

RAPPORT DE SYNTHÈSE

L'intervention de l'OTAN au Kosovo L'humanitaire aux confins du politique, de la force armée et du droit (*)

PAR

KATIA BOUSTANY (**)

ET

DANIEL DORMOY (***)

(*) Ce rapport de synthèse vise à refléter les interventions et les débats subséquents lors de la Table ronde et, pour cela fait référence aux divers intervenants. Cependant les auteurs prient les intervenants de les excuser au cas où ils n'auraient pas fidèlement traduit leur pensée. En tout état de cause, les opinions exprimées dans ce rapport n'engagent que ses auteurs.

(**) Katia Boustany est professeur à l'Université du Québec à Montréal.

(***) Daniel Dormoy est professeur à l'Université de Paris-Sud (XI), Chaire Jean Monnet.

Objet de controverse dès son commencement, l'intervention armée de l'OTAN au Kosovo suscite de nombreuses et graves interrogations dans la perspective du droit et de l'éthique (1). Du point de vue du droit international, ce recours à la force engagé, certes, dans une situation extrêmement tragique sur le plan humanitaire, a lieu toutefois sans l'accord du Conseil de Sécurité (2). Sur le plan éthique, se pose la question de savoir si la fin justifie les moyens (3). Et s'il convient de réfléchir sur le droit et le devoir d'ingérence, ce n'est pas – tant s'en faut – pour déployer les moyens militaires que l'on a pu observer mais afin de manifester que la communauté internationale est et doit être collectivement et solidairement responsable du respect des droits de la personne (4).

Or il est bien admis qu'aucun État ne saurait se cantonner dans l'indifférence en matière de droits de l'Homme (5). Un tel postulat implique à tout le moins un droit de regard pour un État sur ce qui peut se passer dans les autres États (6). Dès lors, il conviendra de déterminer – compte tenu des principes du droit international, des règles figurant dans un certain nombre de conventions – jusqu'où doivent aller les États pour prévenir et réprimer certaines violations massives des droits de l'Homme et quelles sont les contraintes pesant sur leur action (7).

Les concepts de « early warning », de « diplomatie préventive », de « conflict prevention » qui ont abondamment été évoqués dans les forums internationaux au cours des dernières années n'ont pas été mis en œuvre dans le cas du Kosovo alors même que tous les indicateurs montraient qu'à l'évidence cette région serait le prochain foyer de conflits et de drames après la Bosnie-Herzégovine (8). Il semble bien que la prévention ait été très insuffisante pour éviter

(1) Peter LEUPRECHT.

(2) Peter LEUPRECHT.

(3) Peter LEUPRECHT.

(4) Peter LEUPRECHT.

(5) Daniel DORMOY.

(6) Daniel DORMOY.

(7) Daniel DORMOY.

(8) Peter LEUPRECHT.

ce conflit (9) en ce sens que le processus de dislocation de la Yougoslavie a été marqué, tout au long de son déroulement, par la mollesse, la négligence et une volonté d'aveuglement telle que le Comité des ministres du Conseil de l'Europe était demeuré impassible quand, au début des tensions secouant ce pays, certaines mesures qui entraient dans cet effort de prévention avaient été proposées par le Secrétaire général de cette institution (10).

Dans leur substance, les interrogations soulevées par l'intervention de l'OTAN au Kosovo s'organisent autour de deux axes de préoccupation : celui de la légalité de l'action – légalité par rapport à la Charte des Nations Unies et à l'interdiction du recours à la force armée, par rapport aux compétences du Conseil de Sécurité; légalité au regard du Droit international humanitaire – DIH, notamment quant à la conduite des opérations militaires (11) –; et l'axe de la légitimité d'une telle action, en relation avec l'émergence éventuelle de nouvelles normes ou d'un nouveau type de processus dans la mesure où l'intervention au Kosovo semble sans précédent (12), si bien que l'on peut se demander si à défaut d'être légale elle peut néanmoins être considérée comme légitime (13).

I. – LA GUERRE DU KOSOVO À L'ÉPREUVE DE LA LICÉITÉ

Appréhendée à l'aune de la toile de fond juridique formée par la Charte des Nations Unies – en particulier ses articles 2, § 4 régissant l'utilisation de la force et 51 relatif à la légitime défense individuelle ou collective – et par les règles conventionnelles ou coutumières consignées dans les dispositifs de La Haye et de Genève, l'intervention de l'OTAN au Kosovo s'inscrit dans la double problématique du *Jus ad bellum* et du *Jus in bello*. Il s'agit, autrement dit, d'examiner, d'une part, si l'Alliance avait un titre légal pour prendre l'initiative de l'action armée et, d'autre part, si elle l'a fait dans des conditions répondant adéquatement aux règles régissant les modalités d'emploi de la force armée sur le théâtre des opérations.

(9) Catherine LALUMIÈRE.
(10) Catherine LALUMIÈRE.
(11) Daniel DORMOY.
(12) Daniel DORMOY.
(13) Daniel DORMOY.

