à partir du début des années quatre-vingt-dix, dans les opérations non seulement de maintien de la paix, mais aussi de prévention des conflits et de rétablissement et de consolidation de la paix, a élargi son horizon quant à l'exercice de ses fonctions. C'est là un phénomène contemporain bien connu dans le cadre du *droit des Nations Unies*²²¹. Dans ce contexte, le fait que le Conseil de sécurité ait récemment commencé à adresser des demandes à des entités non étatiques (y compris des groupes d'individus), et pas seulement à des Etats, n'est après tout pas si surprenant. Ce qu'il faut toutefois ajouter — puisque cela semble avoir échappé à la Cour —, c'est que le Conseil de sécurité a lui aussi son «cadre constitutionnel»: la Charte des Nations Unies. Pour larges que puissent être ses pouvoirs ou pour larges qu'ils aient pu devenir de nos jours, ils restent limités par la Charte des Nations Unies.

224. Le Conseil de sécurité est non pas le législateur du monde, mais l'un des principaux organes politiques des Nations Unies; c'est à lui que la Charte des Nations Unies a confié la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales. Pour l'examen de la question posée à la Cour par l'Assemblée générale, la *Grundnorm* est non pas la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité, mais la Charte. Or, la Charte a posé des limites à l'action de tous les organes des Nations Unies, y compris le Conseil de sécurité. Dans le cas du Kosovo, le Conseil de sécurité a agi dans ces limites et, par sa résolution 1244 (1999), il a placé la grave crise humanitaire au Kosovo dans le cadre du droit des Nations Unies. Et les Nations Unies ont prêté une attention particulière aux conditions de vie de la population, au Kosovo comme

²²¹ Voir entre autres K. Manusama, *The United Nations Security Council in the Post-Cold War Era — Applying the Principle of Legality*, Leyde, Nijhoff, 2006, p. 1-320; B. G. Ramcharan, *The Security Council and the Protection of Human Rights*, La Haye, Nijhoff, 2002, p. 1-213.

dans d'autres parties du monde, afin de préserver la paix et la sécurité internationales.

225. Je juge utile d'ajouter encore certaines observations. A la fin de la procédure orale concernant le présent avis consultatif sur la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, lors de l'audience publique du 11 décembre 2009, j'ai posé aux participants la question ci-après :

«La résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité fait référence, à l'alinéa *a*) de son paragraphe 11, à l'instauration au Kosovo d'une autonomie et d'une auto-administration substantielles, compte pleinement tenu des accords de Rambouillet. De votre point de vue, que faut-il entendre par ce renvoi aux accords de Rambouillet? Celui-ci a-t-il une incidence sur les questions d'autodétermination, de sécession ou les deux? Dans l'affirmative, quelles conditions un peuple devrait-il satisfaire pour pouvoir prétendre au statut d'Etat, dans le cadre du régime juridique établi par la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité? Et quelles sont, en droit international général, les conditions factuelles devant au préalable être remplies pour constituer un peuple, et pouvoir prétendre à la qualité d'Etat?»

226. Quinze participants ont communiqué leurs réponses à ma question. Ce sont les suivants: Kosovo²²², Serbie²²³, Albanie²²⁴, Argentine²²⁵, Autriche²²⁶, Burundi²²⁷, Chypre²²⁸, Finlande²²⁹, France²³⁰, Pays-Bas²³¹, Roumanie²³², Espagne²³³, Royaume-Uni²³⁴, Etats-Unis²³⁵ et Venezuela²³⁶. Après avoir lu soigneusement ces quinze réponses, j'en extraurai un certain nombre d'observations, auxquelles j'accorde une importance particulière.

227. En se référant aux accords de Rambouillet, la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité entendait créer les conditions d'une autonomie et d'une auto-administration substantielles au Kosovo²³⁷, compte

²²² CR 2009/115.

²²³ CR 2009/111.

²²⁴ CR 2009/106.

²²⁵ CR 2009/110.

²²⁶ CR 2009/116.

²²⁷ CR 2009/117.

