

SEPARATE OPINION OF JUDGE SEPÚLVEDA-AMOR

Fully subscribes to the Court's decision to comply with the request for an advisory opinion — There are no compelling reasons to decline to exercise jurisdiction in respect of the present request — The Court, by virtue of its responsibilities in the maintenance of international peace and security under the United Nations Charter, has a duty to exercise its advisory function in respect of legal questions which, like the present one, relate to Chapter VII situations — A Chapter VII determination requires a positive response from the principal judicial organ of the United Nations as one not only entitled but, first and foremost, required to participate in and contribute to the attainment of peace.

Unable to agree with the reasoning of the Court to the effect that the authors of the declaration of independence (hereinafter DoI) did not act as one of the Provisional Institutions of Self-Government within the Constitutional Framework — Arguments advanced by the Court rest upon intentions attributed to the authors of the DoI, inferences drawn from its language and procedural particularities accompanying its adoption — Purpose of the authors of the DoI was to establish an independent and sovereign State — Question is whether the measure was in accordance with legal order in force in Kosovo in 2008 — The Court should have proceeded to assess legality of the DoI by reference to Security Council resolution 1244 (1999) and the Constitutional Framework.

The Court could have taken a broader perspective, providing a more comprehensive response to the request by the General Assembly — Although the Court is not asked to decide on consequences produced by the DoI, but only to determine whether it is in accordance with international law, the larger picture is necessary — Issues such as the scope of self-determination, “remedial secession”, the extent of the powers of the Security Council in respect of territorial integrity, the fate of a Chapter VII international administration, complexities in the relationship between UNMIK and the Provisional Institutions of Self-Government, and the effect of recognition and non-recognition in the present case fall within the realm of the Court's advisory functions.

I. THE COURT'S DISCRETIONARY POWERS

1. I have voted in favour of the Court's decision to comply with the General Assembly's request for an advisory opinion, persuaded as I am that “there are no compelling reasons for it to decline to exercise its jurisdiction in respect of the present request” (Advisory Opinion, para. 48).

2. Not only do I fully subscribe to the reasoning espoused by the

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE SEPÚLVEDA-AMOR

[Traduction]

Pleine adhésion à la décision de la Cour de donner suite à la demande d'avis consultatif — Absence de raison décisive imposant à la Cour de refuser d'exercer sa compétence consultative à l'égard de la présente demande — Obligation pour la Cour, eu égard aux responsabilités qui, en vertu de la Charte des Nations Unies, sont les siennes en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales, d'exercer sa fonction consultative relativement aux questions juridiques qui, comme en l'espèce, se rapportent à l'une des situations visées au chapitre VII de la Charte — Nécessité pour l'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, qui à ce titre est non seulement autorisé à participer et à contribuer à l'avènement de la paix, mais aussi et avant tout tenu de le faire, d'apporter une réponse claire à une question juridique se rapportant au chapitre VII.

Impossibilité de souscrire au raisonnement de la Cour selon lequel les auteurs de la déclaration d'indépendance n'ont pas agi en tant qu'institution provisoire d'administration autonome dans les limites du cadre constitutionnel — Arguments avancés par la Cour fondés sur des intentions attribuées aux auteurs de la déclaration d'indépendance, des déductions tirées des termes utilisés et les particularités procédurales ayant accompagné son adoption — Auteurs de la déclaration d'indépendance ayant eu pour objectif d'établir un Etat indépendant et souverain — Question étant de savoir si la mesure était conforme à l'ordre juridique en vigueur au Kosovo en 2008 — La Cour aurait dû apprécier la question de la licéité de la déclaration d'indépendance en se référant à la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité et au cadre constitutionnel.

La Cour aurait pu inscrire sa réflexion dans une perspective plus large, afin d'apporter une réponse plus complète à la demande de l'Assemblée générale — Bien qu'il n'ait pas été demandé à la Cour de se prononcer sur les conséquences de la déclaration d'indépendance, mais uniquement sur la question de savoir si celle-ci était conforme au droit international, une approche plus large s'imposait — Des questions comme celles de la portée du droit à l'autodétermination, de la « sécession-remède », de l'étendue des pouvoirs du Conseil de sécurité en matière d'intégrité territoriale, du sort réservé à une administration internationale établie en vertu du chapitre VII de la Charte, des aspects complexes de la relation entre la MINUK et les institutions provisoires d'administration autonome, et des conséquences, en l'espèce, de la reconnaissance ou de l'absence de reconnaissance, entrent dans le champ des fonctions consultatives de la Cour.

I. LES POUVOIRS DISCRÉTIONNAIRES DE LA COUR

1. J'ai voté en faveur de la décision de donner suite à la demande d'avis consultatif de l'Assemblée générale, étant persuadé que la Cour n'avait « pas de raison décisive de refuser d'exercer sa compétence à l'égard de la présente demande » (avis consultatif, par. 48).