A. – *Jus ad bellum* et modalités d'exercice

Quand l'intervention de l'OTAN au Kosovo, sans autorisation expresse du Conseil de Sécurité, est mise en perspective par rapport à l'intervention que le même Conseil a autorisée au Timor Oriental, mais seulement après avoir obtenu le consentement de l'Indonésie, ou en regard de sa catalepsie face aux appels à intervenir au Rwanda où il est demeuré un observateur du génocide, il est difficile de tenir l'un quelconque de ces précédents pour un modèle satisfaisant d'intervention humanitaire ou d'application du droit international humanitaire en cette fin de siècle (14). L'absence d'intervention dans le cas du génocide au Rwanda démontre les conséquences tragiques de l'inaction alors que l'intervention au Kosovo met en évidence le dilemme de l'action, d'une intervention humanitaire sans autorisation explicite (15).

D'un point de vue européen, il était clair que Belgrade n'accorderait nullement son consentement à une intervention au Kosovo; de même, a-t-il été estimé qu'il serait impossible d'obtenir un mandat du Conseil de Sécurité parce qu'il y avait le veto de la Russie et de la Chine (16). Certes, la question du fondement juridique demeurait importante et certaines interprétations souples de l'article 2, § 4, de même que des articles 55 et 56 de la Charte, faisaient valoir que l'ONU et les États Membres avaient des compétences dans le domaine des droits de l'Homme. A l'issue de ces débats, le Parlement Européen a voté en faveur de l'intervention de l'OTAN au Kosovo tout en sachant que la base juridique pouvait être fragile (17).

Comme l'OTAN avait fait valoir qu'il existait une autorisation implicite résultant de la détermination par le Conseil de Sécurité aux termes du Chapitre VII, de l'existence d'une menace à la paix et à la sécurité internationales, la question se pose de savoir si l'autorisation de recourir à la force militaire doit être spécifique et explicite (18).

(14) Irwin COTTLER.
(15) Irwin COTTLER.
(16) Catherine LALUMIÈRE.
(17) Catherine LALUMIÈRE.
(18) Irwin COTTLER.

Toutefois, de l'avis d'aucuns, de telles nuances et explications ne semblent pas toujours convaincantes, et l'intervention de l'OTAN au Kosovo est regardée, quant au *Jus ad bellum*, comme un véritable florilège de violations de la Charte, fût-il question des articles 2, § 4, 42, 43, 48, ou encore des articles 51 et 53, car l'on n'est pas, ici, en présence de droit « vert » mais d'un droit « dur » (19).

En outre, la référence au veto de la Russie et éventuellement de la Chine procède d'une présomption et ne constitue nullement un fait puisque dans la période préalable à l'intervention de l'OTAN au Kosovo l'affaire n'a jamais été portée devant le Conseil de Sécurité (20). Voire, une analyse de la politique extérieure de la Russie laisse à penser que, le cas échéant, elle n'aurait pas opposé son veto à une action au Kosovo et cela pour deux raisons : d'une part, la Russie n'étant pas un allié de la Serbie, elle s'était ralliée à la formule de Rambouillet malgré les objections du président Milosevic ; d'autre part, comme elle est en chute libre et que le Conseil de Sécurité demeure la seule instance où elle représente une puissance majeure et incontournable, la Russie aurait vraisemblablement entériné l'octroi d'un « mandat » à l'OTAN sous réserve de quelques ajustements qui lui auraient permis de sauver la face, telle la présence d'un contingent russe ou ukrainien, évitant ainsi une action exclusive de l'OTAN et préservant dans ce même mouvement le principe cardinal qui commande le passage par le Conseil de Sécurité (21).

Or il est remarquable que le Conseil de l'OTAN ait adopté, en novembre 1998, une résolution relative au renouveau du rôle de l'Alliance compte tenu de la dissolution du Pacte de Varsovie, et selon laquelle dans l'hypothèse où le Conseil de Sécurité serait paralysé ou ne serait pas en mesure d'assumer les responsabilités lui incombant, l'Alliance doit être prête à prendre les mesures qui s'imposent (22). Un tel dispositif résolutoire s'apparente à une préméditation de la violation d'une obligation pesant sur tous les États membres de l'ONU (23). De plus, cette même résolution du Conseil

de l'OTAN énonce que l'article 51 de la Charte inclut la défense des valeurs et intérêts communs, y compris ceux qui ont trait aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité, alors que cet article 51 ne concerne pas autre chose que le recours à la force en cas d'attaque armée : là encore, une telle position pourrait être assimilée à une violation par les États Membres de l'OTAN de leurs obligations en vertu de la Charte de l'ONU (24).

S'il y a des valeurs importantes qui sont en jeu, ce sont d'une part celles de la légalité qui découle de la Charte des Nations Unies et, d'autre part, celles des droits de l'Homme et du droit humanitaire (25). L'article I commun aux Conventions de Genève de 1949 établit une obligation générale de tous les États de faire respecter le droit humanitaire ; parallèlement, le principe du respect de la Charte avec ses contraintes crée tout autant une obligation à la charge des États en sorte qu'au regard du droit tel qu'il existe, la Charte telle qu'elle est a été assurément violée (26).

