

SEPARATE OPINION OF JUDGE CANÇADO TRINDADE

TABLE OF CONTENTS

	<i>Paragraphs</i>
I. <i>PROLEGOMENA</i>	1-3
II. CONSIDERATIONS ON PRELIMINARY QUESTIONS OF JURISDICTION AND JUDICIAL PROPRIETY	4-34
1. The Court's jurisdiction, with attention on the preponderant <i>humanitarian</i> aspects	4-12
2. Alleged judicial "discretion" and the Court's duty to exercise its advisory function	13-34
III. THE FACTUAL BACKGROUND AND CONTEXT OF THE QUESTION PUT TO THE COURT	35-52
IV. THE ADVENT OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS AND THE GROWING ATTENTION TO THE NEEDS AND ASPIRATIONS OF THE "PEOPLE" OR THE "POPULATION"	53-66
1. League of Nations: the mandates system	54-58
2. United Nations: the trusteeship system	59-61
3. International administration of territory	62-64
4. The recurring concern with the "people" or the "population"	65-66
V. BASIC CONSIDERATIONS OF HUMANITY IN THE TREATMENT OF PEOPLES UNDER THE LAW OF NATIONS	67-74
1. Private law analogies	68-70
2. The central position of peoples in the origins of the law of nations (<i>droit des gens</i>)	71-72
3. The <i>civitas maxima gentium</i> in the vision of the "founding fathers" of the law of nations	73-74
VI. THE CONTEMPORANEITY OF THE " <i>DROIT DES GENS</i> ": THE HUMANIST VISION OF THE INTERNATIONAL LEGAL ORDER	75-96
1. The early judicial recognition of rights of human beings and of peoples	78-87
2. The humanist legacy of past experiments to UN international administration of territory	88-96
VII. THE CONCERN OF THE UNITED NATIONS ORGANIZATION AS A WHOLE WITH THE HUMANITARIAN TRAGEDY IN KOSOVO	97-131
1. The Security Council's reiterated expressions of grave concern with the humanitarian tragedy in Kosovo	98-102

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE CANÇADO TRINDADE

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

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

2. The General Assembly's reiterated expressions of grave concern with the humanitarian tragedy in Kosovo	103-114
3. The Economic and Social Council's reiterated expressions of grave concern with the humanitarian tragedy in Kosovo	115-118
4. The Secretary-General's reiterated expressions of grave concern with the humanitarian tragedy in Kosovo	119-129
5. General assessment	130-131
VIII. <i>EX INJURIA JUS NON ORITUR</i>	132-137
IX. CONDITIONS OF LIVING OF THE POPULATION IN KOSOVO (SINCE 1989): THE SUBMISSIONS ADDUCED IN THE PRESENT ADVISORY PROCEEDINGS BEFORE THE COURT	138-155
1. Submissions during the written phase of proceedings	139-148
2. Submissions during the oral phase of proceedings	149-155
X. JUDICIAL RECOGNITION OF THE ATROCITIES IN KOSOVO	156-160
XI. FURTHER EVIDENCE OF THE ATROCITIES IN KOSOVO: THE CENTRALITY OF THE SUFFERINGS OF THE PEOPLE	161-168
XII. THE PEOPLE-CENTERED OUTLOOK IN CONTEMPORARY INTERNATIONAL LAW	169-176
1. "People" or "population" and statehood revisited	169-172
2. The principle of self-determination of peoples under prolonged adversity or systematic oppression	173-176
XIII. PRINCIPLES OF INTERNATIONAL LAW, THE LAW OF THE UNITED NATIONS AND THE HUMANE ENDS OF THE STATE	177-211
1. Territorial integrity in the framework of those humane ends	177-181
2. The overcoming of the inter-State paradigm in international law	182-188
3. The fundamental principle of equality and non-discrimination	189-195
4. The fundamental principle of humanity in the framework of the law of the United Nations	196-211
XIV. TOWARDS A COMPREHENSIVE CONCEPTION OF THE INCIDENCE OF <i>JUS COGENS</i>	212-217
XV. FINAL CONSIDERATIONS: KOSOVO'S INDEPENDENCE WITH UNITED NATIONS SUPERVISION	218-240

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

I. PROLEGOMENA

1. My vote is in favour of the adoption of the present Advisory Opinion of the International Court of Justice (ICJ) on *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, having concurred with the conclusions the Court has reached, set forth in the *dispositif*. As I have arrived at the same conclusions on the basis of a reasoning distinct from that of the Court, I feel obliged to lay on the records the foundations of my own personal position on the matter at issue. To that end, I begin by addressing the preliminary questions of jurisdiction and judicial propriety, with attention turned to the preponderant humanitarian aspects of the question put to the Court, and to its duty to exercise its advisory function, without attributing to so-called judicial “discretion” a dimension which it does not have. Next, I draw attention to the need to proceed to a most careful examination of the factual background and context of the question put to the Court by the United Nations General Assembly.

2. My following line of reflections is directed to the advent of international organizations and the recurring and growing attention dispensed to the needs and aspirations of the “people” or the “population” (in the mandates system under the League of Nations, in the trusteeship system under the United Nations, and in contemporary United Nations experiments of international territorial administration). My next set of considerations (in Parts V and VI of the present separate opinion) propounds an essentially humanist outlook of the treatment of peoples under the law of nations, from a historical as well as a deontological perspective. I then proceed to an examination (in Part VII) — eluded by the Court in the present Advisory Opinion — of the grave concern expressed by the United Nations *as a whole* with the humanitarian tragedy in Kosovo.

3. After recalling the principle *ex injuria jus non oritur*, I move on to an examination (in Part IX) of the important aspect of the conditions of living of the population in Kosovo (as from 1989), on the basis of the submissions adduced by participants in the present advisory proceedings before the Court, in their written and oral phases. I also recall the judicial recognition, and further evidence, of the atrocities perpetrated in Kosovo (in the decade 1989-1999), and ascribe a central position to the sufferings of the people, pursuant to the people-centered outlook in contemporary international law. I then turn to the consideration of territorial integrity in the framework of the humane ends of the State, to the overcoming of the inter-State paradigm in contemporary international law, to the overriding importance of the fundamental principles of humanity, and of equality and non-discrimination, and to a comprehensive conception of the incidence of *jus cogens*. The way will then be paved for the presentation of my final considerations.

I. AVANT-PROPOS

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

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

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

II. CONSIDERATIONS ON PRELIMINARY QUESTIONS OF JURISDICTION AND JUDICIAL PROPRIETY

1. *The Court's Jurisdiction, with Attention on the Preponderant Humanitarian Aspects*

4. First of all, the Court's jurisdiction to deliver the present Advisory Opinion is, in my view, established beyond any doubt, on the basis of Article 65 (1) of its Statute, whereby the Court "may give an advisory opinion on any legal question at the request of whatever body may be authorized by or in accordance with the Charter of the United Nations to make such a request". Such conditions have been acknowledged in the case law of the Court¹. It is for the ICJ, as master of its own jurisdiction, to satisfy itself that the request for an advisory opinion comes from an organ endowed with competence to make it; in the case of the General Assembly, it is so authorized by Article 96 (1) of the United Nations Charter, to request an advisory opinion of the ICJ on "any legal question". In its case law, the Court has at times given indications as to the relationship between the object of the requests at issue and the activities of the General Assembly².

5. Article 10 of the United Nations Charter confers upon the General Assembly competence to deal with "any questions or any matters" within the scope of the Charter, and Article 11 (2) specifically endows it with competence to discuss "questions relating to the maintenance of international peace and security brought before it". The question put to the Court by General Assembly resolution 63/3, adopted on 8 October 2008, pertains to the scope of activities of the General Assembly, which, like the Security Council, has been dealing with the situation in Kosovo for over a decade (cf. *infra*)³. The main point that may be raised here pertains to Article 12 (1) of the United Nations Charter, which states that

"[w]hile the Security Council is exercising in respect of any dispute or situation the functions assigned to it in the present Charter, the General Assembly shall not make any recommendation with

¹ Cf. e.g., *Application for Review of Judgement No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1982*, p. 333, para. 21.

² *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 70; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I)*, pp. 232-233, paras. 11-12; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (I)*, pp. 145 and 148, paras. 16 and 25.

³ In respect of the situation in Kosovo, in addition to the main course of action taken up by the Security Council, the role of the General Assembly includes taking decisions — with the advice of its Fifth Committee — on the budget of UNMIK. The responsibilities of the Secretary-General include the support of the mandate of UNMIK.

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

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

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

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

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

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

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

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

regard to that dispute or situation unless the Security Council so requests.”

6. In any case, a request for an advisory opinion is not in itself a “recommendation” by the General Assembly with regard to a “dispute or situation”. Under Article 24 of the Charter, the Security Council has “primary responsibility for the maintenance of international peace and security”⁴. Yet, Article 24 refers to a primary, but not necessarily exclusive, competence. The General Assembly does have the power, *inter alia*, under Article 14 of the United Nations Charter, to “recommend measures for the peaceful adjustment” of various situations. The ICJ itself has lately pointed out⁵, as to the interpretation of Article 12 of the United Nations Charter, that in recent years there has been an “increasing tendency” for the General Assembly and the Security Council to deal “in parallel” with the same matter concerning the maintenance of international peace and security: while the Security Council has tended to focus on the aspects of such matters related to international peace and security, the General Assembly has taken a broader view, *considering also their humanitarian, social and economic aspects*.

7. The General Assembly has developed the practice of making recommendations on issues which the Security Council has also been dealing with; United Nations Member States have not objected to such practice⁶, nor has the Security Council opposed it. This has been the “accepted practice” of the General Assembly, as it has lately evolved, being consistent with Article 12 (1) of the United Nations Charter. By adopting, on 8 October 2008, resolution 63/3, seeking an advisory opinion from the ICJ relating to the declaration of independence by the authorities of Kosovo, the General Assembly has not acted *ultra vires* in respect of Article 12 (1) of the United Nations Charter: it was fully entitled to do so, in the faithful exercise of its functions under the United Nations Charter.

8. The remaining aspect concerning the Court’s jurisdiction is whether the General Assembly’s request relates to a “*legal question*” within the meaning of the United Nations Charter and the ICJ Statute. On this particular point, the ICJ has already indicated that questions “framed in terms of law” and raising “problems of international law” are “by their very nature susceptible of a reply based on law” and appear to be “ques-

⁴ It can thus, in that regard, impose on States an “explicit obligation of compliance” if, for example, it issues “an order or command” under Chapter VII, and it can, to that end, “require enforcement by coercive action”; cf. *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1962*, p. 163.

⁵ Cf. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (I)*, pp. 149-150, paras. 27-28.

⁶ Cf. *United Nations Juridical Yearbook (1964)*, pp. 228 and 237.

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

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

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

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

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

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

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

tions of a legal character”⁷. It is immaterial if the legal question put to the Court, for the exercise of its advisory function, discloses also political aspects. It could hardly be doubted that the question submitted by the General Assembly to the ICJ for an advisory opinion is a legal one, relating as it is to the accordance with *international law* of the declaration of independence by the authorities of Kosovo. In its *jurisprudence constante*, the ICJ has clarified that a legal question may also reveal political aspects, “as, in the nature of things, is the case with so many questions which arise in 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’”⁸.

9. The ICJ has made it clear that it cannot attribute a political character to a request for an advisory opinion which invites it to undertake an “essentially judicial task”⁹ concerning the scope of obligations imposed by international law¹⁰, namely, an assessment of “the legality of the possible conduct of States” in respect of obligations imposed upon them by international law¹¹. Since the earlier years of the ICJ, it has been clarified that the old distinction between so-called “legal” and “political” questions does not stand, as there are no questions which, by their “intrinsic nature”, may be termed as essentially “legal” or “political”; such qualifications pertain rather to the means of resolution of the questions at issue¹², whether “legal” (judicial), or otherwise. It is thus somewhat surprising to see this point being persistently raised before the ICJ throughout the years without consistency.

10. In the light of the aforementioned, it can be concluded that the present request by the General Assembly, by means of its resolution 63/3 of 8 October 2008, for an advisory opinion by the ICJ, fulfils the require-

⁷ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 232, para. 11.