2. Non seulement je souscris pleinement au raisonnement de la majo-

majority of the Members of the Court in upholding the propriety of rendering an advisory opinion in the instant case; I am also of the opinion that the Court, by virtue of its responsibilities in the maintenance of international peace and security under the United Nations Charter, has a duty to exercise its advisory function in respect of legal questions which, like the present one, relate to Chapter VII situations.

3. In other words, the fact that in relation to the Kosovo question, the Security Council, which remains actively seized of the matter, has acted under Chapter VII of the United Nations Charter and determined, in resolution 1244 (1999), that “the situation in the region continues to constitute a threat to international peace and security”, is, in and of itself, a “compelling reason” for the Court to comply with the General Assembly’s request.

4. Notwithstanding the fundamentally discretionary nature of the Court’s advisory function under Article 65, paragraph 1, of its Statute, this Court has never declined to respond to a request for an advisory opinion, provided the conditions of jurisdiction have been met (*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 156, para. 44). To follow the same path in the present case will enhance legal certainty and ensure predictability and consistency in the Court’s jurisprudence.

5. The Court has repeatedly acknowledged that the discharge of its advisory function “represents its participation in the activities of the Organization, and, in principle, should not be refused” (*Interpretation of Peace Treaties, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 71; *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1999 (I)*, pp. 78-79, para. 29; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 156, para. 44).

6. According to well-established jurisprudence, “only ‘compelling reasons’ should lead the Court to refuse its opinion in response to a request falling within its jurisdiction” (*Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against Unesco, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1956*, p. 86; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 156, para. 44).

7. As indicated by the Court in paragraph 29 of its Advisory Opinion, “[t]he discretion whether or not to respond to a request for an advisory opinion exists so as to protect the integrity of the Court’s judicial function”.

8. In assessing the propriety of rendering an advisory opinion in any given case, consideration must be given to the particular responsibilities accorded to the Court within the architecture of the United Nations Charter. In this regard, the proposition that the Court’s judicial functions are inextricably linked to the maintenance of international peace and security is, in my view, indisputable. It could hardly be otherwise, if one

rité des membres de la Cour qui ont jugé opportun de donner un avis consultatif en l'espèce, mais j'estime que la Cour a le devoir, eu égard aux responsabilités qui sont les siennes en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales en vertu de la Charte des Nations Unies, d'exercer sa fonction consultative relativement aux questions juridiques qui, comme en l'espèce, ont trait à des situations visées au chapitre VII.

3. Autrement dit, le fait que, s'agissant du Kosovo, le Conseil de sécurité, qui demeure activement saisi de la question, ait agi en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies et ait indiqué, dans sa résolution 1244 (1999), que «la situation dans la région continu[ait] de constituer une menace pour la paix et la sécurité internationales» est en soi une «raison décisive» pour la Cour de donner suite à la demande de l'Assemblée générale.

4. Nonobstant le caractère fondamentalement discrétionnaire de sa fonction consultative, qui découle du paragraphe 1 de l'article 65 du Statut, la Cour n'a jamais refusé de répondre à une demande d'avis consultatif, dès lors que les conditions de sa compétence étaient réunies (*Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 156, par. 44). Le fait qu'elle ait agi de même en l'espèce renforcera la sécurité juridique en garantissant la prévisibilité ainsi que la cohérence de sa jurisprudence.

5. La Cour a, à maintes reprises, reconnu que l'exercice de sa fonction consultative constituait sa «participation ... à l'action de l'Organisation et [que], en principe, elle ne devrait pas être refusée» (*Interprétation des traités de paix, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 71; *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1999 (I)*, p. 78-79, par. 29; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 156, par. 44).

6. Conformément à la jurisprudence bien établie de la Cour, «il faudrait des «raisons décisives» pour l'amener à opposer un refus» à une demande d'avis relevant de sa compétence (*Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1956*, p. 86; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 156, par. 44).

7. Comme la Cour l'indique au paragraphe 29 de son avis, «[l]e pouvoir discrétionnaire de répondre ou non à une demande d'avis consultatif vise à protéger l'intégrité de [s]a fonction judiciaire».

8. Pour apprécier l'opportunité de donner un avis consultatif, la Cour doit tenir compte des responsabilités particulières qui lui sont conférées dans l'architecture de la Charte des Nations Unies. A cet égard, il ne fait, selon moi, aucun doute que les fonctions judiciaires de la Cour sont inextricablement liées au maintien de la paix et de la sécurité internationales. Il pourrait difficilement en être autrement, la Cour étant l'organe judi-

considers that the Court is the principal judicial organ of a world organization whose very *raison d'être* was the preservation of peace amongst its members.

9. The Court acknowledged as much in its Order on provisional measures in the case concerning the *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium)*. After expressing profound concern at the use of force in Yugoslavia, the Court declared itself to be “mindful of the purposes and principles of the United Nations Charter and of *its own responsibilities in the maintenance of [international] peace and security under the Charter and the Statute of the Court*” (*Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium)*, *Provisional Measures, Order of 2 June 1999, I.C.J. Reports 1999 (I)*, p. 132, para. 18; emphasis added).