Ces arguments émanant d'un formalisme juridique condamnent à l'impuissance, alors même que l'on est confronté à des situations nouvelles auxquelles le droit international peut aujourd'hui paraître ne pas être adapté, auquel cas il doit être complété (27). Car malgré le cas de conscience que cela leur posait et tout en sachant que la guerre ne résoudrait pas tous les problèmes puisqu'en secourant des victimes on créait d'autres drames, les parlementaires européens dans l'exercice de leurs responsabilités – qui, bien sûr, ne sont pas celles d'un Chef d'État ou de Gouvernement assumant les décisions les plus lourdes de conséquences en la matière – ont été amenés à endosser le recours à la force parce que les moyens de la diplomatie, de la négociation et de la persuasion n'avaient pas eu raison des intransigeances du président Milosevic (28).

Aussi convient-il de se demander s'il est permis de ne pas utiliser la force dans le cas de crimes de guerres, de crimes contre l'humanité ou de génocide du fait simplement qu'il n'y a pas d'autorisation expresse des Nations Unies (29). A défaut de légalité, les facteurs de

(19) Eric DAVID.

(20) Jacques LEVESQUE.

(21) Jacques LEVESQUE.

(22) Stéphane BOURGON.

(23) Stéphane BOURGON.

(24) Stéphane BOURGON.

(25) Luigi CONDORELLI.

(26) Luigi CONDORELLI.

(27) Catherine LALUMIÈRE.

(28) Catherine LALUMIÈRE.

(29) Irwin COTTLER.

décision mis de l'avant d'un point de vue de parlementaire européen offrent une solution alors qu'autrement le problème demeurerait insoluble (30).

A l'évidence, il existe une forte tension entre le droit et le politique dans la détermination de la légalité de l'intervention de l'OTAN au Kosovo au regard du *Jus ad bellum*. A la lumière des débats, cette tension interroge tant le droit que le politique. Car lorsque l'on prend acte d'interprétations extensives ou souples de règles de droit consignées dans des instruments conventionnels il y a là, à n'en pas douter, un questionnement relatif aux balises qui doivent soutenir l'interprétation des textes conventionnels en droit international, nonobstant les normes s'attachant aux modes et méthodes applicables à cet effet. Dans cette même dynamique s'inscrit l'adresse à l'endroit du politique concernant sa capacité à assumer les contraintes du respect de la règle de droit pour arrêter l'action nécessaire dans le souci d'équilibre qui préside à son existence dans les termes qui lui sont propres; tout comme se pose l'aptitude du droit à générer les mécanismes susceptibles de répondre adéquatement aux nécessités de la société internationale, et cela dans le souci de l'État de droit, alors même que dans son engendrement le droit international demeure fortement tributaire des sujets originaires que sont les États.

B. – *Jus in bello*
et conduite de l'action militaire au Kosovo

Appréhendées dans leur essence, les règles devant régir la conduite des opérations armées dans le cadre d'une intervention telle celle de l'OTAN au Kosovo se ramènent à trois principes de base : conformément aux Conventions de Genève de 1949, les armes et moyens de guerre ne doivent pas causer des maux superflus ou des souffrances inutiles; les attaques contre les civils ou des objectifs civils sont expressément prohibées en vertu des normes fondamentales relatives à l'immunité de la population civile, ce qui implique l'adoption de mesures de précaution lorsque des attaques sont menées contre des objectifs militaires; enfin, les parties à la guerre peuvent assumer une responsabilité particulière pour le bombardement de zones à forte population telle que Belgrade pour lesquelles

(30) Antonio LAMER.

des précautions extrêmes doivent assurer que les cibles visées ne sont pas des objectifs civils, ces zones devant également être à l'abri de bombardements indiscriminés et bénéficier d'une prohibition d'usage des bombes à fragmentation (31). Il s'ensuit que même si l'OTAN constitue les forces de la lumière contre les forces des ténèbres représentées par Milosevic au Kosovo, même ces forces de la lumière assument une imputabilité de leurs actes au regard des principes de droit international humanitaire applicables aux conflits armés (32).

Bien des faits portent à se demander si des violations du DIH ont été commises par les forces de l'OTAN : des civils ont été tués, des cibles civiles ont été attaquées, certaines armes et munitions qui jusqu'aujourd'hui ne sont malheureusement pas interdites par le droit positif ont été utilisées – bombes en grappes ou cloches de bombes, uranium appauvri –, et surtout des cibles économiques ont été traitées comme objectifs militaires (33). Si ces actions au Kosovo ne sont pas examinées à la faveur d'un processus judiciaire au regard de standards clairement établis, l'on risque – et il y a là un danger – de créer un système à deux poids, deux mesures permettant aux États qui le peuvent de se prévaloir des précédents de l'intervention de l'OTAN au Kosovo pour justifier la conduite de leurs propres opérations militaires (34).

