

## “La guerre du Kosovo” – Le fait rattrapé par le droit

ALAIN PELLET\*

Par essence conservateur, le droit est un remarquable instrument de régulation sociale au jour le jour. Face à des événements extraordinaires, il peine à les appréhender et à fournir les réponses adéquates aux situations de crise. Son formalisme (même si celui-ci est moins marqué en droit international qu'en droit interne) lui confère une lourdeur qui ne permet guère de faire face à des situations inédites avec la rapidité requise. Loin d'être la “meilleure école de l'imagination” comme le pensait Giraudoux, il bride celle-ci et, s'il s'adapte aux mutations de la société, il le fait en général avec une sage lenteur.

À l'inverse, il se nourrit des crises qui le dépassent en ce sens que celles-ci peuvent être l'occasion de bouleversements profonds et durables du tissu juridique ; c'est vrai en droit interne, dont les mutations se font au gré des révolutions ; ce l'est aussi au plan international comme le montrent les formidables novations que le droit des gens a connues à la suite de chacune des deux guerres mondiales.

La crise du Kosovo n'est assurément pas de la même nature en ce sens qu'elle est plus la conséquence d'une profonde mutation de la société internationale (due à la “globalisation” qui a suivi l'écroulement de l'Empire soviétique et au triomphe de l'idéologie libérale) que la cause première d'une révolution juridique. Elle n'en est pas moins un extraordinaire révélateur des immenses changements qui ont marqué la société internationale au cours des dix dernières années, et auxquels le droit ne peut demeurer insensible.

Ramenés à l'essentiel, les faits sont les suivants : une coalition d'États, auto-désignée, a utilisé la force armée pour mettre fin à une crise humanitaire grave ; et cette intervention a débouché sur l'administration internationale de cette province d'un État souverain durant une période indéterminée, mais probablement fort longue. Ces événements sont difficiles à appréhender en fonction de la grille d'analyse auxquels les internationalistes sont habitués. La plupart s'y accrocheront – il n'y a pas que le droit qui est conservateur : les juristes le sont aussi !

Si telle est la bonne doctrine, il ne fait guère de doute que l'intervention de l'OTAN est clairement illicite. Les internationalistes traditionnels ne manqueront pas de souligner – ils s'y sont déjà employés – que les moyens choisis par les États tiers ou plutôt par une poignée d'États tiers, les pays membres de l'OTAN, sont illicites. C'est que le recours à la force armée est limité par la Charte des

---

\* Professeur à l'Université de Paris X-Nanterre, Membre et ancien Président de la Commission du Droit international des Nations Unies

Nations Unies à deux cas, et deux seulement : les sanctions militaires décidées par le Conseil de Sécurité ou la légitime défense individuelle ou collective en cas d'agression armée. Or, souligneront-ils, les mots ont un sens, et ce n'est pas parce que le génocide et l'agression relèvent de la même catégorie juridique – dans les deux cas, il s'agit de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité – qu'ils sont interchangeables et, en utilisant la force armée contre la Serbie sans autorisation du Conseil de Sécurité, les États membres de l'OTAN, concluront-ils, ont violé la Charte et compromis l'avenir du système de sécurité collective qu'elle s'est efforcée d'instaurer.

Au surplus, l'accord qui a été imposé à la Yougoslavie serait, dans cette perspective, nul et non avenue au regard du droit international puisque, conformément au principe consacré par l'article 52 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, "est nul tout traité dont la conclusion a été obtenue par la menace ou l'emploi de la force en violation des principes du droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies".

Quant à la mise sous tutelle du Kosovo par la résolution 1244 (1999) du Conseil de Sécurité, elle sera déclarée par nos juristes traditionnels incompatible avec le principe fondamental de la souveraineté des États.

Cela fait beaucoup d'illicéités. Et cela met aussi en lumière la profonde inadaptation du droit international hérité de la paix de Westphalie et infléchi par la Charte des Nations Unies à une situation de ce genre : un crime est commis, le plus grave de tous, sans doute : un génocide ; mais au nom des sacrosaints principes de l'interdiction du recours à la force et de la souveraineté, il faut le laisser commettre ! Le droit international justifierait l'inaction. C'est consacrer le "principe de Munich"<sup>1</sup> !