10. The Court’s role in the maintenance of international peace and security through the exercise of its contentious and advisory jurisdiction, finds support in the United Nations Charter, the Court’s Statute and the subsequent practice of the main United Nations organs, including the Court’s own jurisprudence.

11. Pursuant to Article 36, paragraph 1, of its Statute, the Court’s jurisdiction “comprises all . . . matters specially provided for in the Charter of the United Nations . . .”. Those matters surely include the purposes and principles of the Organization, foremost amongst which is “[t]o maintain international peace and security, and to that end: . . . to bring about by peaceful means, and in conformity with the principles of justice and international law, adjustment or settlement of international disputes or situations which might lead to a breach of the peace” (Article 1, paragraph 1, of the United Nations Charter).

12. For its part, Article 36, paragraph 3, of the Charter provides that, in making recommendations for the peaceful settlement of disputes under Chapter VI, the Security Council “should also take into consideration that legal disputes should as a general rule be referred by the parties to the International Court of Justice in accordance with the provisions of the Statute of the Court”.

13. With regard to the Court’s jurisprudence, it is important to note that the Court “has never shied away from a case brought before it merely because it had political implications” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 435, para. 96) or declined a request for an advisory opinion merely because of its alleged adverse political consequences.

14. In the *Nuclear Weapons* case, the Court explained that

“The fact that this question also has political aspects, as, in the nature of things, is the case with so many questions which arise in

ciaire principal d'une organisation mondiale dont la raison d'être est la préservation de la paix entre ses membres.

9. La Cour l'a d'ailleurs reconnu dans l'ordonnance en indication de mesures conservatoires qu'elle a rendue en l'affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique)*. Après s'être déclarée profondément préoccupée par l'emploi de la force en Yougoslavie, la Cour a indiqué qu'elle gardait «présents à l'esprit les buts et les principes de la Charte des Nations Unies, ainsi que *les responsabilités qui lui incombent, en vertu de ladite Charte et d[e] son] Statut...*, dans le maintien de la paix et de la sécurité [internationales]» (*Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 132, par. 18; les italiques sont de moi).

10. Que la Cour ait un rôle à jouer dans le maintien de la paix et de la sécurité internationales par l'exercice de ses fonctions contentieuse et consultative ressort des dispositions de la Charte des Nations Unies, de son Statut ainsi que de la pratique ultérieure des organes principaux de l'Organisation des Nations Unies, dont sa propre jurisprudence.

11. En vertu du paragraphe 1 de l'article 36 de son Statut, la compétence de la Cour «s'étend ... à tous les cas spécialement prévus dans la Charte des Nations Unies». Or, parmi ces cas figure assurément la défense des buts et principes de l'Organisation, parmi lesquels, au premier chef, le maintien de «la paix et [de] la sécurité internationales et à cette fin» la réalisation, «par des moyens pacifiques, conformément aux principes de la justice et du droit international, [de] l'ajustement ou [du] règlement de différends ou de situations, de caractère international, susceptibles de mener à une rupture de la paix» (paragraphe 1 de l'article premier de la Charte des Nations Unies).

12. Le paragraphe 3 de l'article 36 de la Charte dispose quant à lui que, en faisant ses recommandations aux fins du règlement pacifique des différends en vertu du chapitre VI, le Conseil de sécurité «doit aussi tenir compte du fait que, d'une manière générale, les différends d'ordre juridique devraient être soumis par les parties à la Cour internationale de Justice conformément aux dispositions du Statut de la Cour».

13. En ce qui concerne la jurisprudence de la Cour, il est important de noter que celle-ci «ne s'est jamais dérobée devant l'examen d'une affaire pour la simple raison qu'elle avait des implications politiques» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 435, par. 96) et qu'elle n'a jamais refusé de donner suite à une demande d'avis consultatif au seul motif que cet avis aurait risqué d'avoir des conséquences politiques négatives.

14. Dans son avis sur les *Armes nucléaires*, la Cour a indiqué ce qui suit :

«Que cette question revête par ailleurs des aspects politiques, comme c'est, par la nature des choses, le cas de bon nombre de ques-

international life, does not suffice to deprive it of its character as a 'legal question' and to 'deprive the Court of a competence expressly conferred on it by its Statute'. . . . Whatever its political aspects, the Court cannot refuse to admit the legal character of a question which invites it to discharge an essentially judicial task, namely, an assessment of the legality of the possible conduct of States with regard to the obligations imposed upon them by international law." (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 234, para. 13.)

As the Court stated in 1980, "in situations in which political considerations are prominent it may be particularly necessary for an international organization to obtain an advisory opinion from the Court as to the legal principles applicable with respect to the matter under debate" (*Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1980*, p. 87, para. 33).