A défaut d'être explicitement prohibées par le droit positif, quelques unes des armes utilisées n'en sont pas pour autant conformes à ce qu'exige le respect de certaines normes du droit international humanitaire (35). Dans l'esprit de ce corpus juridique, il importe, en outre, de s'interroger sur la doctrine du « zéro mort » du côté de la partie qui assume l'initiative de l'intervention – c'est-à-dire, essentiellement, les militaires – et de se demander si cela ne lui impose pas des exigences particulières et plus fortes quant à un respect plus scrupuleux des règles du droit humanitaire (36).

Présentée comme une guerre limitée aux objectifs militaires, l'intervention de l'OTAN au Kosovo semble avoir touché surtout un

(31) Irwin COTTLER.

(32) Irwin COTTLER.

(33) Stéphane BOURGON.

(34) Stéphane BOURGON.

(35) Daniel DORMOY.

(36) Daniel DORMOY.

nombre considérable de leurres installés par l'armée yougoslave dans cette région, si bien qu'au terme des opérations armées il aura fallu à peu près huit jours que pour que la Yougoslavie puisse compléter le transfert de toutes ses forces militaires du Kosovo vers les autres secteurs du territoire yougoslave (37). Dans ces conditions, il est donc difficile de faire référence à des cibles militaires (38). Quant à l'attaque contre l'édifice de la télévision serbe au motif que cet établissement serait un instrument de propagande, un tel acte – nonobstant l'ineptie d'un argument qui voudrait que les télévisions publiques, telle celles qui existent au Canada, en France ou en Belgique fussent des instruments de propagande – il faut admettre, compte tenu de la connaissance certaine qu'un tel lieu abrite des civils y travaillant jour et nuit et exposés ainsi à une mort certaine, qu'il y a là non seulement une violation du droit international humanitaire mais également un crime de guerre tel qu'il est visé par l'article 85 du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève (39).

Telle qu'elle a été menée, l'intervention de l'OTAN n'est pas seulement une violation de la Charte mais aussi une violation des principes de Nuremberg dont nul ne semble avoir eu souci d'en assurer le respect, en sorte qu'il est fort malaisé de se cantonner dans l'idée qu'il n'y aurait pas de solution juridique face à la situation au Kosovo car nous n'en sommes pas moins confrontés au problème que l'action entreprise demeure contraire au droit (40). En particulier, en ce qui a trait aux règles de conduite de la guerre, il n'a pas été suffisamment souligné que cette année 1999 marque le centième anniversaire de la mise hors-la-loi de la guerre aérienne à la faveur de la Conférence de La Haye et qu'à cet égard, en matière de droit international humanitaire, l'on observe une constante détérioration : c'est là l'une des tristes leçons à tirer de la campagne de bombardements au Kosovo où l'on a assisté au bombardement de cités (41).

Le bombardement des villes n'est, en effet, pas autorisé par le droit international humanitaire; cependant, le bombardement des

(37) Eric DAVID.

(38) Eric DAVID.

(39) Eric DAVID.

(40) William SCHABAS.

(41) William SCHABAS.

objectifs militaires légitimes à l'intérieur des villes l'est : ces objectifs militaires doivent être bien identifiés – il n'est pas certain, rétrospectivement, que tel a été le cas au Kosovo –, et les moyens ou les méthodes utilisées pour attaquer de tels objectifs ne doivent pas causer des dommages excessifs à la population et aux biens civils (42).

Pour identifier les violations du droit humanitaire et des droits de l'Homme survenues au Kosovo, la création d'une commission d'établissement des faits a été décidée comme s'il n'en existait pas déjà une – la Commission Internationale d'établissement des faits – CIEF – en vertu de l'article 90 du Protocole I additionnel aux Conventions de Genève (43). De plus, dans la perspective de la répression de ces violations du droit humanitaire, il est remarquable que la guerre du Kosovo soit la première guerre dans l'histoire de l'humanité à se dérouler en présence d'un juge international pré-établi ayant compétence pour les crimes qui s'y commettraient (44); ce qui ne manque pas de faire réfléchir sur l'argument bien traditionnel selon lequel l'existence d'une telle juridiction constituerait un élément essentiel de dissuasion concernant les violations du Droit humanitaire (45). Force est d'admettre, malheureusement, la dure leçon du Kosovo et le constat tragique qu'elle impose : même en présence d'un tribunal déjà constitué et ayant lancé des enquêtes, l'on ne recueille pas d'effet particulier sur le terrain, autrement dit les violations du DIH ne se ressentent pas beaucoup de la présence ou de l'absence d'un tribunal international préconstitué (46).

Cet ensemble d'observations sur les questions de légalité entourant l'intervention de l'OTAN au Kosovo ne préjuge nullement, par ailleurs, de la nécessité – ou non – d'une telle action et du regard qui peut être posé sur la situation à cet égard.

(42) Stéphane BOURGON.

(43) Luigi CONDORELLI.

(44) Luigi CONDORELLI.

(45) Luigi CONDORELLI.

(46) Luigi CONDORELLI.