²²⁸ CR 2009/109.

²²⁹ CR 2009/107.

²³⁰ CR 2009/118.

²³¹ CR 2009/108.

²³² CR 2009/112.

²³³ CR 2009/114.

²³⁴ CR 2009/119.

²³⁵ CR 2009/113.

²³⁶ CR 2009/120.

²³⁷ Réponses du Kosovo (par. 19), de la Serbie (par. 3.12), des Etats-Unis (p. 1 et 4), du Royaume-Uni (par. 11), de l'Argentine (par. 4).

tenu de ce que celui-ci constituait un «cas unique»²³⁸ (voir ci-dessus). Pendant la décennie suivante (1999-2009), la population du Kosovo a pu, grâce à la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité, développer une capacité d'auto-administration substantielle, comme le montre la déclaration d'indépendance adoptée par l'Assemblée du Kosovo le 17 février 2008. Si les déclarations de cet ordre ne sont ni autorisées ni interdites par le droit international, leurs conséquences et leurs incidences n'en mettent pas moins celui-ci en jeu.

228. En outre, il ne semble pas qu'il y ait lieu de s'attarder sur les questions sémantiques soulevées par la notion de «peuple». De fait, la doctrine juridique internationale ne paraît pas à ce jour être parvenue à résoudre ce problème. Dans le contexte de la question à l'examen, il a par exemple été relevé que les expressions «la population du Kosovo», «le peuple du Kosovo», «l'ensemble de la population du Kosovo», «tous les habitants du Kosovo» apparaissaient indistinctement dans la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité elle-même²³⁹. Et en effet, malgré la vaste expérience accumulée dans ce domaine, un certain flou terminologique continue à entourer la notion de «peuple» ou de «population» en droit international²⁴⁰. Ce qui apparaît clairement, c'est qu'un ensemble de facteurs, d'ordre objectif aussi bien que subjectif, tels que tradition et culture, ethnie, liens et patrimoine historiques, langue, religion, sentiment d'identité ou d'appartenance, volonté de constituer un peuple²⁴¹, doivent se conjuguer pour qu'existe un peuple; ces éléments sont tous d'ordre *factuel* et non pas *juridique* et ont généralement tendance à se chevaucher²⁴².

229. On se rappellera que le cadre constitutionnel de la MINUK pour un gouvernement autonome provisoire du Kosovo (2001) (voir ci-des-

²³⁸ Réponse du Royaume-Uni (par. 12). La conférence de Rambouillet a fait entrer l'Europe — au côté de l'Organisation des Nations Unies — dans le cadre de la crise du Kosovo, ce qui démontre une nouvelle fois que celle-ci était devenue une «préoccupation internationale»; E. Decaux, «La conférence de Rambouillet — Négociation de la dernière chance ou contrainte illicite?», dans *Kosovo and the International Community — A Legal Assessment* (Ch. Tomuschat, dir. publ.), La Haye, Kluwer, 2002, p. 45-64.

²³⁹ Au cinquième alinéa du préambule, au paragraphe 10 du dispositif et au paragraphe 5 de l'annexe 2; au paragraphe 4 de l'annexe 2 et au paragraphe 10 du dispositif; au principe 4 de l'annexe 1 et au paragraphe 5 de l'annexe 2, respectivement; réponse de l'Espagne (par. 20).

²⁴⁰ On a fait valoir, par exemple, que pour qu'une collectivité ou un groupe humain constitue un peuple dans l'acception permettant d'ouvrir droit à la qualité d'Etat, il devait remplir les critères suivants: a) partage d'un passé commun, sur les plans de l'ethnie, de la langue, de la religion, de l'histoire et du patrimoine culturel; b) intégrité territoriale de la zone géographique revendiquée; c) élément subjectif de la perception consciente par le groupe d'exister en tant que «peuple», apte à constituer une entité politique viable; pour l'opinion selon laquelle les Kosovars satisfont à ces critères et constituent un peuple et selon laquelle, en outre, leur droit à l'autodétermination interne n'a pas été respecté par la Serbie sous la présidence de Milošević, voir par exemple M. Sterio, «The Kosovar Declaration of Independence: «Botching the Balkans» or Respecting International Law?», *Georgia Journal of International and Comparative Law* (2008-2009), vol. 37, p. 277 et 287.