15. The Security Council's primary responsibility for the maintenance of international peace and security, pursuant to Article 24 of the United Nations Charter, has not been an obstacle to the Court affirming the General Assembly's as well as its own complementary responsibilities in this field, within their respective spheres of competence.

16. Thus, the Court has consistently underscored that, whilst primary, the Security Council's responsibilities under Article 24 of the Charter are by no means exclusive (*Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1962*, p. 163; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 434, para. 95; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (I)*, pp. 148-149, paras. 26-27).

17. In *Nicaragua* (Jurisdiction and Admissibility), the Court advanced the view that "the fact that a matter is before the Security Council should not prevent it being dealt with by the Court and that both proceedings could be pursued *pari passu*" (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 433, para. 93).

18. Prior to that, in the *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)* case, the Court took the opportunity to emphasize the different demarcation of competences operated by the United Nations Charter between, on the one hand, the Security Council and the General Assembly, and, on the other, the Security Council and the Court itself:

"Whereas Article 12 of the Charter expressly forbids the General Assembly to make any recommendation with regard to a dispute or

tions 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 est expressément conférée par son Statut»... Quels que soient les aspects politiques de la question posée, la Cour ne saurait refuser un caractère juridique à une question qui l'invite à s'acquitter d'une tâche essentiellement judiciaire, à savoir l'appréciation de la licéité de la conduite éventuelle d'Etats au regard des obligations que le droit international leur impose.» (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 234, par. 13.)

Ainsi que la Cour l'a dit en 1980, «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» (*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).

15. Que la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales ait été conférée au Conseil de sécurité par l'article 24 de la Charte des Nations Unies n'a pas empêché la Cour de préciser les responsabilités complémentaires qui, en la matière, lui incombent à elle-même ainsi qu'à l'Assemblée générale, dans leurs sphères de compétence respectives.

16. Ainsi la Cour a-t-elle constamment souligné que, bien que principales, les responsabilités incombant au Conseil de sécurité en vertu de l'article 24 de la Charte ne sont aucunement exclusives (*Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1962*, p. 163; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 434, par. 95; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 148-149, par. 26-27).

17. En l'affaire du *Nicaragua* (compétence et recevabilité), la Cour a considéré que «le fait qu'une question est soumise au Conseil de sécurité ne doit pas empêcher la Cour d'en connaître, et que les deux procédures peuvent être menées parallèlement» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 433, par. 93).

18. Avant cela, l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)* avait été l'occasion pour la Cour de souligner la différence dans la délimitation qu'opère la Charte des Nations Unies entre, d'une part, les compétences du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale, et, d'autre part, celles du Conseil de sécurité et de la Cour :

«Alors que l'article 12 de la Charte interdit expressément à l'Assemblée générale de faire une recommandation au sujet d'un dif-

situation while the Security Council is exercising its functions in respect of that dispute or situation, no such restriction is placed on the functioning of the Court by any provision of either the Charter or the Statute of the Court. The reasons are clear. It is for the Court, the principal judicial organ of the United Nations, to resolve any legal questions that may be in issue between parties to a dispute; and the resolution of such legal questions by the Court may be an important, and sometimes decisive, factor in promoting the peaceful settlement of the dispute. This is indeed recognized by Article 36 of the Charter . . .” (*Judgment, I.C.J. Reports 1980*, p. 22, para. 40.)

In view of the foregoing, the Court concluded in *Nicaragua* (Jurisdiction and Admissibility) that

“The Charter accordingly does not confer *exclusive* responsibility upon the Security Council for the purpose. While in Article 12 there is a provision for a clear demarcation of functions between the General Assembly and the Security Council, in respect of any dispute or situation, that the former should not make any recommendation with regard to that dispute or situation unless the Security Council so requires, there is no similar provision anywhere in the Charter with respect to the Security Council and the Court. The Council has functions of a political nature assigned to it, whereas the Court exercises purely judicial functions. Both organs can therefore perform their separate but complementary functions with respect to the same events.” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, pp. 434-435, para. 95.)

19. In my view, although formulated in the context of contentious proceedings, the rationale behind the Court’s role in the maintenance of international peace is equally relevant to the Court’s advisory function. This is underscored by Article 96 of the Charter, which must be interpreted as implicitly acknowledging the Court’s contribution to the work of the United Nations’ main political organs through the exercise of its advisory jurisdiction in respect of any “legal questions”.

20. In light of the above, one cannot presume that, due to the discretionary nature of the Court’s advisory function pursuant to Article 65 of the Statute, the Court is in any way predisposed to decline requests for advisory opinions whenever a legal question may have implications for the maintenance of international peace and security.