II. – LA GUERRE DU KOSOVO EN QUÊTE DE FONDEMENT

Sur le terrain de la légitimité de l'intervention de l'OTAN au Kosovo, nul doute que le fil conducteur de la réflexion est relié au souci de protection des populations civiles, premières et principales victimes des conflits intra étatiques. Dans l'histoire diplomatique et dans les relations internationales, ce vecteur du soulagement des populations civiles endurent diverses formes de persécution et de discrimination associées à la violence n'est pas inédit dans la mesure où il avait pu présider à certaines interventions depuis l'époque de l'Europe des congrès, du Concert européen et de l'éveil des nations marquant les affaires internationales entre le Congrès de Vienne et le Traité de Versailles.

Reste à savoir, bien entendu, si la situation prévalant au Kosovo et un examen global des circonstances de l'intervention secrètent quelque fondement puisant à une légitimité singulière qui résulterait d'un environnement particulier.

A. – *La finalité humanitaire comme légitimité de l'intervention*

Trois éléments retiennent particulièrement l'attention quand ce que l'on qualifie aujourd'hui d'intervention humanitaire est mis en parallèle avec l'intervention d'humanité qui a ponctué l'action de certaines puissances européennes au cours du XIX^e siècle et au début du XX^e – et avait d'ailleurs déjà concerné la Yougoslavie : le premier, c'est que la construction du fondement de l'intervention d'humanité s'est faite, en réalité, *a posteriori* (47). En effet, c'est à la suite d'une série de ces interventions que la théorie de l'intervention d'humanité au regard du droit international a commencé d'être débattue, a été formulée et qu'il a ainsi été considéré, sous cet angle, qu'il y avait des limites à la souveraineté des États précisément quand un gouvernement violait de façon évidente son obligation de protéger les sujets qui sont sous sa juridiction (48). Le corollaire de cette limite à la souveraineté de l'État c'est, naturellement, le droit pour d'autres États d'intervenir pour protéger les popula-

tions concernées et arrêter les massacres puisque c'était souvent dans un contexte de massacres qui étaient déjà déclenchés qu'une telle intervention d'humanité était entreprise (49).

Le deuxième élément intéressant l'intervention d'humanité c'est qu'en réalité elle entraînait souvent – pas toujours, mais souvent – une interférence dans l'ordre juridique interne des États qui étaient l'objet d'une telle intervention : ainsi, par exemple, quand il y a eu le problème entre Grecs et Turcs l'on a assisté à la première intervention d'humanité laquelle a, dans un même mouvement, donné naissance en 1830 à un nouvel État indépendant avec l'établissement du Royaume de Grèce; un phénomène approchant s'observe en 1860 quand a eu lieu l'intervention d'humanité au Liban et que les Puissances européennes se sont concertées pour exercer une pression sur l'Empire Ottoman afin de régler les problèmes constitutionnels de ce territoire en vertu d'un Protocole entre le pouvoir Ottoman et lesdites Puissances, consacrant l'autonomie du Liban à l'intérieur de l'Empire (50). Il est possible de noter au Kosovo une démarche comparable à cette interférence dans l'ordre juridique interne qui a pu accompagner l'intervention d'humanité, mais néanmoins différente puisque le Conseil de Sécurité décide de nommer un Administrateur du Kosovo et le charge de la réorganisation des structures de ce territoire qui pourtant est encore, en principe, au regard du droit une partie de la Yougoslavie telle qu'elle a émergé après son éclatement (51).

Enfin, le dernier élément d'importance concerne les critiques dont faisait l'objet l'intervention d'humanité : il était reproché que le processus décisionnel y afférent n'était qu'un processus de concertation entre un petit groupe d'États – les Puissances européennes de l'époque, à savoir la France, la Grande-Bretagne, la Russie, l'Italie, la Prusse et l'Autriche (52). C'est là un point cardinal, car on aurait pu croire et on aurait pu s'attendre à ce qu'avec l'existence d'un mécanisme tel le Conseil de Sécurité – organe du maintien de la paix à l'intérieur d'une organisation très largement représentative qui est l'ONU – la décision d'intervenir au Kosovo, si elle s'avérait nécessaire, serait prise non par une organisation régionale militaire res-

(47) Katia BOUSTANY.

(48) Katia BOUSTANY.

(49) Katia BOUSTANY.

(50) Katia BOUSTANY.

(51) Katia BOUSTANY.

(52) Katia BOUSTANY.

treinte comme l'OTAN mais par le Conseil de Sécurité lui-même (53).

Il a été avancé que pour évaluer la légitimité de l'intervention humanitaire au Kosovo – en admettant que la légalité ne fasse pas défaut –, l'on pouvait rechercher des critères pertinents à partir de questions de base (54) : existe-t-il des violations des droits de l'Homme systématiques et étendues, ou des crimes tels les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, qui heurtent la conscience humaine – dans le cas du Kosovo, c'était effectivement le cas; se pose alors la question de l'échelle des violations et de savoir combien il est possible d'attendre avant de réagir (55). Dans un deuxième temps, il faut se demander si un appel a été adressé à l'État violateur des droits de l'Homme et si cet État n'a pas souhaité agir ou n'a pas été capable de le faire – et en ce qui concerne le Kosovo il a été antérieurement établi que les négociations avec Milosevic et les appels à son adresse n'ont recueilli aucun succès (56). En troisième lieu, il faudra examiner si tous les moyens autres que l'intervention humanitaire par la force armée (*forcible humanitarian intervention*) ont été tentés et se sont avérés inutiles – à cet égard, il n'est pas certain que la Communauté internationale ait épuisé tous les autres recours par rapport au Kosovo (57). La quatrième question concernera la détermination par le Conseil de Sécurité, en vertu du Chapitre VII de la Charte, selon laquelle la situation considérée constitue une menace à la paix et à la sécurité internationales – dans l'affaire qui nous occupe, cela a bien été effectué alors que tel ne fut pas le cas pour le Rwanda (58).