L'alternative ? Elle peut d'abord consister à concéder que l'action de l'OTAN est illicite mais à considérer que la morale, ici, justifie la mise à l'écart des règles de droit. Et, après tout, cela est défendable : le droit est un moyen – parmi d'autres – d'assurer la paix sociale, ce n'est pas une valeur en soi et une violation du droit est certainement préférable à la mort programmée d'un peuple. Prétendre le contraire, c'est jouer les Diafoirus du droit international et admettre que mieux vaut laisser se commettre un génocide selon les règles que de l'empêcher contre les règles. Mais il faut reconnaître que ce raisonnement est aussi un aveu d'impuissance du droit et constitue un précédent dangereux : il repose sur un jugement de valeur, inévitablement subjectif.

Plus subtilement – en tout cas plus prudemment –, on peut aussi chercher

<sup>1</sup> Durant les plaidoiries orales relatives aux mesures conservatoires demandées par la Yougoslavie dans les affaires qu'elle a introduites devant la C.I.J. contre dix États membres de l'OTAN, l'un de ses avocats, M. Erik Suy a jugé adroit de retourner l'accusation et n'a pas hésité à comparer les pays membres de l'OTAN à l'Allemagne nazie. Ce n'est plus du conservatisme décent, c'est de la provocation indécente: les "génocidaires" ne sont pas ceux que M. Suy accuse !

une voie moyenne et, tout en concédant que l'action de l'OTAN est illicite, y voir l'indice d'un changement en cours des règles applicables ; un précédent, amorce d'une pratique nouvelle qui débouchera sur un droit nouveau, plus adapté aux exigences éthiques et sociales de ce temps. Il reste que c'est admettre aussi que, pour l'heure, le droit condamne à l'impuissance et qu'il n'est pas certain qu'il soit bon de justifier, complètement et une fois pour toutes, des comportements "à la Zorro" du type de celui des États membres de l'OTAN.

En revanche, si l'on rassemble l'ensemble des justifications partielles que ceux-ci peuvent légitimement avancer à l'appui de la licéité de leur action, celle-ci apparaît sous un jour nouveau et peut être défendue, dans une perspective proprement juridique.

En premier lieu, il n'est pas raisonnable de contester que la Yougoslavie avait commis – était en train de commettre – non seulement un "fait internationalement illicite" engageant sa responsabilité internationale, mais aussi, sans aucun doute, un "crime", au sens que le fameux article 19 du projet d'articles de la Commission du Droit international sur la responsabilité des États donne à ce mot. Nous sommes ici, assurément, en présence d'un crime caractérisé, l'hideuse épuration ethnique, nouvel avatar du génocide et le précédent bosniaque ne peut laisser aucun doute : la clique au pouvoir à Belgrade et les tenants de l'idéologie de la "grande Serbie" n'auraient reculé devant aucun moyen pour effacer toute présence "albanaise" au Kosovo.

Cela a une conséquence importante : par définition, tous les États sont donc "concernés" par la commission d'un "crime" international, dont l'article 19 donne la définition suivante :

Le fait internationalement illicite qui résulte d'une violation par un État d'une obligation internationale si essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de *la communauté internationale* que sa violation est considérée comme un crime par cette communauté dans son ensemble constitue un crime international.

Il en résulte d'une part que tous les États sont concernés par la "violation grave et à une large échelle d'une obligation d'importance essentielle pour la sauvegarde de l'être humain, comme celle interdisant (. . .) le génocide", et, d'autre part, que la Yougoslavie ne peut certainement pas s'abriter derrière sa "souveraineté" et se plaindre d'une intervention dans ses affaires intérieures ; un génocide n'est pas une affaire intérieure.

Il reste que, si cela justifie une réaction de la "communauté internationale", cela laisse entière la question de l'autorité habilitée à prendre la décision et celle des moyens pouvant être utilisés. Les deux questions sont d'ailleurs liées : la nature de la réaction conditionne, en partie au moins, la possibilité – ou non – pour un État ou un groupe d'États de la décider seuls.

Si l'usage de la force armée n'est pas en cause, pas de problème : tous les États

sont réputés “lésés” par un “crime” et chacun peut adopter les contre-mesures qui lui paraissent adaptées pour le faire cesser. Davantage même, toujours selon le projet d’articles de la C.D.I., tous les États ont l’obligation “de coopérer avec les autres États pour appliquer les mesures visant à éliminer les conséquences d’un crime” (article 53(d) du projet), ce qui, soit dit en passant, aurait justifié l’obligation pour les États tiers – Russie comprise – de coopérer avec l’OTAN et ses États membres pour mettre en œuvre l’embargo sur les produits pétroliers destinés à la Yougoslavie envisagé sur le tard.