21. The question that forms the object of the request submitted by the General Assembly in the instant case is one that certainly has such implications. Not only has the Security Council branded the situation in Kosovo a threat to international peace and security (resolution 1203 (1998), of 24 October 1998, and resolution 1244 (1999), of 10 June 1999), but,

férend ou d'une situation à l'égard desquels le Conseil remplit ses fonctions, ni la Charte ni le Statut n'apportent de restriction semblable à l'exercice des fonctions de la Cour. Les raisons en sont évidentes: c'est à la Cour, organe judiciaire principal des Nations Unies, qu'il appartient de résoudre toutes questions juridiques pouvant opposer les parties à un différend; et la résolution de ces questions juridiques par la Cour peut jouer un rôle important et parfois déterminant dans le règlement pacifique du différend. C'est d'ailleurs ce que reconnaît l'article 36, paragraphe 3, de la Charte.» (*Arrêt, C.I.J. Recueil 1980*, p. 22, par. 40.)

A la lumière de ce qui précède, la Cour a conclu, en l'affaire du *Nicaragua* (compétence et recevabilité), que

«[c]e n'est donc pas une responsabilité *exclusive* que la Charte confère à cette fin au Conseil de sécurité. Certes, l'article 12 départage nettement les fonctions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité en précisant que, à l'égard d'un différend ou d'une situation quelconque, la première ne doit faire aucune recommandation sur ce différend ou cette situation, à moins que le Conseil de sécurité ne le lui demande, mais aucune disposition semblable ne figure dans la Charte sur le Conseil de sécurité et la Cour. Le Conseil a des attributions politiques; la Cour exerce des fonctions purement judiciaires. Les deux organes peuvent donc s'acquitter de leurs fonctions distinctes mais complémentaires à propos des mêmes événements.» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 434-435, par. 95.)

19. J'estime que, bien que développés dans le contexte de procédures contentieuses, ces arguments explicitant le rôle de la Cour en matière de maintien de la paix internationale valent également en ce qui concerne sa fonction consultative. Cela ressort bien de l'article 96 de la Charte, qui doit être interprété comme reconnaissant implicitement la contribution qu'apporte la Cour aux travaux des organes politiques principaux de l'Organisation des Nations Unies en exerçant sa fonction consultative à propos de toute «question juridique».

20. A la lumière de ce qui précède, on ne saurait présumer que, en raison du caractère discrétionnaire conféré à sa fonction consultative par l'article 65 du Statut, la Cour serait d'une quelconque manière prédisposée à refuser d'exercer sa compétence à l'égard d'une demande dès lors qu'une question juridique pourrait avoir des incidences pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales.

21. Il est incontestable que la question qui fait l'objet de la demande soumise par l'Assemblée générale en la présente espèce a de telles incidences. Non seulement le Conseil de sécurité a qualifié la situation au Kosovo de menace pour la paix et la sécurité internationales (résolution 1203 (1998) du 24 octobre 1998 et résolution 1244 (1999) du

more importantly, it has gone as far as to institute an unprecedented international régime of civil administration under Chapter VII of the United Nations Charter.

22. A Chapter VII situation requires a positive response from the principal judicial organ of the United Nations as one not only entitled but, first and foremost, required to participate in and contribute to the attainment of peace. The Court fulfils its legal duties, when requested to do so, by providing assistance and guidance which may help in preventing an aggravation of a conflict. On the Kosovo question, one important contribution of the Court is to interpret Security Council resolution 1244, including a determination that it remains in force and that only the Security Council has the authority to determine that it is no longer in effect.

II. RESOLUTION 1244 (1999), THE CONSTITUTIONAL FRAMEWORK AND THE AUTHORS OF THE DECLARATION OF INDEPENDENCE

23. Whilst fully concurring with the Court's finding that, in relation to the identity of the authors of the DoI, the Court is not bound by the terms of General Assembly resolution 63/3 of 8 October 2008 and, therefore, that it is for the Court to decide whether the DoI was promulgated by Kosovo's Provisional Institutions of Self-Government or by some other entity (Advisory Opinion, para. 54), I fail to agree with the reasoning followed by the Court to the effect that

“the authors of the declaration of independence of 17 February 2008 did not act as one of the Provisional Institutions of Self-Government within the Constitutional Framework, but rather as persons who acted together in their capacity as representatives of the people of Kosovo outside the framework of the interim administration” (*ibid.*, para. 109).

24. In my view, the arguments advanced by the Court in support of its conclusion are not persuasive, resting as they do upon intentions attributed to the authors of the DoI, inferences drawn from the language of the DoI and the procedural particularities that accompanied its adoption.

25. It may well be that the DoI presented a number of peculiarities that differentiated it from other acts adopted by the Assembly of Kosovo as a Provisional Institution of Self-Government acting within the Constitutional Framework. However, the overriding issue is whether the DoI is in accordance with Security Council resolution 1244 (1999), UNMIK regulations and Kosovo's Constitutional Framework, which together constitute the paramount legal order applicable to the situation in Kosovo at the time of the DoI.

10 juin 1999), mais, surtout, il est allé jusqu'à mettre en place, en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, un régime international d'administration civile qui n'a pas de précédent.