Sur cette toile de fond, deux autres éléments doivent également être sondés : le premier concerne la mise en garde relative à la responsabilité personnelle des auteurs pour les crimes commis – et il est notable à cet égard que, n'ayant pas été mis en cause en Bosnie, le président Milosevic a pu croire disposer de la latitude de poursuivre et de commettre impunément les mêmes crimes au Kosovo (59). Aussi conviendrait-il de s'attacher à l'exigence d'une

(53) Katia BOUSTANY.

(54) Irwin COTTLER.

(55) Irwin COTTLER.

(56) Irwin COTTLER.

(57) Irwin COTTLER.

(58) Irwin COTTLER.

(59) Irwin COTTLER.

mise en demeure pénale concernant les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité (60). Quant au deuxième élément, il vise la proportionnalité de l'usage de la force par rapport aux objectifs recherchés afin d'éviter une catastrophe humanitaire (61).

La préoccupation relative aux populations civiles victimes de violences du fait de conflits armés a été récemment exprimée par le président du Conseil de Sécurité, dans une déclaration en date du 12 février 1999 puis par le Conseil de Sécurité lui-même dans sa résolution 1265 du 17 septembre de cette même année, deux textes qui contribuent à une intéressante avancée dans la construction juridique destinée à permettre une réponse à la fois efficace et légale face à une situation comme celle du Kosovo (62).

S'il faut convenir qu'une action était nécessaire par rapport à la situation au Kosovo, la question se pose néanmoins quant aux objectifs de l'intervention de l'OTAN : s'agissait-il de protéger les populations du Kosovo – ce qui aurait constitué une intervention humanitaire – ou bien l'OTAN cherchait-elle à débarrasser le monde du régime politique de la République Fédérale de Yougoslavie (63). Pour protéger véritablement les populations du Kosovo, il aurait fallu une intervention sur le terrain avec des forces terrestres, ce qui aurait impliqué des coûts en vies humaines pour les États intervenants (64).

Force est de se placer aussi sur le terrain de la politique et non seulement sur celui du droit, afin d'apprécier les effets de l'intervention au Kosovo sur le soulagement des populations : depuis décembre 1988 et jusqu'à la veille des opérations militaires de l'OTAN, il y avait eu exactement trois cent morts au Kosovo – certes, des morts de trop –, dont la moitié était due aux forces serbes et l'autre moitié aux forces de l'UCK – l'Armée de libération du Kosovo; en outre, deux cent mille personnes étaient déplacées à l'intérieur du Kosovo et cent cinquante mille étaient réfugiées à l'extérieur de cette province (65). Or deux mois après l'intervention de l'OTAN au Kosovo, il y a un nombre de morts qui est estimé

(60) Irwin COTTLER.

(61) Irwin COTTLER.

(62) Catherine LALUMIÈRE.

(63) Stéphane BOURGON.

(64) Stéphane BOURGON.

(65) Eric DAVID.

entre cinq mille et dix mille et l'on a un million et demie de personnes déplacées hors du Kosovo (66). Une telle manière d'agir pour imprimer une transformation du droit international ne paraît pas convaincante (67).

Déjà en novembre 1998, des membres de la Chambre des Lords interrogeaient le Gouvernement britannique sur l'utilisation du concept de nécessité humanitaire accablante (*overwhelming humanitarian necessity*) dans le cadre d'un éventuel usage de la force par l'OTAN et sur sa reconnaissance par le droit international (68). La réponse donnée était que l'interdiction du recours à la force contenue dans la Charte des Nations Unies n'excluait pas un tel recours par un État ou un groupe d'États dans le cas de légitime défense prévu à l'article 51 de la Charte; mais l'on admettait qu'il n'existait pas une doctrine générale de la nécessité humanitaire en droit international (69).

Il faut admettre, cependant, qu'au Kosovo l'on était confronté à la pratique de l'épuration ethnique sur une très grande échelle, avec des massacres qui se perpétuaient de jour en jour – confirmés par la découverte de charniers –, en sorte que l'intensité du problème confrontait les décideurs à la question de l'opportunité de l'intervention davantage qu'à la discussion purement juridique à cet égard (70).

Quand on évoque l'épuration ethnique, l'on n'est pas loin non plus du génocide, qui est encore plus grave puisqu'il a été qualifié de « crime des crimes »; or lorsqu'on se réfère à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, celle-ci énonce qu'en présence d'une telle situation il faut saisir le Conseil de Sécurité (71).