⁸ *Application for Review of Judgement No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1973*, p. 172, para. 14; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 234, para. 13.

⁹ *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1962*, p. 155.

¹⁰ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 155, para. 41.

¹¹ Cf. *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter), Advisory Opinion, 1948, I.C.J. Reports 1947-1948*, pp. 61-62; *Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, pp. 6-7; *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1962*, p. 155. And cf. also *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 233, para. 13; *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1980*, p. 87, para. 33.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ments of Article 96 (1) of the United Nations Charter and of Article 65 of the Statute of the Court, in respect of both the competence of the requesting organ (the General Assembly) and of the substance of the request, and discloses the nature of a legal question. This suffices to determine the issue of the Court's jurisdiction. Furthermore, there is no element raised in the course of the present advisory proceedings that could lead the Court to conclude otherwise.

11. Accordingly, I concur with the Court's view that it has jurisdiction to deliver the requested advisory opinion. This latter should be attentive to the broader view of the consideration of issues pursued by the General Assembly (cf. *supra*), focusing on the *preponderant humanitarian aspects* surrounding the conformity or otherwise with international law of the declaration of independence at issue. This requires a careful consideration by the Court of the *factual complex* of the request lodged with it (cf. *infra*), so as to avoid an aseptic reasoning in the Advisory Opinion.

12. This is an aspect in respect of which my reasoning differs from that of the Court. The consideration of the *factual complex* is of considerable importance, as declarations of independence are not proclaimed in a social *vacuum*, and require addressing at least its immediate *causes*. This is a point of far greater importance than the usual arguments concerning so-called judicial "discretion", dealt at length by the Court in the present Advisory Opinion. This argument has been repeatedly raised before this Court, in its practice as to the exercise of its advisory jurisdiction. This point deserved no more than a brief review of the Court's *jurisprudence constante* on it, so as to concentrate attention on other points that are of far greater relevance, such as the factual background of the question put to the Court by the General Assembly.

2. *Alleged Judicial "Discretion" and the Court's Duty to Exercise Its Advisory Function*

13. The second line of considerations at this preliminary stage, pertaining to judicial "discretion" (rather than propriety), has been brought to the fore by certain arguments adduced by some participants, in the course of the present proceedings. Such arguments tried to persuade the Court that it should nevertheless decline, in the exercise of its discretionary power, to render the advisory opinion requested by the General Assembly, either because the request concerns "matters essentially within the domestic jurisdiction of a State" (under Article 2 (7) of the United Nations Charter); or because the procedure was allegedly being used primarily to further the interests of individual States rather than that of the requesting organ; or because the Court's advisory opinion would lack any useful purpose; or because the Court's opinion would arguably have adverse effects on peace and security in the region; or because there is no

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

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

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

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

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

consent of Kosovo to the jurisdiction of the Court; or else because it would be allegedly politically inappropriate for the Court to deliver the advisory opinion. I find all these arguments wholly unconvincing.

14. To start with, the ICJ itself observed, in an Advisory Opinion delivered six decades ago, that Article 65 of its Statute gives it “the power to examine whether the circumstances of the case are of such a character as should lead it to decline to answer the request”¹³; it further warned that “the reply of the Court, itself an ‘organ of the United Nations’, represents its participation in the activities of the Organization, and, in principle, should not be refused”¹⁴. In accordance with its own *jurisprudence constante*, only “compelling reasons” could lead the ICJ to such refusal¹⁵.

15. As to the argument of domestic jurisdiction (*supra*), already in the case of the *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco* (1923), the Permanent Court of International Justice (PCIJ) pondered that “[t]he question whether a certain matter is or is not solely within the jurisdiction of a State is an essentially relative question; it depends on the development of international relations” (*Advisory Opinion, 1923, P.C.I.J., Series B, No. 4*, pp. 23-24). Ever since, in their constant practice, in the line of this *obiter dictum* of the PCIJ, both the United Nations main organs and United Nations Member States have themselves acknowledged the gradual erosion of the plea of domestic jurisdiction under the United Nations Charter.

16. This has also been reckoned in international legal writing on this particular point. Thus, it was pondered, 35 years ago, that the fact that a State raising an objection on the ground of domestic jurisdiction could not impede the inclusion of the matter into the agenda of the international organ seised of it and its discussion at international level, afforded evidence for the view that the reserved domain of States was already undergoing a continuing process of reduction. Domestic jurisdiction in this context becomes a *residuum* of discretionary authority left by interna-

¹³ *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 72.

¹⁴ *Ibid.*, p. 71.

¹⁵ *Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against Unesco, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1956*, p. 86; *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1962*, p. 155; *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 27; *Application for Review of Judgement No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1973*, p. 183; *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, p. 21; *Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1989*, p. 191; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 235.

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

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

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

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

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

¹⁴ *Ibid.*, p. 71.

¹⁵ *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1956, p. 86; *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte), avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1962, p. 155; *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1971, p. 27; *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1973, p. 183; *Sahara occidental, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1975, p. 21; *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1989, p. 191; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 235.

tional law within the reserved domain of States¹⁶. Two decades later, it was reasserted that Article 2 (7) of the United Nations Charter was inapplicable in so far as the principle of self-determination was concerned, linked to the consideration of human rights issues, thus removed from the domain of domestic jurisdiction¹⁷.

17. In fact, the ICJ itself has stated that “[t]he purpose of the Court’s advisory opinion is not to settle – at least directly — disputes between States, but to offer legal advice to the organs and institutions requesting the opinion”¹⁸. The United Nations practice with regard to Kosovo’s humanitarian crisis illustrates the widespread agreement that the powers of the main United Nations organs (in particular the Security Council and the General Assembly) to initiate and undertake measures in order to secure the maintenance of international peace and security, are rather broad — and cannot be restrained by pleas of domestic jurisdiction of individual States. This being so, the ICJ, as “the principal judicial organ of the United Nations” (Article 92 of the United Nations Charter), cannot accept the plea of domestic jurisdiction as a reason to decline to exercise its advisory function, and this applies to the present request for an advisory opinion on *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*.

18. Another argument has been raised, by some participants in the present advisory proceedings, whereby the advisory procedure is allegedly being used primarily to further the interests of individual States rather than the concerns of the General Assembly as the requesting United Nations organ. A handful of participants further argued that, given the close voting in the adoption of resolution 63/3 of the General Assembly, the ICJ would have to be extremely careful in delivering the advisory opinion, if at all; in their view, extreme restraint was required from the ICJ. In my perception, these arguments beg the question.

19. All these considerations were to have been borne in mind in the course of the discussion of the draft resolution of the General Assembly¹⁹, when all United Nations Member States had an opportunity to express their views in support or against the adoption of such draft resolution. The proposal for inclusion of the item in the agenda of the Gen-

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

¹⁷ A. Cassese, *Self-Determination of Peoples — A Legal Reappraisal*, Cambridge University Press, 1995, pp. 174 *et seq.*

¹⁸ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 236, para. 15; *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 71.

¹⁹ UN doc. A/63/L.2.

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

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

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

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

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

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

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

¹⁹ Nations Unies, doc. A/63/L.2.

eral Assembly was originally advanced by Serbia, and all United Nations Member States had a chance to make their views known in the consideration of this agenda item. The circumstances of the approval of the draft resolution in a rather close or divided voting are, in my view, immaterial.

20. Resolution 63/3 (2008) was adopted on behalf of the United Nations General Assembly, and not by only those States which voted in favour of it. This ensues from the international legal personality of the United Nations, which is endowed with a *volonté* of its own, surely distinct from the sum of *volontés* of its Member States, or of some of them (those which vote in favour of a resolution of one of its main organs). In the *cas d'espèce*, United Nations Member States considered the matter in the General Assembly, and *this latter*, as one of the main organs of the United Nations, decided to make of the issue of Kosovo's declaration of independence one of "United Nations concern".

21. The ICJ should thus proceed with care — as it of course did — but without feeling inhibited to deliver the present Advisory Opinion. It is not for the Court to dwell upon the circumstances of the political debate prior to the adoption of General Assembly resolution 63/3 (2008). The ICJ itself has warned that "the opinion of the Court is given not to States, but to the organ which is entitled to request it"²⁰. The international community expects that the Court act at the height of the responsibilities incumbent upon it, without succumbing to apprehensions or fears, in face of apparent sensitivities of some States. It is incumbent upon the Court to say what the law is (*juris dictio*)²¹.

22. In any case, it is for the Court itself to assess the consequences of its decision to deliver an advisory opinion, bearing in mind that it cannot at all abstain itself from the exercise of its advisory function of *saying what the law is* (*juris dictio*). After all, the ICJ itself pointed out, six decades ago, that, to provide a proper answer to a request for an advisory

²⁰ *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 71.

²¹ The ICJ has, on various occasions, pointed out that it "may give an advisory opinion on any legal question, abstract or otherwise". *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter), Advisory Opinion, 1948, I.C.J. Reports 1947-1948*, p. 61; *Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1954*, p. 51; *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 27, para. 40; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 234, para. 14; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 154, para. 40.

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

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

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

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

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

²¹ La Cour a, en plusieurs occasions, indiqué qu'elle «peut donner un avis consultatif sur toute question juridique, abstraite ou non». *Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies (article 4 de la Charte), avis consultatif, 1948, C.I.J. Recueil 1947-1948*, p. 61; *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1954*, p. 51; *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 27, par. 40; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 234, par. 14; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 154, par. 40.

opinion “represents its participation in the activities of the Organization, and, in principle, should not be refused”²².

23. Accordingly, the argument of a couple of participants in the present advisory proceedings to the effect that the Court’s advisory opinion would lack a useful purpose, appears to me wholly unfounded. The same applies to the alleged lack of “practical effect” of the Court’s opinion: this allegation simply begs the question. The Court’s *jurisprudence constante* on the point at issue could be recalled in this connection²³. In the *cas d’espèce*, it is the task of the Court to provide an opinion on the question of the accordance with international law of Kosovo’s declaration of independence; and it is for the General Assembly to draw its own conclusions, from the Court’s opinion, and to apply them to its further treatment of the situation in Kosovo. In proceeding in this way, the ICJ is contributing to the *rule of law* at international level, which, ever since the 2005 United Nations World Summit, has been attracting increasing interest and attention, and since 2006 has become an important agenda item (“The Rule of Law at the National and International Levels”) of the United Nations General Assembly²⁴.

24. The next argument, with an apparent bearing on judicial “discretion” or propriety, whereby the Court’s opinion would arguably have “adverse effects on peace and security” in the region, likewise begs the question. There is nothing new under the sun, and the Court itself has already answered arguments of the kind in previous Advisory Opinions. For instance, in its Advisory Opinion on the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (1996), the ICJ stated:

“It has . . . been submitted that a reply from the Court in this case might adversely affect disarmament negotiations and would there-

²² *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 71.

²³ Thus, in its Advisory Opinion on the *Western Sahara (I.C.J. Reports 1975*, p. 12), the ICJ pondered that nothing in the UN Charter, or in its Statute, limited the competence of the General Assembly to request an advisory opinion, or that of its own to give an opinion, on legal questions relating to existing rights or obligations (*ibid.*, p. 19, para. 18). The opinion would provide the General Assembly with “elements of a legal character relevant to its further treatment” of the subject-matter at issue (*ibid.*, p. 37, para. 72). Earlier on, in its Advisory Opinion on *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (I.C.J. Reports 1951*, p. 15), the ICJ observed that the object of that request for an opinion was “to guide the United Nations in respect of its own action” (*ibid.*, p. 19). And half a decade ago, the ICJ stressed, as it clearly ensued from its *jurisprudence constante*, that “Advisory Opinions have the purpose of furnishing to the requesting organs the elements of law necessary for them in their action”; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 162, para. 60.

²⁴ Cf. UN General Assembly resolution 61/39, of 18 December 2006; UN resolution 62/70, of 6 December 2007; UN resolution 63/128, of 11 December 2008; UN resolution 64/116, of 16 December 2009.