²⁴¹ Réponses des Pays-Bas (par. 16) et de l'Albanie (par. 20-21).

²⁴² Réponse de la Finlande (p. 3).

sus), qui précise l'approche des Nations Unies à l'égard du Kosovo, caractérise celui-ci comme «une entité ... qui, ainsi que son peuple, présente des caractéristiques historiques, juridiques, culturelles et linguistiques uniques» (par. 1.1)²⁴³. A ces éléments, j'en ajouterai un autre — d'une grande importance —, à savoir *la communauté de souffrance* : souffrir en commun crée un fort sentiment d'identité. Il y a bien des siècles, Eschyle (525 à environ 456 av. J.-C.) en a eu l'intuition, dans son *Orestie* : il a clairement montré, dans la troisième ode du chœur d'*Agamemnon* et dans l'apogée de la procession finale des *Euménides*, que les êtres humains apprennent par la souffrance et que, en fin de compte, ils apprennent non pas simplement à éviter la souffrance, mais aussi à faire le bien et à parvenir à la justice. Aujourd'hui, en 2010, bien des siècles plus tard, je me demande si Eschyle n'était peut-être pas un peu trop optimiste, mais j'apprécie beaucoup son message courageux, qui est selon moi d'une valeur intemporelle et éternelle.

230. Il est exact que la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité de l'ONU ne déterminait pas le statut final du Kosovo, pas plus qu'elle n'interdisait ni n'entravait la proclamation de l'indépendance par l'Assemblée du Kosovo, le 17 février 2008. Le Conseil de sécurité ne s'est pas prononcé sur la succession d'événements qui s'est déroulée jusqu'à présent. Une présence des Nations Unies demeure au Kosovo, en vertu de la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité. Cette présence a œuvré en faveur d'«une autonomie et d'une auto-administration substantielles» et, selon certains, également en faveur de son indépendance²⁴⁴.

231. Cela n'est guère surprenant d'ailleurs si l'on pense à l'attention particulière qui, dans les expériences contemporaines des Nations Unies en matière d'administration internationale de territoires, est portée aux conditions de vie de la population (comme déjà auparavant dans le système des mandats à l'époque de la Société des Nations et dans celui des tutelles de l'Organisation des Nations Unies — voir ci-dessus), manifestant une intention *humanisante*. Le maintien de la présence des Nations Unies au Kosovo, même maintenant, semble nécessaire pour garantir la sécurité des personnes et préserver la paix et la sécurité internationales dans la région.

232. Dans l'autre exemple contemporain d'administration internationale d'un territoire par les Nations Unies, celui du *Timor oriental*, plusieurs années après que l'Administration transitoire des Nations Unies au Timor oriental (ATNUTO) a achevé ses travaux et que l'indépendance du Timor oriental a été proclamée, l'ONU maintient une présence résiduelle dans le nouvel Etat du Timor-Leste et c'est encore le cas en 2010²⁴⁵. Oserait-on suggérer de supprimer cette présence? Sûrement pas. Au

²⁴³ Note citée dans la réponse de l'Autriche (p. 2).

²⁴⁴ Voir à cet égard, par exemple, G. Serra, «The International Civil Administration in Kosovo...», *op. cit. supra* note 55, p. 77-78, 81-82 et 87.

²⁴⁵ Par sa résolution 1704 (2006) du 25 août 2006, le Conseil de sécurité a créé la nouvelle Mission intégrée des Nations Unies au Timor-Leste (MINUT), dont il a plusieurs fois renouvelé le mandat (résolutions 1802 (2008) du 25 février 2008 et 1867 (2009) du

Kosovo, compte tenu de l'arrière-plan factuel, la présence des Nations Unies semble d'autant plus nécessaire. Le Kosovo, Etat naissant, a grand besoin d'«une indépendance sous la supervision de la communauté internationale», comme l'a recommandé l'envoyé spécial du Secrétaire général (M. Ahtisaari) dans son rapport sur le statut futur du Kosovo (2007).