Mais les choses sont très différentes dès lors que l’on utilise la force armée. Il faut reconnaître qu’à cet égard l’affaire du Kosovo diffère radicalement de la guerre du Golfe, dans laquelle les deux justifications à l’usage de la contrainte militaire prévues dans la Charte, la légitime défense face à une agression armée et une autorisation du Conseil de Sécurité, étaient présentes. Rien de tel ici où il n’est pas possible de recourir, même par extension, à la légitime défense collective, que l’article 51 de la Charte limite aux seuls cas “où un Membre des Nations Unies est l’objet d’une *agression armée*”, notion à laquelle, si les mots ont un sens, on ne peut assimiler les atteintes graves aux droits de l’homme ou au droit humanitaire, fût-ce un génocide.

Pour sortir de ce cercle vicieux, deux arguments d’un certain poids ont été invoqués :

- d’une part, on a fait valoir que, par ses résolutions 1160, 1199, 1203 (1198) et 1239 (1999), le Conseil de Sécurité s’était expressément placé dans le cadre du chapitre VII de la Charte relatif à l’“action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d’acte d’agression”, constatant ainsi, pour le moins, l’existence d’une menace contre la paix, préalable nécessaire aux mesures impliquant l’emploi de la force armée ;
- d’autre part, il a été soutenu que le rejet, à une écrasante majorité, du projet de résolution russe condamnant l’action de l’OTAN équivalait à une approbation de celle-ci.

Factuellement exacts, ces deux arguments ne suffisent cependant pas à emporter complètement la conviction, au moins si on les appréhende isolément. La constatation d’une menace contre la paix est, en effet, *le préalable* indispensable au recours à la force armée (article 39) ; mais elle n’est que cela : elle ouvre une possibilité ; mais c’est ensuite *au Conseil* qu’il appartient de décider la nature et la forme des mesures à prendre. Quant au rejet de la proposition russe, elle laisse le problème pendant : le Conseil de Sécurité n’a pas condamné l’action de l’OTAN, mais il ne l’a pas non plus approuvée ; sa “non-décision” laisse la question de sa licéité ouverte et la position contraire serait lourde de menaces pour l’avenir : il suffirait qu’un Membre permanent oppose son veto à une résolution condamnant une situation quelconque pour que celle-ci doive être considérée comme juridiquement fondée ; c’est confondre le Conseil, organe

politique, avec une juridiction, ce qu'il n'est pas, et c'est assimiler l'absence de toute décision à une décision.

Toutefois, ces faits doivent être remis en perspective, et relus à la lumière de la résolution 1244 (1999) du 10 juin 1999. Plus aucun doute n'est permis : la licéité de l'action de l'OTAN ne peut plus, après son adoption, être mise en doute. Agissant à nouveau en vertu du chapitre VII de la Charte, le Conseil de Sécurité endosse la position du G8 du 6 mai 1999, qui, elle-même, légitime les "buts de guerre" des pays membres de l'OTAN à défaut d'approuver les moyens mis en œuvre, sur lesquels elle est muette. Mais les uns ne vont pas sans les autres et il serait parfaitement hypocrite de les séparer.

Au surplus, cette ratification tacite, *ex post facto*, s'ajoute à un autre silence, tout aussi éloquent, qui, lui, a accompagné l'action de l'OTAN tout au long de son déroulement : celui de l'organe le plus représentatif de la "communauté internationale", l'Assemblée générale des Nations Unies. Si un groupe important d'États avaient désapprouvé l'action de l'organisation de Bruxelles, il leur était facile de demander la convocation d'une session extraordinaire qui aurait pu manifester la désapprobation de la "majorité silencieuse". Cela n'a pas été fait et cela s'ajoute à tous les autres éléments, qui établissent que, dans ce cas précis, le recours à la force armée n'a été jugé ni disproportionné, ni illicite par "la communauté internationale dans son ensemble" : condamnation des actes de violence à l'encontre de la population du Kosovo par le Conseil de Sécurité, refus par celui-ci de désapprouver l'action de l'OTAN à une écrasante majorité, approbation du plan du G8, qui reprend à son compte les objectifs de l'OTAN. Aucun de ces éléments n'est déterminant ; ensemble ils constituent un faisceau d'indices indiscutable, plus que suffisant pour établir une *opinio juris* favorable à l'intervention armée.