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

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

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

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

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

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

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

fore, be contrary to the interest of the United Nations. The Court is aware that, no matter what might be its conclusions in any Opinion it might give, they would have relevance for the continuing debate on the matter in the General Assembly and would present an additional element in the negotiations on the matter. Beyond that, the effect of the Opinion is a matter of appreciation.” (*I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 237, para. 17.)²⁵

25. It is not the Court’s business to speculate on eventual effects of its Advisory Opinions; in my view, it is rather for the Court to contribute, in the faithful exercise of its advisory function, to the *prevalence of the rule of law* in the conduction of international relations. This may well assist in reducing the tension and the political controversy in the region at issue. In the more distant past, there was a trend of opinion that favoured wide discretion on the part of the Hague Court to deliver an advisory opinion or not; it was followed by another trend of opinion which accepted that discretion, but only exceptionally and in face of “compelling reasons” (*raisons décisives*). A more enlightened trend of opinion discards discretion, accepting only inadmissibility to protect judicial integrity²⁶.

26. The Court seems to have indulged in unnecessary confusion in paragraph 29 of the present Advisory Opinion on *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, in regrettably admitting to self-limit its advisory function, and in ascribing to so-called “discretion” a dimension that it does not have. It has confused discretion with judicial propriety, and it has failed to stress the proactive posture that it has rightly adopted in the United Nations era, in the exercise of its advisory function, as the principal judicial organ of the United Nations (Article 92 of the United Nations Charter), and as the ultimate guardian of the prevalence of the rule of law in the conduct of international relations²⁷. By the same token, it is somewhat disquieting to find, in the unfortunate language of

²⁵ Cf. also *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, p. 37, para. 73.

²⁶ Cf. R. Kolb, “De la prétendue discrétion de la Cour internationale de Justice de refuser de donner un avis consultatif”, in *The International Legal System in Quest of Equity and Universality — Liber Amicorum G. Abi-Saab* (eds. L. Boisson de Chazournes and V. Gowlland-Debbas), The Hague, Nijhoff, 2001, pp. 614-618, and cf. pp. 619-627.

²⁷ In its Advisory Opinion on *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (2004), the ICJ recalled that

“[t]he present Court has never, in the exercise of this discretionary power, declined to respond to a request for an advisory opinion . . . Only on one occasion did the Court’s predecessor, the Permanent Court of International Justice, take the view that it should not reply to a question put to it (*Status of Eastern Carelia, Advisory Opinion, 1923, P.C.I.J., Series B, No. 5*).” (*I.C.J. Reports 2004 (I)*, pp. 156-157, para. 44.)

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

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

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

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

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

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

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

paragraph 29, that the ghost of *Eastern Carelia* seems, like phoenix, to have arisen from the ashes . . .

27. The Court's advisory function is not a simple faculty that it may utilize at its free discretion: it is a *function*, of the utmost importance ultimately for the international community as a whole, of the principal judicial organ of the United Nations. Discretion is for a political organ, like the General Assembly or the Security Council, to exercise, also when deciding to request an advisory opinion to the ICJ. This latter, when seised of a matter — either a request for an advisory opinion, or a contentious case — has a duty to perform faithfully its judicial functions, either in advisory matters or in respect of contentious cases. It is not for the Court to indulge in an appreciation of the opportunity of an advisory opinion, and it is surprising to me that the Court should dispense so much attention to this issue in the present Advisory Opinion (paras. 29-48), to the point of singling out technicalities (in paragraphs 36 and 39, as to the respective roles and faculties of the Security Council and the General Assembly) and of eluding a careful consideration of the factual background (cf. *infra*) of the *grave humanitarian crisis in Kosovo*, brought to its attention by several participants in the course of the written and oral phases of the present advisory proceedings.

28. After all, ours is the age of the reassuring multiplication of international tribunals, bearing witness of the acknowledgement of the primacy of law over force. Ours is the age of the “jurisdictionalization” of international law and relations, bearing witness of the improvements in the modalities of peaceful settlement of disputes. Ours is the age of the *expansion of international jurisdiction*, bearing witness to the advances of the idea of an objective justice. Ours is the age of an ever-increasing attention to the advances of the *rule of law* at both national and international levels, a cause which the United Nations as a whole is now committed to, particularly from 2006 onwards (cf. *supra*). To invoke and to insist on “discretion” — rather discretionally — seems to me to overlook, if not to try to obstruct, the course of evolution of the judicial function in contemporary international law. The awareness of the contemporary and reassuring phenomenon of jurisdictionalization has fortunately prevailed at the end over undue politicization, underlining certain arguments examined by the Court, which should have been promptly discarded by it.

29. Turning to another related aspect, it seems furthermore clear to me that the ICJ is fully entitled, if it so deems fit, to reformulate the question put to it by the request for an advisory opinion, so as to give it more clarity. Thus, the alleged lack of clarity or certainty in the drafting of a question cannot be invoked so as to deprive the Court of its jurisdiction. Quite on the contrary, any uncertainty may require clarification or rephrasing by the Court itself. In fact, over the decades, both the PCIJ

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

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

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

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

and the ICJ have repeatedly observed that the wording of a request for an advisory opinion did not accurately state the question of which the Court's opinion was being sought²⁸, or else did not correspond to the "true legal question" under consideration²⁹. In one particular instance, the ICJ noted that the question put to it was, "on the face of it, at once infelicitously expressed and vague"³⁰.

30. Consequently, the Court has often been required to broaden, interpret and even reformulate the questions put³¹; and it has accordingly deemed it fit to "identify the existing principles and rules", to interpret them and to apply them, thus offering a reply to "the question posed based on law"³². This disposes of the wholly unconvincing — if not inappropriate — argument that it would allegedly be "politically inappropriate" for the ICJ to deliver the present Advisory Opinion. Such an argument should simply not be raised before "the principal *judicial* organ of the United Nations" (Article 92 of the United Nations Charter), which cannot attribute a political character to a request which is supposed to invite it to undertake an essentially judicial task³³. The ICJ itself has pondered, in this respect, that

"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"³⁴.

31. Yet, another argument of the kind has been raised in the course of the present advisory proceedings, namely, the lack of consent of Kosovo to the jurisdiction of the Court, allegedly affecting this latter as a matter of judicial propriety: the allegation was that the ICJ should refrain from exercising its jurisdiction in the *cas d'espèce*, because the General Assembly request concerns arguably a bilateral dispute between Kosovo and Serbia in respect of which Kosovo has not consented to the exercise of

²⁸ Cf. e.g., *Interpretation of the Greco-Turkish Agreement of 1 December 1926 (Final Protocol, Article IV)*, *Advisory Opinion*, 1928, *P.C.I.J., Series B, No. 16*, pp. 14-16.

²⁹ *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1980*, pp. 87-89, paras. 34-36.

³⁰ *Application for Review of Judgement No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1982*, p. 348, para. 46.

³¹ Cf. in addition to the aforementioned three Advisory Opinions, also *Admissibility of Hearings of Petitioners by the Committee on South West Africa*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1956*, p. 25; and *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1962*, pp. 157-162.

³² *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 233, para. 13; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 153, para. 38.

³³ *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1962*, p. 155.

³⁴ *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1980*, p. 87, para. 33.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

that jurisdiction. This argument also appears, in my view, unpersuasive and groundless.

32. As is widely known, consent is a precondition for the exercise of the Court's *contentious*, not advisory, function. And it could not be otherwise, as advisory opinions are intended for the orientation or guidance of the United Nations and its organs. The ICJ itself has clarified this aspect, six decades ago, in its celebrated Advisory Opinion on the *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase* (1950); in its own words,

“The consent of States, parties to a dispute, is the basis of the Court's jurisdiction in contentious cases. The situation is different in regard to advisory proceedings even where the Request for an Opinion relates to a legal question actually pending between States. The Court's reply is only of an advisory character: as such, it has no binding force. It follows that no State, whether a Member of the United Nations or not, can prevent the giving of an advisory opinion which the United Nations considers to be desirable in order to obtain enlightenment as to the course of action it should take. The Court's Opinion is given not to the States, but to the organ which is entitled to request it; the reply of the Court . . . , in principle, should not be refused.”³⁵ (*I.C.J. Reports 1950*, p. 71.)

In the present instance, the object of the request for an advisory opinion of the ICJ is to enlighten the General Assembly as to the accordance, or otherwise, with international law, of the declaration of independence of Kosovo by its authorities.

33. It should, furthermore, be kept in mind that, whilst the prior consent of States has always been a hurdle to the exercise of the ICJ's function in settling contentious cases, the opposite occurs in the exercise of its advisory function: it is not at all conditioned by the prior consent of States. Here, the ICJ has a means not only to clarify the questions submitted to it for advisory opinions, but also to contribute thereby to the progressive development of international law. Three remarkable examples to this effect lie in its ground-breaking Advisory Opinions in *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, of 1949; in *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the*

³⁵ The ICJ followed this same reasoning, half a decade ago, in its previous Advisory Opinion on *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (2004). The Court, after examining “the opposition of certain interested States to the request by the General Assembly” for an advisory opinion on the subject-matter at issue, “in the context of issues of judicial propriety”, pondered that:

“The object of the request before the Court is to obtain from the Court an opinion which the General Assembly deems of assistance to it for the proper exercise of its functions. The opinion is requested on a question which is of particularly acute concern to the United Nations, and one which is located in a much broader frame of reference than a bilateral dispute.” (*I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 159, para. 50.)

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

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

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

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

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

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

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

Crime of Genocide, of 1951; and in *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, of 1971.

34. In sum and conclusion on the preliminary question under consideration, none of the arguments raised in the course of the present advisory proceedings, to try to persuade the ICJ to inhibit itself and to refrain from performing its advisory function in relation to the declaration of independence of Kosovo by its authorities, resists a closer examination. The Court's jurisdiction is fully established in the present matter (cf. *supra*), and there is no "compelling reason" for the Court not to exercise it. There is not much else to be clarified in this respect. My conclusion on this point is that it is not at all for the Court to act "discretionally"; the Court has to perform its advisory function, and ought to deliver, as it has just done, the requested Advisory Opinion, thus fulfilling faithfully its duties as the principal judicial organ of the United Nations. In turn, the Court should have, to my understanding, devoted much more attention than it has done, in the present Advisory Opinion, to the factual context — in particular the factual background — of the matter at issue.

III. THE FACTUAL BACKGROUND AND CONTEXT OF THE QUESTION PUT TO THE COURT

35. In the present Advisory Opinion on *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, the Court pursued a minimalist approach to the factual background of the question put to it by the General Assembly, concentrating its attention on Kosovo's declaration of independence of 17 February 2008, and making abstraction of its *causes*, lying in the tragic succession of facts of the prolonged and *grave humanitarian crisis of Kosovo*, which culminated in the adoption of Security Council resolution 1244 (1999). As a Member of the Court, I feel obliged to examine that factual background in the present separate opinion, given the fact that the Court appears not to have found it necessary to do so, namely, to consider carefully Kosovo's *grave humanitarian crisis*. This issue, to which I attach great relevance, was, after all, brought repeatedly to the attention of the Court, in the course of the present advisory proceedings, by several participants, in both the written and oral phases. Perhaps the Court, like humankind, "cannot bear very much reality"³⁶.

³⁶ To paraphrase Thomas Becket's soliloquy in *Canterbury*, his premonition in face of

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

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

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

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

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

36. In addressing, accordingly, the factual background and the context of the issue submitted by the General Assembly's request to the Court for the present Advisory Opinion, may I draw attention to the fact that, on previous occasions, somewhat distinctly, the ICJ deemed it fit to dwell carefully on the *whole range of facts* which led to the issues brought to its cognizance for the purpose of the requested advisory opinions. Thus, in its *célèbre* Advisory Opinion of 1971 on the *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, the ICJ stated that:

“It is undisputed, and is amply supported by documents annexed to South Africa's written statement in these proceedings, that the official governmental policy pursued by South Africa in Namibia is to achieve a complete physical separation of races and ethnic groups in separate areas within the Territory. The application of this policy has required, as has been conceded by South Africa, restrictive measures of control officially adopted and enforced in the Territory by the coercive power of the former Mandatory. These measures establish limitations, exclusions or restrictions for the members of the indigenous population groups in respect of their participation in certain types of activities, fields of study or of training, labour or employment and also submit them to restrictions or exclusions of residence and movement in large parts of the Territory.