233. Ce rapport, qu'accompagnait la Proposition globale de règlement portant statut du Kosovo, présenté à la mi-mars 2007²⁴⁶, contient des propositions de mesures détaillées dont les objectifs sont les suivants: *a*) promouvoir et sauvegarder les droits des communautés et de leurs membres; *b*) assurer la décentralisation effective du gouvernement et de l'administration (pour encourager la participation des citoyens); *c*) protéger et promouvoir le patrimoine religieux et culturel. L'objectif ultime est de constituer et de renforcer une société démocratique pluriethnique. A cet effet, le Kosovo n'aura pas de religion «officielle», favorisera le retour volontaire des réfugiés et des personnes déplacées dans des conditions de sécurité, assurera l'*applicabilité directe* en droit national des dispositions des traités et des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, assurera la représentation des communautés non majoritaires dans son Assemblée, adoptera l'albanais et le serbe comme langues officielles, et constituera et mettra en place un système judiciaire indépendant fondé sur la primauté du droit.

234. En outre, le Kosovo assurera le respect du principe fondamental d'égalité et de non-discrimination, l'exercice du droit de participer à la vie publique et le droit de chacun d'accéder à la justice sur un pied d'égalité. Dans le cadre de toutes ces mesures proposées, la préservation des droits des membres de la communauté serbe (minoritaire) revêt une importance particulière²⁴⁷, de même que la protection et la promotion du patrimoine religieux et culturel²⁴⁸ de toutes les communautés, en tant que partie intégrante du patrimoine du Kosovo.

235. Dans la déclaration d'indépendance du 17 février 2008, l'Assemblée du Kosovo a accepté expressément les recommandations faites par l'envoyé spécial de l'ONU dans la Proposition globale de règlement portant statut du Kosovo²⁴⁹, et ajouté:

«Nous déclarons que le Kosovo est une république démocratique, laïque et multiethnique, guidée par le principe de non-discrimination et de protection égale devant la loi. Nous protégerons et promouvoir les droits de toutes les communautés au Kosovo...»²⁵⁰

26 février 2009); plus récemment, par sa résolution 1912 (2010) du 26 février 2010, le Conseil de sécurité a à nouveau reconduit le mandat de la MINUT pour une année.

²⁴⁶ Voir Nations Unies, doc. S/2007/168 et S/2007/168/Add. 1.

²⁴⁷ Comme le montrent les émeutes de 2004.

²⁴⁸ L'église orthodoxe serbe au Kosovo poursuivant ses activités sans être inquiétée.

²⁴⁹ Douzième alinéa du préambule; paragraphes 1, 3, 4, 5 et 12 du dispositif.

²⁵⁰ Paragraphe 2 du dispositif.

Dans la déclaration d'indépendance, l'Assemblée du Kosovo accepte en outre le maintien de la présence de l'ONU au Kosovo sur la base de la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité²⁵¹ et s'engage à agir «en accord avec les principes du droit international et avec les résolutions du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies», y compris la résolution 1244 (1999)²⁵².

236. Le représentant spécial du Secrétaire général continue en fait d'exercer ses fonctions au Kosovo, comme la Cour le rappelle au paragraphe 92 du présent avis consultatif sur la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*; toutefois, contrairement à ce que l'on pourrait déduire de la brève référence que fait la Cour (sans analyse aucune) aux rapports du Secrétaire général sur la Mission d'administration intérimaire des Nations Unies au Kosovo, publiés après la proclamation de la déclaration d'indépendance par l'Assemblée du Kosovo (de 2008 à 2010)²⁵³, la situation actuelle au Kosovo n'est pas la même que lors de la proclamation de la déclaration d'indépendance. L'examen des rapports précités fait apparaître qu'elle s'est modifiée au cours de la période 2008-2010.