Certes, de bons esprits ne manqueront pas de s'indigner de ce qu'ils s'obstineront à considérer comme une entorse intolérable au principe de l'interdiction du recours à la force armée. Mais au nom de quoi seraient-ils mieux à même d'apprécier ce qui, dans ce domaine, est tolérable ou non ? Certes ce principe est essentiel ; l'interdiction du génocide ou de toute atteinte massive aux droits de l'homme et des peuples ne l'est pas moins. Il fallait les concilier. La conciliation opérée entre eux en l'occurrence a paru acceptable à la "communauté internationale [des États]" dans son ensemble ; dans la société internationale, caractérisée par la décentralisation normative (absence d'organe législatif centralisé) et la décentralisation de la contrainte (absence de juge de droit commun et de force armée centralement contrôlée) cela est la manifestation non d'un droit futur, mais des règles juridiques en vigueur telles qu'elles sont perçues par ses membres.

Du même coup les mesures imposées à la Yougoslavie se trouvent légitimées en droit. Sans doute, son "adhésion" aux principes posés par l'OTAN et repris à son compte par le G8 lui a-t-elle été extorquée par la force ; mais,

juridiquement, son acceptation était, en tout état de cause parfaitement inutile : agissant dans le cadre du chapitre VII de la Charte, le Conseil de Sécurité pouvait, de toutes manières, les décider sans son accord. Et, s'il "se félicite" (à deux reprises) de l'adhésion de la Yougoslavie, il y a là une appréciation politique sans incidence juridique : elle n'était pas davantage nécessaire que celle de l'Iraq à l'ensemble de mesures qui lui ont été imposées par la résolution 687 (1991) à l'issue de la guerre du Golfe.

Il est tout aussi vain de s'interroger sur le fondement juridique des "présences internationales civile et de sécurité" décidées par la résolution 1244 (1999) : elles sont juridiquement fondées sur la "responsabilité principale" reconnue au Conseil de Sécurité par l'article 24 de la Charte en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales, même si l'on aurait pu envisager aussi de faire revivre – en l'adaptant – le "régime international de tutelle" prévu par le chapitre XII.

Est-ce à dire que le tableau est sans ombre ? Assurément non. La réaction, nécessaire, de la communauté internationale face à un crime intolérable demeure aléatoire et dépend de la volonté d'une poignée d'États puissants – et, d'abord, des États-Unis – dont l'action ne peut être appréciée en droit qu'*ex post facto* en fonction de réactions "communautaires" toujours difficiles à apprécier. Et cela alors même qu'il eût été relativement aisé de remédier à la paralysie du Conseil de Sécurité en utilisant la célèbre "résolution Dean Acheson" de 1950 qui permet de pallier les carences de celui-ci en recourant à l'Assemblée générale qui, faute de pouvoir obliger les États à participer à des actions de contrainte militaires (ce que peut le Conseil), n'en a pas moins le droit d'autoriser le recours à la force armée en cas d'impossibilité pour celui-ci de s'acquitter de sa responsabilité.

Il reste que la "guerre du Kosovo", témoigne, à sa manière, d'une avancée considérable du "sentiment communautaire" dans la société internationale : en l'absence d'intérêts immédiats décelables (ni pétrole, ni considérations évidentes de politique intérieure dans les grands pays impliqués), un groupe d'États s'est efforcé d'empêcher ou de mettre un terme à une catastrophe humanitaire, de façon souvent maladroite et non sans de très regrettables "bavures", et d'empêcher une deuxième "Bosnie" (200 000 morts et une "épuration ethnique" malheureusement réussie de fait dans la zone serbe. . .).

Il reste à institutionnaliser et à réglementer pour l'avenir cette prise en charge par la communauté internationale de la répression des manquements les plus graves aux règles du droit international humanitaire. Avec la création des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* et l'adoption du Statut de la Cour pénale internationale, le mouvement est déjà bien avancé s'agissant de la répression des agissements des individus. On peut espérer, sans trop d'illusion, que la crise du Kosovo contribuera à amorcer en ce qui concerne les rapports entre les États.