Under the Charter of the United Nations, the former Mandatory has pledged itself to observe and respect, in a territory having an international status, human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race. To establish instead, and to enforce, distinctions, exclusions, restrictions and limitations exclusively based on grounds of race, colour, descent or national or ethnic origin which constitute a denial of fundamental human rights is a flagrant violation of the purposes and principles of the Charter.” (*I.C.J. Reports 1971*, p. 57, paras. 130-131.)

37. Likewise, in its Advisory Opinion of 1975 on the *Western Sahara*, the ICJ examined the matter submitted to its cognizance “in the context of such a territory and such a social and political organization of the population” (*I.C.J. Reports 1975*, p. 42, para. 89), which led it to a detailed factual examination (*ibid.*, pp. 42-49, paras. 90-107). And, once again, in its Advisory Opinion of 2004 on the *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, before

the imminence of his sacrifice; cf. T. S. Eliot, “Murder in the Cathedral” (1935), in *The Complete Poems and Plays 1909-1950*, New York/London, Harcourt Brace & Co., 1980 (reprint), pp. 208-209.

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

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

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

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

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

determining the principles and rules of international law which were of relevance to assess the legality of the measures taken by Israel, the Court described extensively the works that Israel constructed or was planning to construct, basing itself on the report of the Secretary-General. The Advisory Opinion gave ample detail of the effect of those works for the Palestinians (*I.C.J. Reports 2004 (I)*, pp. 168-171, paras. 79-85). And the ICJ added that, for “developments subsequent to the publication” of the report of the Secretary-General, it would refer to complementary information contained in the Written Statement of the United Nations, which was intended by the Secretary-General to supplement his report (*ibid.*, p. 168, para. 79).

38. On another occasion, in its Judgment of 19 December 2005 in the case concerning *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, the ICJ, after a careful analysis of the factual background of the case and the evidence produced before it, considered that

“it has credible evidence sufficient to conclude that the UPDF troops committed acts of killing, torture and other forms of inhuman treatment of the civilian population, destroyed villages and civilian buildings, failed to distinguish between civilian and military targets and to protect the civilian population in fighting with other combatants, incited ethnic conflict and took no steps to put an end to such conflicts, was involved in the training of child soldiers, and did not take measures to ensure respect for human rights and international humanitarian law in the occupied territories.” (*I.C.J. Reports 2005*, p. 241, para. 211.)

In the same 2005 Judgment in the case opposing the Democratic Republic of the Congo to Uganda, the Court added that:

“the actions of the various parties in the complex conflict in the DRC have contributed to the immense suffering faced by the Congolese population. The Court is painfully aware that many atrocities have been committed in the course of the conflict” (*ibid.*, p. 245, para. 221).

39. On yet another occasion, in its Order of 10 July 2002 in the case concerning *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, the ICJ, taking account of the factual context, declared itself “deeply concerned by the deplorable human tragedy, loss of life, and enormous suffering in the east of the Democratic Republic of the Congo resulting from the continued fighting there” (*I.C.J. Reports 2002*, p. 240, para. 54). Likewise, in its Order on Provisional Measures of 2 June 1999 in the cases concerning the *Legality of Use of Force*, the ICJ noted that it was

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

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

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

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

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

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

“deeply concerned with the human tragedy, the loss of life, and the enormous suffering in Kosovo which form the background of the present dispute, and with the continuing loss of life and human suffering in all parts of Yugoslavia”³⁷.

On all the aforementioned occasions, as one could well expect, the ICJ did not hesitate to dwell upon the *factual background* of the cases and matters brought into its cognizance, before pronouncing on them.

40. It looks thus rather odd to me that, in the present Advisory Opinion on *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, the ICJ, after having dedicated — as already pointed out — so much attention to the usual points raised before it, in its practice, on so-called judicial “discretion” — as if apparently attempting to justify the delivery of the present Advisory Opinion — has given only brief and cursory attention to the *factual background* of the question put to it by the General Assembly for the purpose of the present Advisory Opinion. Yet, it is precisely the *humanitarian catastrophe* in Kosovo that led to the adoption of Security Council resolution 1244 (1999), and the subsequent events, that culminated in the declaration of independence of 17 February 2008 by Kosovo’s authorities.

41. I thus consider Kosovo’s *humanitarian catastrophe* as deserving of careful attention on the part of the Court, for the purpose of the present Advisory Opinion. The Court should, in my view, have given explicit attention to the factual background and general context of the request for its Opinion. After all, the *grave humanitarian crisis* in Kosovo remained, throughout the decade 1989-1999, not only a continuing threat to international peace and security — till the adoption of Security Council resolution 1244 (1999) bringing about the United Nations international administration of territory — but also a human tragedy marked by the massive infliction of death, serious injuries of all sorts, and dreadful suffering of the population. The Court should not, in my view, have limited itself, as it did in the present Advisory Opinion, to select only the few reported and instantaneous facts of the circumstances surrounding the declaration of independence by Kosovo’s authorities on 17 February 2008 and shortly afterwards, making abstraction of the factual background which led to the adoption of Security Council resolution 1244 (1999) and, one decade later, of that declaration of independence.

42. In effect, that factual background was to a great extent eluded by the ICJ. In the present Advisory Opinion, it appeared satisfied to con-

³⁷ *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium), Provisional Measures, Order of 2 June 1999, I.C.J. Reports 1999 (I)*, p. 131, para. 16, and corresponding *obiter dicta* in the other *Legality of Use of Force* cases (1999).

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

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

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

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

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

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

centrate on the events of 2008-2009³⁸, and, as to the *grave humanitarian crisis* which preceded and accounted for them, the Court has only briefly and elliptically referred to that crisis in Kosovo, and to the “end to violence and repression”³⁹ in Kosovo, without any further concrete references to the facts which constituted that prolonged humanitarian crisis. The Court did so, notwithstanding the fact that such factual background was brought to its attention, in detail, by several participants (cf. *infra*), in the course of the present advisory proceedings, during both the written and oral phases.

43. Moreover, in my view, neither Security Council resolution 1244 (1999), nor Kosovo’s declaration of independence of 17 February 2008, can be properly considered of making abstractions of their factual background and context. As to their factual background, it may be recalled that, prior to the irruption and aggravation of the crisis of Kosovo (in the late eighties and early nineties), the constitutional structure of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY) encompassed six Republics (the Socialist Republics of Bosnia and Herzegovina, Croatia, Macedonia, Montenegro, Serbia and Slovenia) and two Autonomous Provinces (Kosovo, and Vojvodina, within the Socialist Republic of Serbia). Under the 1974 Constitution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, the Socialist Autonomous Province of Kosovo had a “very high degree of autonomy”; in fact, the “broad powers” granted by the 1974 Constitution of the SFRY resulted in a “*de facto* equality” between the aforementioned Republics and Autonomous Provinces⁴⁰.

44. In 1989, as a result of changes introduced into the Constitution of the Republic of Serbia, Kosovo’s status of Autonomous Province was revoked, which led to much tension and Kosovo’s prompt reaction⁴¹ to seek independence. The humanitarian crisis broke up, and the period following 1990 was marked by systematic discriminatory measures, and successive and serious violations of human rights, perpetrated in the earlier years by Serbian authorities against a large segment of the Kosovo Albanian population. In the late nineties the crisis worsened, with the heinous practice of ethnic cleansing⁴² and grave violations of human rights and international humanitarian law.

45. In the course of the present advisory proceedings (written and oral phases) before this Court, several participants were concerned with char-

³⁸ Sections III and IV of the present Advisory Opinion.

³⁹ Cf. paragraph 58 of the present Advisory Opinion.

⁴⁰ Cf. *inter alia*, R. Muharremi, “Kosovo’s Declaration of Independence: Self-Determination and Sovereignty Revisited”, 33 *Review of Central and East European Law* (2008), pp. 406-407.

⁴¹ In declaring itself, by its Assembly, in July 1990, an independent Republic within Yugoslavia.

⁴² Cf. M. Grmek, M. Gjidara and N. Simac (eds.), *Le nettoyage ethnique (documents historiques sur une idéologie serbe)*, Paris, Fayard/Ed. du Seuil, 2002, pp. 43-353.

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

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

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

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

³⁸ Sections III et IV du présent avis consultatif.

³⁹ Voir le paragraphe 58 du présent avis consultatif.

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

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

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

acterizing the situation of Kosovo as *sui generis*, or otherwise. Underlying this concern is the preoccupation with the creation of a precedent, whatever its outcome might be. One can hardly escape from the acknowledgement that each case is a case, engulfed as it is in its own history. Some cases may possess the same historical features (such as the decolonization cases of the late sixties, seventies and early eighties), thus conforming to a pattern, in the historical development of the *Law of the United Nations*. Others may appear rather unique, also in the framework of the *Law of the United Nations*.

46. Thus, the history of each case is to be kept carefully in mind. And each case has a dynamic of its own. Accordingly, Kosovo's declaration of independence of 2008 cannot, in my view, be examined *in abstracto*, or in isolation, but rather in relation to its *factual background* and its historical context, which explain it. In the same line, the 2008 declaration of independence should be considered as a whole. The humanitarian crisis of Kosovo during the decade of 1989-1999 appeared related to the historical process of the dissolution of the former Yugoslavia. Its *social facts* resisted successive attempts of peaceful settlement, did not abide by time-limits⁴³, nor were restrained by deadlines. The history of each case is not limited to the successive attempts of its peaceful settlement: it also comprises its *causes* and *epiphenomena*, which have likewise to be taken carefully into account.

47. Secondly, the grave humanitarian crisis, as it developed in Kosovo during the nineties, was marked by a prolonged pattern of successive crimes against civilians, by grave violations of international humanitarian law and of international human rights law, and by the emergence of one of the most horrible crimes of our times, that of *ethnic cleansing*. This latter entered the vocabulary of contemporary international law through the prompt reaction of the former United Nations Commission on Human Rights, which, as from August 1992, began to utilize the expression in relation specifically to the tragic conflicts that began to plague the former Yugoslavia. From late 1992 onwards, the expression "ethnic cleansing" was to appear systematically in other United Nations documents, including resolutions of the General Assembly and the Security Council.

48. I well remember the prompt repercussions that the news of those crimes had, a couple of hundreds of kilometres away, in Vienna, in the course of the II World Conference on Human Rights in Vienna, where I was working (in June 1993), in its Drafting Committee. The decision that the World Conference had taken not to single out any situation was promptly abandoned, and reversed, given the horrible news that was

⁴³ Unlike what the Badinter Commission would have liked to make one believe (having attempted in vain to do so). Cf. on this particular point, P. Radan, *The Break-up of Yugoslavia and International Law*, London/New York, Routledge, 2002, pp. 247-253.

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

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

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

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

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

arriving from the former Yugoslavia: it became the general feeling that a United Nations World Conference on Human Rights that would make abstraction of that general situation, would simply lose its *raison d'être*. This explains the adoption of — besides the 1993 Vienna Declaration and Programme of Action, and the Final Report of the Conference — of two resolutions, on Bosnia and Herzegovina and on Angola, respectively, both then plagued by armed conflicts.

49. Thirdly, another element characteristic of the humanitarian crisis in Kosovo was the decision taken by the UN Security Council 1244 (1999), adopted on 10 June 1999, to place Kosovo under a UN transitional international administration — while recognizing Serbia's territorial integrity — pending a final determination of its future status. Ever since, Kosovo has withdrawn from Serbia's "domestic jurisdiction", having become a matter of legitimate international concern. *The Law of the United Nations* was the law that became applicable to its status for the purposes of its international administration. The unique character of the situation in Kosovo was pointed out also by the Special Envoy (Mr. M. Ahtisaari, appointed on 14 November 2005) of the United Nations Secretary-General, in its Report on Kosovo's Future Status: "Kosovo is a unique case that demands a unique solution. It does not create a precedent for other unresolved conflicts."⁴⁴ (Para. 15.)