22. Toute situation relevant du chapitre VII appelle une réponse claire de la part de l'organe judiciaire principal des Nations Unies, qui a non seulement le droit mais avant tout le devoir de participer et de contribuer à l'avènement de la paix. La Cour, lorsqu'elle en est priée, s'acquitte de ses obligations juridiques en fournissant une assistance et des conseils qui peuvent aider à prévenir l'aggravation d'un conflit. En ce qui concerne la question du Kosovo, un aspect important de la contribution de la Cour consiste à interpréter la résolution 1244 du Conseil de sécurité, en concluant notamment que celle-ci était toujours en vigueur et que seul le Conseil de sécurité avait le pouvoir de décider que tel n'était plus le cas.

II. LA RÉOLUTION 1244 (1999), LE CADRE CONSTITUTIONNEL ET LES AUTEURS DE LA DÉCLARATION D'INDÉPENDANCE

23. Bien que m'associant pleinement à la Cour lorsque celle-ci conclut que, en ce qui concerne l'identité des auteurs de la déclaration d'indépendance, elle n'est pas liée par le libellé de la résolution 63/3 adoptée par l'Assemblée générale le 8 octobre 2008 et que, par conséquent, il lui incombe de déterminer si la déclaration d'indépendance émanait des institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo ou d'une autre entité (avis consultatif, par. 54), je ne souscris pas à son raisonnement lorsqu'elle dit que

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

24. Les arguments avancés par la Cour à l'appui de cette conclusion ne sont, selon moi, pas convaincants, car ils reposent sur des intentions prêtées aux auteurs de la déclaration d'indépendance, sur des déductions tirées du libellé de celle-ci et sur les particularités de la procédure qui a entouré son adoption.

25. Il est tout à fait possible que la déclaration d'indépendance présente un certain nombre de spécificités qui la différencient d'autres actes adoptés par l'Assemblée du Kosovo en tant qu'institution provisoire d'administration autonome agissant dans les limites du cadre constitutionnel. La question essentielle est toutefois de savoir si cette déclaration est conforme à la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité, aux règlements de la MINUK et au cadre constitutionnel pour le Kosovo, qui constituent à eux trois l'ordre juridique suprême applicable à la situation au Kosovo à l'époque où la déclaration a été adoptée.

26. The Court notes, in support of its argument, the declaration's failure to expressly state that it was the work of the Assembly of Kosovo, and the fact that the first paragraph of the DoI commences with the phrase "We, the democratically-elected leaders of our people . . .", in contrast to what appeared to be the common practice of the Assembly of Kosovo, which used the third person singular (as opposed to the first person plural) in the text of adopted acts (Advisory Opinion, para. 107).

27. The procedure followed in the adoption of the DoI may also have differed from the regular procedure generally followed by the Provisional Institutions of Self-Government in that it was signed by the President of Kosovo (who was not a member of the Assembly) and was not forwarded to the Special Representative of the Secretary-General for publication in the Official Gazette.

28. Whereas the aforementioned particularities are a matter of fact, it is questionable whether, as a matter of law, these circumstances, either taken together or viewed in isolation, logically and ineluctably lead to the conclusion espoused in the present Advisory Opinion, namely, that the authors of the DoI were persons other than the representatives of the people of Kosovo acting in their capacity as members of the Assembly of Kosovo as one of Kosovo's Provisional Institutions of Self-Government.

29. Thus, one wonders how the declaration's failure to expressly refer to the Assembly of Kosovo as the organ of adoption could possibly alter the fact that it was indeed the Assembly which adopted it, or how to explain that the Assembly was made up of the same representatives, yet acting in a different capacity. One also wonders how it is that the DoI "was not intended by those who adopted it to take effect within the legal order created for the interim phase" (*ibid.*, para. 105) and that its authors "were not bound by the framework of powers and responsibilities established to govern the conduct of the Provisional Institutions of Self-Government" (*ibid.*, para. 121). It is clear that the purpose of the authors of the DoI was to establish Kosovo "as an independent and sovereign State". The question is whether the measure was in accordance with the legal order in force in Kosovo in 2008.

30. Had the Assembly of Kosovo adopted a decision falling squarely within its powers and attributions under the Constitutional Framework, the question of authorship would not have arisen, irrespective of whether or not that decision expressly stated that it had been adopted by the Assembly. Taking all factors into account, it is difficult to conclude that the authors of the DoI were "persons who acted together in their capacity as representatives of the people of Kosovo *outside the framework of the interim administration*" (*ibid.*, para. 109; emphasis added) and, as a consequence, outside resolution 1244 and outside the Constitutional Framework.

31. Similar considerations apply to the inferences drawn in the present

26. La Cour relève, à l'appui de son argumentation, qu'il n'est indiqué nulle part que la déclaration émane de l'Assemblée du Kosovo, et que le libellé du premier paragraphe — qui commence par « Nous, dirigeants démocratiquement élus de notre peuple » — s'écarte du libellé habituel des textes adoptés par l'Assemblée du Kosovo, où la troisième personne du singulier est d'usage (et non pas la première personne du pluriel) (avis consultatif, par. 107).