A travers le prisme des rapports entre cette Convention de 1948 et la Charte des Nations Unies, se profile l'article 103 de la Charte selon lequel les obligations des États en vertu de cette dernière prévalent sur celles qui leur incombent aux termes d'autres engagements conventionnels; mais pour le sujet qui nous retient, cette

(66) Eric DAVID.

(67) Eric DAVID.

(68) Consul de Grande-Bretagne à Montréal.

(69) Consul de Grande-Bretagne à Montréal.

(70) Catherine LALUMIÈRE.

(71) Daniel DORMOY.

perspective ferait peu de cas de l'opposabilité *erga omnes* de certaines obligations de droit international, sans compter qu'aux termes mêmes du texte de la Convention sur le génocide l'obligation de prévention pèse sur les États ce qui peut les conduire à saisir le Conseil de Sécurité (72). Autrement dit, la Convention leur en donne seulement la faculté ce qui, dans une lecture juridique, ferait pencher quelque peu la balance en faveur des thèses interventionnistes (73).

En réalité, le débat sur la légitimité d'une intervention à finalité humanitaire ne fait pas l'économie de la discussion juridique, et il semble bien que l'examen de la légalité et celui de la légitimité ne puissent être considérés comme des démarches distinctes, nettement séparées par une quelconque délimitation qui tracerait la ligne entre l'en-deça du droit et le *jus positivum*. Ce trait est singulièrement marqué dans un domaine des rapports internationaux où, souvent, la praxis fait elle-même œuvre d'engendrement du droit.

B. – *Légalisation* et *l'égitimation de l'intervention au Kosovo*

A considérer le retour au Conseil de Sécurité opéré par le biais de la résolution 1244 du 10 juin 1999, l'on ne peut éviter d'évaluer l'intervention de l'OTAN au Kosovo à la lumière des termes du dispositif résolutoire (74). Dans cette résolution – saluée, même par les opposants au sein de l'ONU à l'entreprise de l'OTAN, comme le retour à la légalité, le retour à la Charte et au respect de ses dispositions –, le Conseil de Sécurité accueille avec satisfaction les résultats de l'action qui a été menée, c'est-à-dire de l'accord obtenu par le biais de la force (75). Le Conseil de Sécurité transpose, pour ainsi dire, l'accord entre les parties dans le texte de la résolution ou dans les annexes qui en font partie intégrante, en sorte qu'il avalise, d'une certaine façon, ce qui s'est passé sur le terrain, à savoir l'emploi de la force tel qu'il s'est réalisé au Kosovo (76). A cet égard, l'on est face à un précédent grave et dangereux qui traduit la possibilité pour les États de prendre des initiatives en s'appuyant sur la

(72) Marie-Françoise LABOUZ.

(73) Marie-Françoise LABOUZ.

(74) Luigi CONDORELLI.

(75) Luigi CONDORELLI.

(76) Luigi CONDORELLI.

possibilité d'obtenir *ex post facto* la validation du Conseil de Sécurité (77). L'on est donc en présence d'une violation avalisée ensuite par le maître du pouvoir qui a été dépassé, à savoir le Conseil de Sécurité lui-même : il y a là un danger extrême qui découle de ce précédent pour l'avenir, d'autant qu'il semble s'imposer à l'évaluation de la légalité ou de l'illégalité de l'intervention de l'OTAN au Kosovo (78).

Toutefois, l'idée d'une forme de caution à travers la résolution 1244 du Conseil de Sécurité est à aborder avec réserve car celui-ci ne s'est pas prononcé formellement sur la validité de l'intervention de l'OTAN au Kosovo (79). Aussi ne peut-on voir dans la fait que le Conseil de Sécurité accueille avec satisfaction l'accord de cessez-le-feu intervenu entre les parties une sorte de purge du vice qui a entaché cette intervention (80). Il est remarquable, d'ailleurs que la Cour Internationale de Justice ait dit, avec sa prudence coutumière, dans ses ordonnances rendues en juin 1999 relativement à la légalité de l'usage de la force armée que l'intervention en question pose des questions extrêmement graves de droit international : dans le langage diplomatique de la Cour, cela signifie qu'il n'y a pas de doute sur les violations du droit international au regard du *ius contra bellum* (81).

Il n'en demeure pas moins que pour apprécier l'impact de la résolution 1244 du Conseil de Sécurité sur l'évaluation de la légalité ou l'illégalité de l'intervention armée de l'OTAN au Kosovo il faut tenir compte de l'ensemble de la démarche suivie par l'organe principal de maintien de la paix de l'ONU : en effet, si au moment où la force a été employée celle-ci l'a été en violation du droit international, plus spécifiquement en violation de l'article 2, § 4 de la Charte, la conséquence en devrait être que tout accord international conclu sous l'effet d'un tel emploi de la force est nul selon les termes mêmes de l'article 52 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ; or cet accord nul est devenu le contenu d'une résolution du Conseil de Sécurité, en sorte que dans l'hypothèse où l'invalidité de l'accord était soulevée la question se posera de savoir si cela empor-

tera l'invalidité de la résolution qui a incorporé cet accord (82). Certes, l'accord en question légalise le résultat ; toutefois le risque subsiste qu'à travers la légalisation d'un résultat nul l'on n'ait également légalisé l'emploi de la force qui a permis ce résultat – ce qui manifeste bien la gravité du précédent et le danger qu'il fasse tache d'huile (83).