50. Looking back to the *causes* and *epiphenomena* of Kosovo's humanitarian crisis (which the present Advisory Opinion of the Court just briefly refers to, while avoiding any examination whatsoever of the relevant facts which led to it), the deprivation of Kosovo's autonomy (previously secured by the Constitution of 1974) in 1989, paved the way for the cycle of systematic discrimination, utmost violence and atrocities which victimized large segments of the population of Kosovo, over one decade (1989-1999), leading to the adoption of a series of resolutions by the main political organs of the United Nations, and culminating in the adoption of Security Council resolution 1244 (1999).

51. For the examination of a humanitarian crisis such as that of Kosovo, the endeavours of its friendly settlement are surely relevant⁴⁵, but, in order to move from Security Council resolution 1244 (1999) to address Kosovo's declaration of independence of 17 February 2008, one needs to

⁴⁴ Likewise, the Council of the European Union reiterated, on 18 February 2008, its view that the situation of Kosovo constituted a *sui generis* case. Throughout those years, the general picture in the whole region changed remarkably.

⁴⁵ Efforts and initiatives taken, at distinct stages of the crisis of Kosovo, to arrive at a peace settlement, are of course to be taken into account by the ICJ, together with the causes of the conflict. One may recall, in this connection, as to the endeavours of peace settlement, among others, the negotiations engaged into by the Contact Group (1998-1999), the Accords resulting from the Rambouillet Conference (1999), Security Council resolution 1244 (1999) itself, the Constitutional Framework for Provisional Self-Government of Kosovo (promulgated by the Special Representative of the UN Secretary-General in May 2001 and with implementation completed by the end of 2003), the Troika talks

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

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

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

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

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

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

keep in mind the *causes* of the preceding conflict, which lie in the planned, long-standing and brutal repression of large segments of the population of Kosovo (*infra*). Friendly settlement efforts, in my view, cannot thus be approached in a “technical”, isolated way, detached from the *causes* of the conflict. It is thus important, as already pointed out, to have clearly in mind the whole context and *factual background* of the question put to the ICJ by the General Assembly for the present Advisory Opinion (cf. *infra*).

52. Before proceeding to an examination of that series of resolutions *altogether* (which the ICJ has likewise avoided doing, concentrating specifically on Security Council resolution 1244 (1999)), I deem it necessary to insert the matter into the larger framework of the *Law of the United Nations*. To that end, I shall start by recalling pertinent antecedents linked to the advent of international organizations — which cannot pass unnoticed here — in their growing attention to the needs and aspirations of the “people” or the “population”.

IV. THE ADVENT OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS AND THE GROWING ATTENTION TO THE NEEDS AND ASPIRATIONS OF THE “PEOPLE” OR THE “POPULATION”

53. The advent of international organizations not only heralded the growing expansion of international legal personality (no longer a monopoly of States), but also shifted attention to the importance of fulfilling the needs and aspirations of people. In this sense, international organizations have contributed to a return to the *droit des gens*, in the framework of the new times, and to a revival of its humanist vision, faithful to the teachings of the “founding fathers” of the law of nations (cf. *infra*). That vision marked its presence in past experiments of the mandates system, under the League of Nations, and of the trusteeship system, under the United Nations, as it does today in the United Nations initiatives of international territory administration.

1. League of Nations: The Mandates System

54. The mandates system emerged from human conscience, as a reaction to abuses of the past, and in order to put an end to them: the

(2007) and the Report on Kosovo’s Future Status of the Special Envoy of the UN Secretary-General (2007). For recent accounts of the successive endeavours of peaceful settlement, cf. e.g., H. H. Perritt Jr., *The Road to Independence for Kosovo — A Chronicle of the Ahtisaari Plan*, Cambridge University Press, 2010, pp. 1-278; J. Ker-Lindsay, *Kosovo: The Path to Contested Statehood in the Balkans*, London/New York, I. B. Tauris, 2009, pp. 1-126.

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

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

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

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

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

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

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

annexation of colonies, the policy of acquisition of territory (as an emanation and assertion of State sovereignty) practised by the great powers of the epoch, the acquisition and exploitation of natural resources. All such abusive practices used to occur in flagrant and gross disregard to the already adverse conditions of living, and defencelessness, of the native peoples. The reaction to such abuses found expression in Article 22 of the Covenant of the League of Nations, which shifted attention to the peoples to be assisted and protected.

55. Article 22 (1) and (2) of the Covenant left it clear that, under the emerging mandates system, the mandatory powers were entrusted with the “well-being and development”, and the “tutelage”, of the peoples placed thereunder. State sovereignty was alien to the mandates system: it had no effect on, or application in, its realm. State sovereignty was clearly dissociated from the mandataries, duties and responsibilities towards the mandated peoples, as a “sacred trust of civilization”, to promote the well-being and development of those peoples.

56. A new relationship was thus created in international law, replacing, in the framework of the mandates system, the old and traditional conception of State sovereignty by the governance of peoples, pursuing their own interests, and training them towards autonomy and self-government. In the thoughtful words of Norman Bentwich in 1930 (then Attorney-General of Palestine, one of the mandated territories),

“The mandatory is a protector with a conscience and — what is more — with a keeper of his conscience, required to carry on the government according to definite principles, to check the strong and protect the weak, to make no profit and to secure no privilege.”⁴⁶

57. In securing the well-being and development of the peoples concerned, mandatory powers were required to assure their freedom of conscience and the free exercise of all religions and forms of worship. The dual nature of mandatory powers became evident, ensuing from Article 22 of the Covenant itself: first, and foremost, they had duties vis-à-vis the peoples under guardianship (a personal relationship); and, secondly, they had duties towards the international society (of the epoch) at large, to the League of Nations as supervisor of the mandates system⁴⁷, and, ultimately, to humankind as a whole.

58. Yet, like all juridical instruments, mechanisms and institutions, the mandates system was a product of its time. We all live *within* time. It made clear that it was necessary, from then onwards, furthermore, to

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

⁴⁷ Cf. *ibid.*, pp. 7-9 and 16-20.

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁷ Voir *ibid.*, p. 7-9 et 16-20.

avoid stigmas of the past — source of much debate in those days and thereafter — such as the use of certain terms (like “tutelage”, or even “guardianship” itself), and the attempted classification of degrees of civilization (as in the list of mandates A, B and C). In the following experiment of international organizations, already in the League of Nations era — that of the trusteeship system — attention became focused on self-determination of peoples.

2. *United Nations: The Trusteeship System*

59. In the United Nations international trusteeship system, under Chapters XII and XIII of the Charter, attention remained focused on the *peoples* concerned. There was, in addition, Chapter XI, on non-self-governing territories: thereunder, Article 73 reiterated the notion of “sacred trust”, in the protection of the peoples concerned “against abuses”, and in the progressive development of their “self-government” pursuant to their “aspirations”. As to the trusteeship system itself (Chapter XII), Article 76 listed its basic objectives, namely:

- “(a) to further international peace and security;
- (b) to promote the political, economic, social, and educational advancement of the inhabitants of the trust territories, and their progressive development towards self-government or independence as may be appropriate to the particular circumstances of each territory and its peoples and the freely expressed wishes of the peoples concerned, and as may be provided by the terms of each trusteeship agreement;
- (c) to encourage respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion, and to encourage recognition of the independence of the peoples of the world; and
- (d) to ensure equal treatment in social, economic, and commercial matters for all Members of the United Nations and their nationals, and also equal treatment for the latter in the administration of justice . . .”

60. It ensues from those objectives, from the letter and spirit of their formulation in Article 76 of the UN Charter, that the UN trusteeship system was devised and put into practice, in line with natural law thinking, in order to secure the welfare of the inhabitants of trust territories, and to move towards their self-government or independence⁴⁸. In fostering the social development of the inhabitants of trust territories, the trusteeship system stimulated the consciousness of their rights; furthermore,

⁴⁸ Cf. to this effect, e.g., C. E. Toussaint, *The Trusteeship System of the United Nations*, London, Stevens, 1956, pp. 5, 21, 29, 248, 251 and 253.

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

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

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

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

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

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

it kept in mind the common interests — of present and future generations — of the populations of those territories⁴⁹. Furthermore, it aimed at enabling such populations to achieving the capacity to become independent, in fulfilment of their own aspirations, so as to secure the equality of treatment to everyone⁵⁰.

61. This outlook has projected itself into contemporary UN experiments of international administration of territory. The humanist legacy of past experiments of international organizations to present-day UN initiatives of international administration of territory (cf. *infra*) cannot pass unnoticed here. Former experiments of the League of Nations (the mandates system) and of the United Nations (the trusteeship system, in addition to the regime of non-self-governing territories) were devised, and put into operation, as human conscience awakened to the need to do so, in order to put an end to abuses against human beings, and to prevent the recurrence of abuses of the past.

3. *International Administration of Territory*

62. Territorial administration exercised by international organizations (rather than foreign States) has also historical antecedents: for example, in the League of Nations era, the Free City of Danzig (1920-1939), and the Saar (German Saar Basin, 1920-1935), followed, in the United Nations era, by the UN Council for Namibia (established in 1967), and UN-performed administrative functions in Cambodia (1991-1992). Three decades after the creation of the UN Council for Namibia, contemporary experiments of UN international administration of territory began to pursue likewise a people-centered outlook, in a rather proactive way, to put an end to abuses and to correct mistakes that affected the population⁵¹.

63. The cases of Kosovo and East Timor serve as pertinent illustrations: the roles of UNMIK and UNTAET have been unique, turned as they have been to the aftermath of *intra-State*, rather than inter-State conflicts⁵². As from the nineties, as well known, UN peace operations

⁴⁹ Cf. to this effect, C. V. Lakshmi-Narayan, *Analysis of the Principles and System of International Trusteeship in the Charter* (thesis), Geneva, University of Geneva/IUHEI, 1951, pp. 131, 133, 139-140, 145 and 153.

⁵⁰ Cf. to this effect, Jean Beauté, *Le droit de pétition dans les territoires sous tutelle*, Paris, LGDJ, 1962, pp. 14-15, and cf. pp. 12-13.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

began to engage themselves in post-conflict reconstruction⁵³ and peaceful State-building, as from a people-centered perspective, attentive to the creation and preservation of public participation. This applies even more forcefully in cases (like that of Kosovo) where the population was subjected to successive brutalities, for a prolonged period of time, on the part of the former “sovereign” authorities.

64. Prolonged oppression stresses the pressing need of safeguarding the rights of the inhabitants, and this again brings to the fore the notion of *trusteeship*, this time related to the contemporary experiments of international administration of territory⁵⁴. In the UN World Summit of September 2005, the former UN Trusteeship Council came indeed to the end of its days, replaced as it was by the UN Peacebuilding Commission, but the basic idea of *trusteeship* seems to have survived in the new context⁵⁵. It is thus not surprising to find that, out of a context of utmost violence such as that of Kosovo in the decade of 1989-1999, Security Council resolution 1244 (1999) emerged, followed by the goals of self-government and UN-supervised independence pursued by the victimized population.

4. *The Recurring Concern with the “People” or the “Population”*

65. It is not surprising that, in the times of the experiments of territories under mandate or in that of trust territories, considerable attention was dispensed to “territory”. Yet, the considerable development of international law in our times, assists us, in current-day rethinking of those juridical institutions, to identify an element, in my view, of greater transcendence in those juridical institutions: that of the care with the *conditions of living of the “people” or the “population”*. People and territory — regarded as two of the constitutive elements of statehood (added to the normative system) — go together; yet, when placed in balance, to paraphrase

tration”, in *Kosovo and the International Community — A Legal Assessment* (ed. Ch. Tomuschat), The Hague, Kluwer, 2002, pp. 223, 233, 236 and 239, and cf. p. 242.

⁵³ Cf. B. Boutros-Ghali, *An Agenda for Peace (With the New Supplement)*, 2nd ed., New York, United Nations, 1995, pp. 61-64.

⁵⁴ T. B. Knudsen, “From UNMIK to Self-Determination: The Puzzle of Kosovo’s Future Status”, in *Kosovo between War and Peace — Nationalism, Peacebuilding and International Trusteeship* (eds. T. B. Knudsen and C. B. Laustsen), London, Routledge, 2006, pp. 158-159 and 163-165, and cf. p. 156; and cf. T. B. Knudsen and C. B. Laustsen, “The Politics of International Trusteeship”, in *ibid.*, pp. 10 and 16.