27. Il est également possible que la procédure par laquelle a été adoptée la déclaration d'indépendance diffère de celle que suivaient habituellement les institutions provisoires d'administration autonome, en ce que la déclaration était signée par le président du Kosovo (qui n'était pas membre de l'Assemblée) et qu'elle n'a pas été transmise au représentant spécial du Secrétaire général pour publication au journal officiel.

28. Mais ces spécificités relèvent du domaine des faits, et il n'est pas certain que, d'un point de vue juridique, de telles circonstances — qu'elles soient prises conjointement ou isolément — mènent logiquement et inéluctablement à la conclusion retenue dans le présent avis consultatif, à savoir que les auteurs de la déclaration d'indépendance n'étaient pas les représentants du peuple du Kosovo agissant en qualité de membres de l'Assemblée du Kosovo, l'une des institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo.

29. En effet, il y a lieu de se demander comment l'absence dans la déclaration de toute référence expresse à l'Assemblée du Kosovo, en tant qu'organe ayant adopté celle-ci, pourrait changer quoi que ce soit au fait qu'elle en était bien l'auteur, ou pourquoi, si l'Assemblée était constituée des mêmes représentants, ceux-ci auraient agi en une autre qualité. Il y a aussi lieu de se demander ce qui permet de dire que la déclaration d'indépendance « n'était ... pas destinée, dans l'esprit de ceux qui l'ont adoptée, à prendre effet au sein de l'ordre juridique instauré aux fins de la phase intérimaire » (*ibid.*, par. 105) et que ses auteurs « n'étaient pas liés par le cadre qui visait à régir, en définissant leurs pouvoirs et responsabilités, la conduite des institutions provisoires d'administration autonome » (*ibid.*, par. 121). Il apparaît clairement que le but des auteurs de la déclaration d'indépendance était de faire du Kosovo un « Etat souverain et indépendant ». La question est de savoir si cette mesure était conforme à l'ordre juridique en vigueur au Kosovo en 2008.

30. Si l'Assemblée du Kosovo avait adopté une décision entrant pleinement dans le champ de ses pouvoirs et attributions tels que prévus par le cadre constitutionnel, la question de l'identité des auteurs ne se serait pas posée, que la décision ait ou non expressément indiqué qu'elle émanait de l'Assemblée. Compte tenu de tous les éléments, il est difficile de conclure que les auteurs de la déclaration d'indépendance étaient des « personnes ayant agi de concert en leur qualité de représentants du peuple du Kosovo, en dehors du cadre de l'administration intérimaire » (*ibid.*, par. 109; les italiques sont de moi) et, partant, en dehors du cadre de la résolution 1244 et du cadre constitutionnel.

31. Ces observations valent également pour les conclusions tirées, dans

Advisory Opinion from the formulation contained in the first paragraph of the DoI (“We, the democratically-elected leaders of our people . . .”). It is difficult to see how the difference in conjugation (first person plural, as opposed to the third person singular commonly used by the Assembly of Kosovo) may reasonably lead to the conclusion that an organ or entity other than the Assembly of Kosovo adopted the declaration of independence. After all, were not the representatives of the Assembly “democratically-elected leaders” of Kosovo?

32. According to what is, in my view, a more plausible reading of the record, the Court should have concluded that, linguistic and procedural peculiarities aside, the Assembly of Kosovo did indeed adopt the DoI of 17 February 2008 in the name of the people of Kosovo. As a result, the Court should have proceeded to assess the legality of that declaration by reference to Security Council resolution 1244 (1999) and the Constitutional Framework.

III. CONCLUDING REMARKS

33. The Court, in its Advisory Opinion, could have taken a broader perspective in order to provide a more comprehensive response to the request by the General Assembly. A number of important legal issues should not have been ignored. As Spain indicated during the oral proceedings,

“the Court will not be able to respond appropriately to the question put by the General Assembly without taking two elements into consideration: first, the fact that the objective to be achieved through the Unilateral Declaration of Independence is the creation of a new State separate from Serbia; and, second, the fact that the Declaration was adopted to the detriment of an international régime for Kosovo established by the Security Council and governed by the norms and principles of international law, as well as by the Charter of the United Nations” (CR 2009/30, p. 11, para. 17).

34. It is true that the Court, in the present request, is not being asked to decide on the consequences produced by the DoI, but only to determine whether it is in accordance with international law. However, the Court is entitled to address a wider range of issues underlying the General Assembly’s request. The Court has faced similar dilemmas in the past and has chosen to adopt a broader approach. In a previous Advisory Opinion, it stated that

“if [the Court] is to remain faithful to the requirements of its judicial character in the exercise of its advisory jurisdiction, it must ascertain what are the legal questions really in issue in questions formulated in a request” (*Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 bet-*

le présent avis consultatif, du libellé du paragraphe 1 de la déclaration d'indépendance («Nous, dirigeants démocratiquement élus de notre peuple»). On voit mal comment l'emploi de pronoms différents (la première personne du pluriel, et non la troisième personne du singulier habituellement utilisée par l'Assemblée du Kosovo) peut raisonnablement conduire à la conclusion que c'est un organe ou une entité autre que l'Assemblée du Kosovo qui a adopté la déclaration d'indépendance. Après tout, les représentants de l'Assemblée ne sont-ils pas des «dirigeants démocratiquement élus» du Kosovo?