237. Ainsi, dans son rapport du 24 novembre 2008, le Secrétaire général a bien indiqué que, du fait de la déclaration d'indépendance du Kosovo et de sa nouvelle constitution, la capacité de la mission d'exercer son autorité administrative avait été mise à rude épreuve, mais n'a jamais affirmé que l'évolution de la situation constituait une violation de la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité — rien n'a été fait pour «annuler» la déclaration d'indépendance (par. 21). Le Secrétaire général a admis procéder à des ajustements de la MINUK, compte tenu de l'évolution de la situation et non en s'opposant à celle-ci, ajoutant que cela serait fait dans le cadre de la «réorganisation» de la présence internationale au Kosovo (par. 22-25). Le Secrétaire général a insisté sur cette «réorganisation» dans ses rapports du 17 mars 2009 (par. 12-14 et 16-17) et du 10 juin 2009 (par. 18-20).

238. Dans son rapport suivant, en date du 30 septembre 2009, le Secrétaire général a fait savoir que la MINUK avait «achevé avec succès» sa «réorganisation» et que son rôle était désormais de promouvoir la sécurité et la stabilité au Kosovo et dans les Balkans (par. 3), en désamorçant les tensions et en facilitant une coopération concrète à la fois entre les communautés du Kosovo «et entre Pristina et Belgrade» (par. 3 et 46-47). Ce point de vue est repris dans les deux rapports du Secrétaire

²⁵¹ Paragraphe 5 du dispositif.

²⁵² Paragraphe 12 du dispositif.

²⁵³ Depuis la déclaration d'indépendance du Kosovo, six rapports du Secrétaire général sur la Mission d'administration intérimaire des Nations Unies au Kosovo ont été publiés dans les documents ci-après: Nations Unies, doc. S/2008/692 du 24 novembre 2008, p. 1-23; S/2009/149 du 17 mars 2009, p. 1-18; S/2009/300 du 10 juin 2009, p. 1-17; S/2009/497 du 30 septembre 2009, p. 1-19; S/2010/5 du 5 janvier 2010, p. 1-18; et S/2010/169 du 6 avril 2010, p. 1-19, respectivement.

général les plus récents (2010), qui énoncent les priorités suivantes : élections et décentralisation, sécurité, état de droit, retours, patrimoine culturel et religieux, problèmes communautaires, droits de l'homme et représentation et participation du Kosovo à des instances internationales et régionales (rapports du 5 janvier 2010 (par. 15-46) et du 10 avril 2010 (par. 16-38)). En bref, la MINUK a apparemment accepté la nouvelle situation née de la déclaration d'indépendance du Kosovo : c'est ce qui ressort des tentatives successives qu'elle a faites pour s'adapter à la situation sur le terrain au profit des populations concernées.

239. En conclusion, les Etats existent pour les êtres humains et non l'inverse. Le droit international contemporain n'est plus indifférent au sort des populations, élément constitutif le plus précieux de l'Etat. L'avènement des organisations internationales, qui transcendent l'ancien paradigme d'un droit international interétatique, a contribué à mettre un terme à cette inversion des fins de l'Etat par laquelle les Etats se considéraient comme dépositaires ultimes de la liberté humaine et traitaient les individus comme des moyens et non comme des fins, avec toutes les conséquences désastreuses que cela entraîne. L'élargissement de la personnalité juridique internationale est allé de pair avec l'élargissement de la responsabilisation sur le plan international.

240. Les Etats qui se sont transformés en mécanismes d'oppression et de destruction ont cessé d'être des Etats aux yeux de la population victime de leurs actes. Rejetées dans le non-droit, ces victimes ont cherché refuge ailleurs, dans le *jus gentium*, le droit des gens et, à notre époque, dans le *droit des Nations Unies*. Je nourris l'espoir que le présent avis consultatif de la Cour internationale de Justice marquera le chapitre final d'un long épisode de plus dans la saga d'une humanité cherchant à s'émanciper de la tyrannie et de l'oppression systématique.

(Signé) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.