⁵⁵ Cf. to this effect, R. Wilde, *International Territorial Administration — How Trusteeship and the Civilizing Mission Never Went Away*, Oxford University Press, 2008, pp. 321-323, 325, 344-346, 349, 379-380, 382, 384, 386, 399, 415-416, 444 and 459; and cf. also G. Serra, “The International Civil Administration in Kosovo: A Commentary on Some Major Legal Issues”, 18 *Italian Yearbook of International Law* (2008), p. 63.

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

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

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

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

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

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

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

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

a Judge of the Hague Court of the past, “it is for the people to determine the destiny of the territory and not the territory the destiny of the people”⁵⁶.

66. This leads us to consider a key aspect which was insufficiently singled out in the past, despite its great relevance, and which remains, in my view, of considerable importance in the present, namely, the aforementioned *conditions of living of the population*. People and territory go together, but the *emphasis* is shifted from the status of territory to the needs and aspirations of people. It is this element which, in my perception, provides the common denominator, in an inter-temporal dimension, of the experiments of mandates, trust territories and contemporary international administration of territories. Those juridical institutions — each one a product of its time — were conceived and established, ultimately, to address, and respond to, the needs (including protection) and aspirations of *peoples*, of human beings.

V. BASIC CONSIDERATIONS OF HUMANITY IN THE TREATMENT OF PEOPLES UNDER THE LAW OF NATIONS

67. Over the last decades, attempts have thus been made to characterize the role of international organizations in the aforementioned experiments turned to the treatment of the “people” or the “population” (the mandates and trusteeship systems, and the international administration of territory). If a common denominator of such characterization in relation to distinct experiments can be detected, it lies in the basic considerations of humanity which permeates them all. Such considerations go well beyond the classical focus on private law analogies.

1. *Private Law Analogies*

68. In assessing the growing experience of international organizations with experiments of the kind of the mandates system (in the League of Nations era), and the trusteeship system (in the United Nations era), followed by that of the contemporary international administration of territories, there has been an effort, on the part of expert writing, to situate them in the conceptual universe of law and identify therein their origins. To this end, there was a tendency, especially in studies by authors of common law formation, to resort to private law analogies, in particular with regard to the mandates and trusteeship systems.

69. In addressing them, most legal scholars appeared satisfied to identify such private law analogies, without feeling the need to go deeper

⁵⁶ *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, separate opinion of Judge Dillard, p. 122.

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

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

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

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

1. Analogies avec le droit privé

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

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

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

into the *international* legal doctrine of a more distant past⁵⁷. Thus, “mandate” was identified as deriving from the *mandatum*, a consensual contract in Roman law; the beneficiary was a third party. “Trust” and “tutelage” had roots in the *tutela* of Roman law, a sort of guardianship of infants; this disclosed much uniformity in legal systems, as disclosed by the English *trust*, to some extent a descendant of the *fideicommissum* of Roman law (in “fiduciary” relations). In any case, a new relationship was thereby created, in the mandates and trusteeship systems, on the basis of confidence (the “sacred trust”, *infra*) and, ultimately, human conscience.

70. What ultimately began to matter was the well-being and human development of the *population*, of the inhabitants of mandated and trust territories. In the infancy of those experiments under international organizations, it was clearly pointed out by Quincy Wright, for example, that mandates — under the League of Nations mandates system — were thus intended to evade the notion of absolute territorial sovereignty, which became “unsuited” to the international society of the time, and were further intended to give “legal protection” to newly arisen needs, namely, those of “the mandated peoples”, by application of those private law analogies (*supra*); the mandatory, tutor or trustee had “duties rather than rights”⁵⁸.

2. *The Central Position of Peoples in the Origins of the Law of Nations (Droit des Gens)*

71. Yet, however clarifying an analysis of the kind may be (no one would deny it), it would remain incomplete if not accompanied by an examination of the teachings of the so-called “founding fathers” of the law of nations (*le droit des gens*). This latter is remarkable by its essentially humanist outlook — which is the one I have always espoused. Human conscience soon awakened, and reacted to the news of atrocities perpetrated at international level, in the epoch of formation of the *jus gentium* (already detached from its origins in Roman law), the *droit des gens* (*derecho de gentes*). The attention was turned to the victims, the people victimized by the violence and cruelty of power-holders of the time. Peoples assumed a central position in the early days of the emergence of the *droit des gens*.

72. Thus, as early as in the mid-sixteenth century, in his memorable account of the cruel destruction of the *Indias* (1552), Bartolomé de Las Casas, invoking the *recta ratio* and natural law, boldly denounced the

⁵⁷ For a notable exception, going back to the thinking of the Spanish theologians of the sixteenth century (F. de Vitoria and B. de Las Casas), cf. R. N. Chowdhuri, *International Mandates and Trusteeship Systems — A Comparative Study*, The Hague, Nijhoff, 1955, pp. 13, 16-18 and 20-22.

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

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

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

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

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

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

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

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

massacres and the destruction of the villages, of the inhabitants of the *Indias*, perpetrated with impunity by the colonizers⁵⁹. Despite the fact that the victims were totally innocent⁶⁰, not even women and children and elderly persons were spared by the cruelty and violence of those who wanted to dominate them, at the end killing them all; in some regions the whole population was exterminated⁶¹. The violence was characterized by its inhumanity and extreme cruelty; notwithstanding, injustice prevailed⁶². But the reaction of the *droit des gens* emerged therefrom.

3. *The Civitas Maxima Gentium in the Vision of the "Founding Fathers" of the Law of Nations*

73. The ideal of the *civitas maxima gentium* was soon to be cultivated and propounded in the writings of the so-called "founding fathers" of international law, namely, the *célèbres Relecciones Teológicas* (1538-1539), above all the *De Indis — Relectio Prior*, of Francisco de Vitoria; the treatise *De Legibus ac Deo Legislatore* (1612), of Francisco Suárez; the *De Jure Belli ac Pacis* (1625), of Hugo Grotius; the *De Jure Belli* (1598), of Alberico Gentili; the *De Jure Naturae et Gentium* (1672), of Samuel Pufendorf; and the *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum* (1749), of Christian Wolff. At the time of the elaboration and dissemination of the classic works of F. de Vitoria and F. Suárez (*supra*), the *jus gentium* had already freed itself from private law origins (of Roman law) to apply itself universally to all human beings⁶³.

74. As recently recalled, in the conception of the "founding fathers" of the *jus gentium* inspired by the principle of humanity *lato sensu* (which seems somewhat forgotten in our days), the legal order binds everyone (the ones ruled as well as the rulers); the *droit des gens* regulates an international community constituted of human beings socially organized in States and co-extensive with humankind (F. de Vitoria); thus conceived, it is solely law which regulates the relations among members of the universal *societas gentium* (A. Gentili). This latter (*totus orbis*) prevails over the individual will of each State (F. de Vitoria). There is thus a *necessary* law of nations, and the *droit des gens* reveals the unity and universality of humankind (F. Suárez). The *raison d'Etat* has limits, and the State is not an end in itself, but a means to secure the social order

⁵⁹ Fray Bartolomé de Las Casas, *Brevisima Relación de la Destrucción de las Indias* (1552), Barcelona, Ediciones 29, 2004 (reprint), pp. 7, 9, 17, 41, 50 and 72.

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 7-14.

⁶¹ *Ibid.*, pp. 23, 27 and 45. According to his account, some of the victims were burned alive, and those who survived were enslaved; *ibid.*, pp. 31, 45, 73, 87 and 89.

⁶² *Ibid.*, pp. 89-90. Bartolomé de Las Casas asserted that those mass killings and devastation did harm to the Spanish crown itself, to the Kings of Castilla themselves, and were in breach of all rights; *ibid.*, pp. 41-42.

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

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

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

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

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

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

⁶⁰ *Ibid.*, p. 7-14.

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

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

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

pursuant to the right reason, so as to perfect the *societas gentium* which comprises the whole of humankind (H. Grotius). The legislator is subject to the natural law of human reason (S. Pufendorf), and individuals, in their association in the State, ought to promote together the common good (C. Wolff)⁶⁴.

VI. THE CONTEMPORANEITY OF THE “*DROIT DES GENS*”: THE HUMANIST VISION OF THE INTERNATIONAL LEGAL ORDER

75. Since the times of those writings, the world of course has entirely changed, but human aspirations have remained the same. The advent, over the twentieth century, of international organizations (as we came to know them nowadays), has much contributed, in a highly positive way, to put an end to abuses against human beings, and gross violations of human rights and international humanitarian law. The United Nations, in our times, has sought the prevalence of the dictates of the universal juridical conscience, particularly when aiming to secure dignified conditions of living to all peoples, in particular those subjected to oppression.

76. International organizations have contributed to foster an essentially humanist outlook of the earlier experiments of mandates and trusteeship under their supervision — an outlook which is in line with the natural law thinking of the *totus orbis*, or the *civitas maxima gentium*. In that thinking, be it the old *polis*, be it the State, or any other forms of socio-political organization, they were all conceived, and came to exist, for the human person, and not vice-versa. International organizations, created by States, have acquired a life of their own, and been faithful to the observance of the principle of humanity *lato sensu*, bringing this latter well beyond the old and strict inter-State dimension. The early experiments of the mandates and trusteeship systems provide clear historical evidence to that effect.

77. Yet, international legal doctrine, obsessed, throughout the twentieth century, with the ideas of State sovereignty and territorial integrity (which are not here in question) to the exclusion of others, was oblivious of the most precious constitutive element of statehood: human beings, the “population” or the “people”. The study of statehood *per se*, centered on the State itself without further attention to the people, was carried to extremes by the legal profession. In successive decades, attention was focused, in institutions of learning (mainly Faculties of Law in numerous countries), on the so-called “general theory of the State” (*théorie générale de l’Etat*/*teoria general del Estado*/*teoria geral do Estado*/*Allgemeine Staatslehre*/*teoria generale dello Stato*), repeating mechanically and *ad nauseam* certain concepts advanced by authors of times past who had dis-

⁶⁴ Cf. A. A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* note 63, pp. 9-14, and cf. pp. 172, 393 and 408.

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

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

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

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

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

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

tinct concerns in mind. This uncritical attitude led many to believe that the State was the permanent and final repository of human aspirations and human freedom.

*1. The Early Judicial Recognition of Rights
of Human Beings and of Peoples*

78. The consequences of that indifference to the human factor⁶⁵ were devastating. As abuses and atrocities became recurrent, the need began to be felt to turn attention to the conditions of living of the population or the people, to the fulfilment of their needs and aspirations. International juridical conscience took a long time to awake to that. Yet, already in the inter-war period the minorities and mandates systems under the League of Nations were attentive to that. The old Permanent Court of International Justice (PCIJ) gave its own contribution to the rescue of the “population” or the “people”. Some of its relevant *obiter dicta* cannot pass unnoticed here, as, eight decades later, they seem to remain endowed with contemporaneity.

79. Thus, in its Advisory Opinion on the *Greco-Bulgarian “Communities”* (1930), the PCIJ took the occasion to state that a community is

“a group of persons living in a given country or locality, having a race, religion, language and traditions of their own and united by this identity of race, religion, language and traditions in a sentiment of solidarity, with a view to preserving their traditions, maintaining their form of worship, ensuring the instruction and upbringing of their children in accordance with the spirit and traditions of their race and rendering mutual assistance to each other.” (*P. C. I. J.*, *Series B*, *No. 17*, p. 21.)

80. Half a decade later, the PCIJ, in its Advisory Opinion on *Minority Schools in Albania* (1935), warned that “the idea underlying the treaties for the protection of minorities” was to secure “living peaceably” alongside with the population. To that end, “two things were regarded as particularly necessary”, namely:

“The first is to ensure that nationals belonging to racial, religious or linguistic minorities shall be placed in every respect on a footing of perfect equality with the other nationals of the State.

The second is to ensure for the minority elements suitable means for the preservation of their racial peculiarities, their traditions and their national characteristics.