32. Selon ce qui me paraît être une interprétation plus plausible des éléments du dossier, la Cour aurait dû conclure que, particularités linguistiques et procédurales mises à part, c'est bien l'Assemblée du Kosovo qui a adopté la déclaration d'indépendance du 17 février 2008 au nom du peuple du Kosovo. Dès lors, la Cour aurait dû apprécier la question de la licéité de cette déclaration au regard de la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité et du cadre constitutionnel.

III. CONCLUSIONS

33. La Cour aurait pu, dans son avis consultatif, inscrire ses réflexions dans une perspective plus large afin d'apporter une réponse plus complète à la demande de l'Assemblée générale. Un certain nombre de questions juridiques importantes n'auraient pas dû être négligées. Ainsi que l'Espagne l'a indiqué à l'audience,

«la Cour ne sera en mesure de répondre de façon adéquate à la question posée par l'Assemblée générale que si elle tient compte de deux éléments: premièrement, le fait que l'objectif à atteindre par la déclaration unilatérale d'indépendance est de créer un nouvel Etat séparé de la Serbie; et, deuxièmement, le fait que cette déclaration a été adoptée au détriment d'un régime international pour le Kosovo établi par le Conseil de sécurité et régi par des normes et principes de droit international ainsi que par la Charte des Nations Unies» (CR 2009/30, p. 11, par. 17).

34. Il est vrai que, dans le cadre de la demande objet de la présente procédure, la Cour n'était pas priée de déterminer les conséquences de la déclaration d'indépendance, mais simplement de dire si celle-ci était ou non conforme au droit international. La Cour pouvait cependant examiner un ensemble plus large de questions sous-tendant la demande de l'Assemblée générale. Confrontée à pareille difficulté par le passé, elle a toujours choisi une approche générale. Dans un précédent avis, la Cour a indiqué que,

«pour rester fidèle aux exigences de son caractère judiciaire dans l'exercice de sa compétence consultative, elle doit rechercher quelles sont véritablement les questions juridiques que soulèvent les demandes formulées dans une requête» (*Interprétation de l'accord du*

ween the WHO and Egypt, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1980, p. 88, para. 35).

The Court then indicated that

“a reply to questions of the kind posed in the present request may, if incomplete, be not only ineffectual but actually misleading as to the legal rules applicable to the matter under consideration by the requesting Organization” (*ibid.*, p. 89, para. 35).

35. Many of the legal issues involved in the present case require the guidance of the Court. The Security Council and the Secretary-General of the United Nations, and not just the General Assembly, would indeed benefit from authoritative statements of law in order to dispel many of the uncertainties that still affect the Kosovo conflict. The scope of the right to self-determination, the question of “remedial secession”, the extent of the powers of the Security Council in relation to the principle of territorial integrity, the continuation or derogation of an international civil and military administration established under Chapter VII of the Charter, the relationship between UNMIK and the Provisional Institutions of Self-Government and the progressive diminution of UNMIK’s authority and responsibilities and, finally, the effect of the recognition or non-recognition of a State in the present case are all matters which should have been considered by the Court, providing an opinion in the exercise of its advisory functions.

(*Signed*) Bernardo SEPÚLVEDA-AMOR.

25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1980, p. 88, par. 35),

pour ensuite préciser

«[qu']une réponse incomplète à des questions comme celles de la requête [pouvait] non seulement être inefficace mais induire réellement en erreur sur les règles juridiques qui régissent le sujet examiné par l'organisation requérante» (*ibid.*, p. 89, par. 35).

35. Nombre des questions juridiques en jeu en la présente espèce appelaient des indications de la Cour. Le Conseil de sécurité et le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, et pas seulement l'Assemblée générale, auraient certainement bénéficié d'un prononcé de la Cour sur des points de droit permettant de lever nombre des incertitudes pesant encore sur le conflit du Kosovo. La portée du droit à l'autodétermination, la «sécession-remède», l'étendue des pouvoirs du Conseil de sécurité face au principe de l'intégrité territoriale, le maintien ou la suppression d'une administration internationale civile et militaire établie en vertu du chapitre VII de la Charte, la relation entre la MINUK et les institutions provisoires d'administration autonome et la diminution progressive de l'autorité et des responsabilités de la MINUK, et enfin les conséquences de la reconnaissance ou de l'absence de reconnaissance d'un État en la présente espèce, sont autant de questions qui auraient dû être examinées par la Cour dans le cadre d'un avis rendu dans l'exercice de sa fonction consultative.

(Signé) Bernardo SEPÚLVEDA-AMOR.