Parallèlement au débat relatif à un fondement de l'intervention de l'OTAN qui procéderait d'une légalisation *ex post facto*, une éventuelle légitimation de cette action a également été recherchée à travers le contexte des relations internationales et ses incidences sur la situation au Kosovo.

Sous cet angle, la situation au Kosovo a été déterminante dans l'appréciation favorable de l'opportunité, éminemment politique, de la décision d'intervenir, reléguant au second plan les préoccupations juridiques qui paraissaient d'ailleurs obérées par un éventuel veto de la Russie au Conseil de Sécurité (84).

Mais la légitimation tirée d'une présomption de veto russe est contestée par une analyse selon laquelle l'affaire n'avait pas été portée devant le Conseil de Sécurité parce que les Etats-Unis et l'OTAN souhaitaient avoir les coudées franches et préféraient faire l'économie d'une négociation des termes de l'intervention avec la Russie (85). En outre, lorsqu'on évalue le processus de Rambouillet qui a précédé l'intervention de l'OTAN au Kosovo, l'on s'aperçoit que parmi les solutions simples susceptibles d'être proposées à cette époque, celle comprenant la présence de troupes russes n'a fait l'objet d'aucune considération alors qu'elle a finalement été acceptée au moment de l'accord de paix (86).

Par ailleurs, l'invocation d'une gravité telle de la situation sur le plan humanitaire justifiant que pour des raisons de légitimité il faille rompre la légalité constitue une approche hâtive de la question car elle fait abstraction des mécanismes de prévention des ruptures de la paix perçus par la Charte et elle omet que l'on a pu lais-

(77) Luigi CONDORELLI.

(78) Luigi CONDORELLI.

(79) Eric DAVID.

(80) Eric DAVID.

(81) Eric DAVID.

(82) Luigi CONDORELLI.

(83) Luigi CONDORELLI.

(84) Catherine LALUMIÈRE.

(85) Jacques LEVESQUE.

(86) Eric DAVID.

ser la situation se détériorer au point que l'on s'est trouvé confronté à l'alternative : intervenir ou laisser les violations se perpétuer (87).

Une attention plus particulière devrait, en effet, être davantage accordée aux concepts de prévention, de diplomatie préventive, de désarmement préventif, ainsi qu'aux causes profondes des conflits; dans cette même perspective, il conviendrait également de se préoccuper des dangers que représentent des discours offensifs (*assaultive speeches*) et d'envisager une sorte de maintien de la paix électronique destiné à prévenir ce type de discours offensif et ses dangereuses conséquences (88).

Nul doute que la solution d'une crise humanitaire par l'intervention armée eût été préférable si elle avait été assortie d'une légalité indiscutable, car les tentatives de légalisation *a posteriori* ou de légitimation au caractère quasiment tautologique demeurent forcément entachées du vice originel d'une incertaine licéité dont les béances – il faut le craindre – tracent la voie de la dégradation de la règle de droit et du respect qui lui est dû.

CONCLUSION

Par delà le droit et la légalité, le politique et la légitimité, l'usage de la force armée par l'OTAN au Kosovo pose le problème de l'universalité ou de la sélectivité de l'intervention car l'on peut se demander pourquoi une telle action a eu lieu au Kosovo ou au Timor Oriental, mais pas au Sierra Leone ni au Soudan : la notion de l'indivisibilité de notre humanité commune devrait s'opposer aux dangers d'un interventionnisme sélectif (89).

Il ne faut pas non plus négliger les dangers de l'indifférence et, à cet égard, l'on devra peut-être relativiser les aspects théoriques du droit international en se reportant à la question fondamentale de savoir ce qui arriverait si l'on n'intervenait pas; l'on aura alors à l'esprit cette réflexion que fait Elie Wiesel selon qui la neutralité revient toujours à se ranger aux côtés de la personne qui victimise et jamais auprès de la victime (90).

(87) Luigi CONDORELLI.

(88) Irwin COTTLER.

(89) Irwin COTTLER.

(90) Irwin COTTLER.

Pour éviter ce dramatique écueil faut-il, comme cela a été rappelé (91), garder en mémoire l'observation de Pascal pour qui la force sans le droit est barbare mais le droit sans la force est impuissant? Ou doit-on se refuser à mettre ces deux propositions sur le même plan parce que, d'un autre point de vue (92), la barbarie est plus grave que l'impuissance?

Quand la rhétorique politique dans l'ordre des relations internationales se drape des vertus de l'État de droit, il est peut-être urgent que l'usage de la force armée respecte le droit, les dispositifs et les mécanismes qui lui sont associés en sorte que la prévention puisse l'emporter sur la nécessité de recourir à l'option militaire.

Alors, l'humanitaire reprendra ses droits.

(91) Catherine LALUMIÈRE.

(92) Eric DAVID.