⁶⁵ To paraphrase the title of Graham Greene’s insightful novel.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

These two requirements are indeed closely interlocked, for there would be no true equality between a majority and a minority if the latter were deprived of its own institutions, and were consequently compelled to renounce that which constitutes the very essence of its being as a minority.” (*P.C.I.J., Series A/B, No. 64, p. 17.*)

81. The minorities treaty at issue — the PCIJ added — aimed at “preventing differences of race, language or religion from becoming a ground of inferiority in law or an obstacle in fact to the exercise of the rights in question” (*ibid.*, p. 18). The PCIJ further recalled that, 12 years earlier, in its other Advisory Opinion on *German Settlers in Poland* (1923), it had stated that “There must be equality in fact as well as ostensible legal equality in the sense of discrimination in the words of the law” (*P.C.I.J., Series B, No. 6, p. 24.*)

82. The “principle of identical treatment in law and in fact” was reiterated by the PCIJ in the aforementioned Advisory Opinion on *Minority Schools in Albania* (1935), in the following terms:

“Equality in law precludes discrimination of any kind; whereas equality in fact may involve the necessity of different treatment in order to attain a result which establishes an equilibrium between different situations.

It is easy to imagine cases in which equality of treatment of the majority and of the minority, whose situation and requirements are different, would result in inequality in fact . . . The equality between members of the majority and of the minority must be an effective, genuine equality . . .”⁶⁶ (*P.C.I.J., Series A/B, No. 64, p. 19.*)

83. It is thus significant that, even well before the 1948 Universal Declaration of Human Rights, the fundamental principle of equality and non-discrimination had found judicial recognition. The Universal Declaration placed the principle in a wider dimension, by taking the individual *qua* individual, *qua* human being, irrespective of being a member of a minority, or an inhabitant of a territory under the mandates system (or, later on, under the trusteeship system). Yet, the formulation of the principle in relation to those pioneering experiments under the League of Nations (the minorities and mandates systems, this latter followed by the trusteeship system under the United Nations), contributed to giving universal expression to equality and non-discrimination. Yet, the principle of equality and non-discrimination was already engraved in human conscience.

84. The Universal Declaration of Human Rights proclaimed it in emphatic terms. Its preamble began by stating that “recognition of the

⁶⁶ The PCIJ added that “the idea embodied in the expression ‘equal right’ is that the right thus conferred on the members of the minority cannot in any case be inferior to the corresponding right of other Albanian nationals” (*P.C.I.J., Series A/B, No. 64, p. 20.*)

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

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

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

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

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

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

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

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

inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world” (para. 1). It then recalled that “disregard and contempt for human rights have resulted in barbarous acts which have outraged the conscience of mankind” (para. 2). And it further warned, still in its preamble, that “it is essential, if man is not to be compelled to have recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression, that human rights should be protected by the rule of law” (para. 3). The Universal Declaration then proclaimed, in its Article 1, that “All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood.”

85. Already in the early years of the United Nations era, the International Court of Justice, in its Advisory Opinion on the *International Status of South-West Africa* (1950), saw fit to ponder that Article 80 (1) of the UN Charter purported

“to safeguard, not only the rights of States, but also the rights of the peoples of mandated territories until Trusteeship Agreements are concluded. The purpose must have been to provide a real protection for those rights; but no such rights of the peoples could be effectively safeguarded without international supervision and a duty to render reports to a supervisory organ.” (*I.C.J. Reports 1950*, pp. 136-137.)

Thus, as acknowledged by the ICJ, “the necessity for supervision continues to exist despite the disappearance of the supervisory organ under the mandates system” (*ibid.*, p. 136). The “international function of administration” (of mandated territories) aimed at “promoting the well-being and development of the inhabitants”⁶⁷.

86. The ICJ saw fit to recall that the mandates system had been created

“in the interest of the inhabitants of the territory, and of humanity in general, as an international institution with an international object — a sacred trust of civilization. It is therefore not possible to draw any conclusion by analogy from the notions of mandate in national law or from any other legal conception of that law.” (*Ibid.*, p. 132.)

Furthermore, in the view of the ICJ, the rights of States *and peoples* did not lapse automatically on the dissolution of the League of Nations; on the contrary, they were safeguarded “under all circumstances and in all respects, until each territory should be placed under the trusteeship system” (*ibid.*, p. 134).

⁶⁷ This being the “sacred trust of civilization” referred to in Article 22 of the Covenant of the League of Nations (*I.C.J. Reports 1950*, p. 133).

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

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

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

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

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

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

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

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

87. The ICJ stressed “the general obligation to promote to the utmost the material and moral well-being and the social progress of the inhabitants”, and this assumed “particular obligations” in relation to abuses of the past⁶⁸. The ICJ sought to secure the continuity of those obligations. Thus, in the same Advisory Opinion on the *International Status of South-West Africa* (1950), it recalled that the Assembly of the League of Nations, in its resolution of 18 April 1946, reckoned that Chapters XI, XII and XIII of the Charter of the United Nations embodied principles corresponding to those declared in Article 22 of the Covenant, in a clear indication that “the supervisory functions exercised by the League would be taken over by the United Nations”. The competence of the UN General Assembly to exercise such supervision derived from Article 10 of the Charter, which authorized it “to discuss any questions or any matters within the scope of the Charter and to make recommendations on these questions or matters to the members of the United Nations”. The UN General Assembly, early in its life, began to exercise that competence, and the ICJ found, in that Advisory Opinion of 1950, that the General Assembly was “legally qualified” to do so (*I.C.J. Reports 1950*, p. 137).

2. *The Humanist Legacy of Past Experiments to United Nations International Administration of Territory*

88. Each juridical institution is the product of its time. Social facts tend to come before the norms, and these latter emerge from legal principles, in order to regulate new forms of inter-individual and social relations. Juridical institutions constitute responses to social needs of their times, including protection. The institutions of mandates (under the League of Nations), of trusteeship (under the United Nations until 2005) and of international administration of territory (by the United Nations, of the kind which evolved in the nineties), are no exception to that.

89. Although the experiences of the mandates and the trusteeship systems belong to the past, this does not mean that lessons cannot be extracted therefrom, for the consideration of new juridical institutions, operating nowadays also in response to social needs, including protection. This amounts to rethinking the juridical institutions of the past, to identify their legacy, their relevance to new social needs. In my own per-

⁶⁸ Such as “slave trade, forced labour, traffic in arms and ammunition, intoxicating spirits and beverages, military training and establishments, as well as obligations relating to freedom of conscience and free exercise of worship”; such obligations represented “the very essence of the sacred trust of civilization” (*I.C.J. Reports 1950*, p. 133).

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

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

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

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

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

ception, in at least one particular aspect, the experiments of the mandates and the trusteeship systems were ahead of their times: that of the access of the inhabitants concerned (of mandated and trust territories) to justice at international level.

90. As attention gradually began to turn to the “population” or the “people” (with the awakening to the human conscience as to their needs of protection), pioneering experiments were devised and placed in operation: in the era of the League of Nations, the minorities and mandates systems, placed under its supervision, and, later on, in the era of the United Nations, the trusteeship system. There can hardly be any doubt that the experiments of mandates (in addition to the minorities system), and of trust territories, were aimed at the fulfilment of the needs, and at the empowerment, of the inhabitants of the territories at issue, so as to put an end to abuses of the past. The inhabitants of mandate and trust territories were, furthermore, endowed with the right of international individual petition⁶⁹ (to the Permanent Mandates Commission, to the Minorities Committees, and to the Trusteeship Council, respectively) — heralding the advent of the access of individuals to international legal proceedings in order to vindicate their own rights, emanating directly from the *droit des gens*, from the law of nations itself.

91. If we go through the bulk of expert writing on the mandates and the trusteeship systems, especially those that were familiar with the operation of those systems, we detect: (a) analogies of private law wherefrom inspiration was drawn for the establishment of those juridical institutions; (b) devising of mechanisms of supervision (of territories and mandates and in the trusteeship system), also at international level (recourse to the former Permanent Mandates Commission and the former Trusteeship Council); (c) interactions between the domestic and international legal orders; (d) classification of units (mandates and trust territories); (e) *modus operandi* of the respective systems.

92. A rethinking of those experiments of mandates and trust territories does not need to go over such aspects, overworked in the past; it is here rather intended to focus on the lessons left for the present and the future. This implies consideration of their *causes*, of what originated those institutions, as well as of their *purposes*, of the goals they purported to attain. Much of the energy — not all of it — spent in devising them was condi-

⁶⁹ Just like the members of minorities, in the minorities system under the League of Nations. The procedures varied from one system to the other; on the right of international individual petition in those pioneering experiments, cf., e.g., C. A. Norgaard, *The Position of the Individual in International Law*, Copenhagen, Munksgaard, 1962, pp. 109-138; A. A. Cañado Trindade, “Exhaustion of Local Remedies in International Law Experiments Granting Procedural Status to Individuals in the First Half of the Twentieth Century”, 24 *Netherlands International Law Review* (1977), pp. 373-392; A. A. Cañado Trindade, “Exhaustion of Local Remedies in the Experiment of the United Nations Trusteeship System”, 61 *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques* — Geneva (1983), pp. 49-66.

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

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

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

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

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

tioned, perhaps ineluctably, by prevailing notions of their times. Yet, they left a precious lesson for succeeding generations, that cannot be overlooked nowadays.

93. The juridical institutions of mandates, trusteeship and international administration of territories emerged, in succession, from the juridical conscience, to extend protection to those “*peoples*” or “*populations*” who stood — and stand — in need of it, in modern and contemporary history. The respective “territorial” arrangements were the *means* devised in order to achieve that *end*, of protection of “populations” or “peoples”. It was not mandates for mandates’ sake, it was not trusteeship for trusteeship’s sake, and it is not international administration of territory for administration’s sake.

94. If we turn to the *causes*, as we ought to, we identify their common purpose: to safeguard the “peoples” or “populations” concerned (irrespective of race, ethnic origin, religious affiliation, or any other trait) from exploitation, abuses and cruelty, and to enable them to be masters of their own destiny in a temporal dimension. In such domain of protection, law is ineluctably *finaliste*. Those experiments were inspired by the fundamental *principle of humanity* (cf. paras. 196-211, *infra*), and purported to safeguard the dignity of the human person. Thus, Article 22 of the Covenant of the League of Nations, on the mandates system, enunciated “the principle that the well-being and development” of the “peoples” at issue, under “tutelage”, formed “a sacred trust of civilization”⁷⁰. The mandates system, it added, was to ensure “freedom of conscience and religion”, and to establish the prohibition of abuses of the past⁷¹.

95. On its part, Article 73 of the United Nations Charter, concerning non-self-governing territories, determined that

“Members of the United Nations which have or assume responsibilities for the administration of territories whose peoples have not yet attained a full measure of self-government recognize the principle that the interests of the inhabitants of these territories are paramount, and accept as a sacred trust the obligation to promote to the utmost, within the system of international peace and security established by the present Charter, the well-being of the inhabitants of these territories, and, to this end:

- (a) to ensure, with due respect for the culture of the peoples concerned, their political, economic, social, and educational advancement, their just treatment, and their protection against abuses;
- (b) to develop self-government, to take due account of the political

⁷⁰ It added — in a categorization that did not pass without criticism — that “the character of the mandate” (i.e., mandates A, B or C) “must differ according to the stage of development of the people, the geographical situation of the territory, its economic conditions and other similar circumstances”.

⁷¹ Such as, for example, “the slave trade, the arms traffic and the liquor traffic”.

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

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

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

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

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

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

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

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

aspirations of the peoples, and to assist them in the progressive development of their free political institutions, according to the particular circumstances of each territory and its peoples and their varying stages of advancement;

- (c) to further international peace and security;
- (d) to promote constructive measures of development, to encourage research, and to co-operate with one another and, when and where appropriate, with specialized international bodies with a view to the practical achievement of the social, economic, and scientific purposes set forth in this Article; and
- (e) to transmit regularly to the Secretary-General for information purposes, subject to such limitations as security and constitutional considerations may require, statistical and other information of a technical nature relating to economic, social, and educational conditions in the territories for which they are respectively responsible other than those territories to which Chapters XII and XIII apply.”

96. The lessons accumulated, by those who witnessed or survived the successive massacres and atrocities of the last hundred years, and those who study and think seriously about them today, cannot but lead to this humanist acknowledgement: in the roots of those juridical institutions (mandates, trusteeship, international administration of territories) we detect the belated consciousness of the *duty of care for the humankind*. This is, after all, in my own perception, their most invaluable common denominator.

VII. THE CONCERN OF THE UNITED NATIONS ORGANIZATION AS A WHOLE WITH THE HUMANITARIAN TRAGEDY IN KOSOVO

97. In the light of the previous considerations, we may now turn to the expressions of the United Nations Organization *as a whole* regarding the humanitarian tragedy in Kosovo that victimized its population for one decade (1989-1999). Not only the Security Council, but also the General Assembly, ECOSOC and the Secretary-General expressed, on successive occasions, their grave concern with that humanitarian crisis. It had become, in fact, a matter of legitimate concern for the international community as a whole, in the framework of the United Nations Charter, as we shall see now.

1. The Security Council's Reiterated Expressions of Grave Concern with the Humanitarian Tragedy in Kosovo

98. By the turn of the century, in the period extending from March 1998 to September 2001, the Security Council expressed its concern with the grave humanitarian crisis in Kosovo. In its resolution 1160 (of

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

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

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

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

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

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

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

31 March 1998), the Security Council condemned both “the use of excessive force by Serbian police forces against civilians and peaceful demonstrators in Kosovo” and “all acts of terrorism by the Kosovo Liberation Army”⁷². A few months later, in resolution 1199 (of 23 September 1998), the Security Council expressed its grave concern at the “rapid deterioration” of the “humanitarian situation in Kosovo”⁷³, with the “increasing violation of human rights and of international humanitarian law”⁷⁴. In particular, resolution 1199 (1998) expressed its grave concern at

“the recent intense fighting in Kosovo and in particular the excessive and indiscriminate use of force by Serbian security forces and the Yugoslav Army which have resulted in numerous civilian casualties and, according to the estimate of the Secretary-General, the displacement of over 230,000 persons from their homes”⁷⁵.

99. In the same resolution 1199 (1998), the Security Council expressed its deep concern with the “flow of refugees” and the “increasing numbers of displaced persons”, up to “50,000 of whom . . . without shelter and other basic necessities”⁷⁶. It then warned against the “impending humanitarian catastrophe”⁷⁷ in Kosovo, and asserted

“the right of all refugees and displaced persons to return to their homes in safety, and . . . the responsibility of the Federal Republic of Yugoslavia for creating the conditions which allow them to do so”⁷⁸.

The Security Council then demanded, still in Resolution 1199 (1998), the unimpeded and safe return of refugees and displaced persons to their homes, and “humanitarian assistance to them”⁷⁹, so as “to improve the humanitarian situation and to avert the impending humanitarian catastrophe”⁸⁰; it also acknowledged the need “to bring to justice those members of the security forces who have been involved in the mistreatment of civilians”⁸¹, through full co-operation with the Prosecutor of the International Tribunal for the former Yugoslavia “in the investigation of possible violations” within its jurisdiction⁸². Resolution 1199 further asserted the support for a peaceful resolution of the Kosovo crisis, inclu-

⁷² Preamble, para. 3.

⁷³ Preamble, paras. 10 and 14.

⁷⁴ Preamble, para. 11.

⁷⁵ Preamble, para. 6.

⁷⁶ Preamble, para. 7.

⁷⁷ Preamble, para. 10, and operative part, para. 1.

⁷⁸ Preamble, para. 8.

⁷⁹ Operative part, paras. 5 (c) and (e), and 12.

⁸⁰ Operative part, para. 2.

⁸¹ Operative part, para. 14.

⁸² Operative part, para. 13.

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

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

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

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

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

⁷² Troisième alinéa du préambule.

⁷³ Dixième et quatorzième alinéas du préambule.

⁷⁴ Onzième alinéa du préambule.

⁷⁵ Sixième alinéa du préambule.

⁷⁶ Septième alinéa du préambule.

⁷⁷ Dixième alinéa du préambule et paragraphe 1 du dispositif.

⁷⁸ Huitième alinéa du préambule.

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

⁸⁰ Paragraphe 2 du dispositif.

⁸¹ Paragraphe 14 du dispositif.

⁸² Paragraphe 13 du dispositif.

ding “an enhanced status for Kosovo, a substantially greater degree of autonomy, and meaningful self-administration”⁸³.

100. One month later, the Security Council adopted resolution 1203 (of 24 October 1998), whereby it reiterated this last objective in the same terms⁸⁴, as well as its deep “alarm” and concern with the continuation of the “grave humanitarian situation throughout Kosovo” and the pressing need to prevent “the impending humanitarian catastrophe”⁸⁵, which constituted “a continuing threat to peace and security in the region”⁸⁶. Resolution 1203 (1998) further reiterated its demand to the authorities of the Federal Republic of Yugoslavia to secure the safe return to their homes of all refugees and displaced persons, in the exercise of their own right of freedom of movement⁸⁷ — so as “to avert the impending humanitarian catastrophe”⁸⁸. Resolution 1203 called at last for “prompt and complete investigation” of “all atrocities committed against civilians”, in “full co-operation with the International Tribunal for the former Yugoslavia”⁸⁹.

101. Seven months later, the Security Council adopted resolution 1239 (of 14 May 1999), reiterating its “grave concern” at the humanitarian catastrophe in and around Kosovo”, given the “enormous influx of Kosovo refugees” and the “increasing numbers of displaced persons within Kosovo”⁹⁰, calling for the effective co-ordination of “international humanitarian relief”⁹¹. After reaffirming “the right of all refugees and displaced persons to return to their homes in safety and in dignity”⁹², Resolution 1239 (1999) warned with emphasis that “the humanitarian situation will continue to deteriorate” in the absence of a proper “political solution” to the crisis⁹³.

102. The next step taken by the Security Council, shortly afterwards, was the adoption of its significant Resolution 1244 (of 10 June 1999), commented on *supra/infra*. Subsequently, the Security Council adopted resolution 1367 (2001), wherein it took note, in relation to Kosovo, of the situation concerning security in the borders, and stressed the “continuing

⁸³ Preamble, para. 12.

⁸⁴ Preamble, para. 8.

⁸⁵ Preamble, para. 11.

⁸⁶ Preamble, para. 15.

⁸⁷ Operative part, paras. 12 and 9, and cf. para. 13.

⁸⁸ Operative part, para. 11.

⁸⁹ Operative part, para. 14.

⁹⁰ Preamble, paras. 3-4.

⁹¹ Preamble, para. 5, and operative part, paras. 1-2.

⁹² Operative part, para. 4.

⁹³ Operative part, para. 5.

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

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

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

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

⁸³ Douzième alinéa du préambule.

⁸⁴ Huitième alinéa du préambule.

⁸⁵ Onzième alinéa du préambule.

⁸⁶ Quinzième alinéa du préambule.

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

⁸⁸ Paragraphe 11 du dispositif.

⁸⁹ Paragraphe 14 du dispositif.

⁹⁰ Troisième et quatrième alinéas du préambule.

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

⁹² Paragraphe 4 du dispositif.

⁹³ Paragraphe 5 du dispositif.

authority” of the UN Secretary-General’s Special Representative “to restrict and strictly control the flow of arms into, within and out of Kosovo, pursuant to resolution 1244 (1999)”⁹⁴.

2. *The General Assembly’s Reiterated Expressions of Grave Concern with the Humanitarian Tragedy in Kosovo*

103. Earlier than the Security Council, as from 1994, the General Assembly began to express its concern with the grave humanitarian crisis in Kosovo. In its resolution 49/204 (of 23 December 1994) — the first of a series on the “Situation of Human Rights in Kosovo”, the General Assembly acknowledged the “continuing deterioration” of the human rights situation in Kosovo, with “various discriminatory measures taken in the legislative, administrative and judicial areas, acts of violence and arbitrary arrests perpetrated against ethnic Albanians in Kosovo”, including:

- “(a) police brutality against ethnic Albanians, the killing of ethnic Albanians resulting from such violence, arbitrary searches, seizures and arrests, forced evictions, torture and ill-treatment of detainees and discrimination in the administration of justice;
- (b) discriminatory and arbitrary dismissals of ethnic Albanian civil servants, notably from the ranks of the police and the judiciary, mass dismissals of ethnic Albanians, confiscation and expropriation of their properties, discrimination against Albanian pupils and teachers, the closing of Albanian-language secondary schools and university, as well as the closing of all Albanian cultural and scientific institutions;
- (c) the harassment and persecution of political parties and associations of ethnic Albanians and their leaders and activities, maltreating and imprisoning them;
- (d) the intimidation and imprisonment of ethnic Albanian journalists and the systematic harassment and disruption of the news media in the Albanian language;
- (e) the dismissals from clinics and hospitals of doctors and members of other categories of the medical profession of Albanian origin;

⁹⁴ Preamble, para. 4.

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

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

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

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

⁹⁴ Quatrième alinéa du préambule.

- (f) the elimination in practice of the Albanian language, particularly in public administration and services;
- (g) the serious and massive occurrence of discriminatory and repressive practices aimed at Albanians in Kosovo, as a whole, resulting in widespread involuntary migration”⁹⁵.

104. The General Assembly then strongly condemned, in the same resolution 49/204, these “measures and practices of discrimination” and “large-scale repression” of the “defenceless ethnic Albanian population”, and the discrimination against ethnic Albanians “in the administrative and judiciary branches of government, education, health care and employment, aimed at forcing ethnic Albanians to leave”⁹⁶.

It then demanded from the authorities of the former Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) to bring to an “immediate end” all those human rights violations (including torture and other cruel, inhuman or degrading treatment; arbitrary searches and detention; denial of a fair trial; among others)⁹⁷. It further encouraged the UN Secretary-General to pursue his “humanitarian efforts” in the region, *in liaison* with, *inter alia*, the UNHCR and UNICEF,

“with a view to taking urgent practical steps to tackle the critical needs of the people in Kosovo, especially of the most vulnerable groups affected by the conflict, and to assist in the voluntary return of displaced persons to their homes”⁹⁸.

105. One year later, the General Assembly adopted resolution 50/190 (of 22 December 1995), acknowledging the same acts of discrimination and violence⁹⁹, and reiterated — in a longer text — its concerns with the human rights violations in Kosovo¹⁰⁰. It “urgently” demanded that the authorities of the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro):

- “(a) Take all necessary measures to bring to an immediate end all human rights violations against ethnic Albanians in Kosovo, including, in particular, the discriminatory measures and practices, arbitrary searches and detention, the violation of the right to a fair trial and the practice of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment, and to revoke all discrimi-

⁹⁵ Preamble, para. 4.

⁹⁶ Operative part, paras. 1-2.

⁹⁷ Operative part, para. 3.

⁹⁸ Operative part, para. 5.

⁹⁹ Preamble, para. 5.

¹⁰⁰ Preamble, paras. 6 and 8, and operative part, paras. 1-2.

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

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

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

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

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

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

⁹⁵ Quatrième alinéa du préambule.

⁹⁶ Paragraphes 1 et 2 du dispositif.

⁹⁷ Paragraphe 3 du dispositif.

⁹⁸ Paragraphe 5 du dispositif.

⁹⁹ Cinquième alinéa du préambule.

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

natory legislation, in particular that which has entered into force since 1989;

- (b) Release all political prisoners and cease the persecution of political leaders and members of local human rights organizations;
- (c) Allow the establishment of genuine democratic institutions in Kosovo, including the parliament and the judiciary, and respect the will of its inhabitants as the best means of preventing the escalation of the conflict there;
- (d) Abrogate the official settlement policy as far as it is conducive to the heightening of ethnic tensions in Kosovo;
- (e) Reopen the cultural and scientific institutions of the ethnic Albanians;
- (f) Pursue dialogue with the representatives of ethnic Albanians in Kosovo, including under the auspices of the International Conference on the Former Yugoslavia”¹⁰¹.

And, once again, the General Assembly encouraged the UN Secretary-General to pursue his “humanitarian efforts” in the region, together with, *inter alia*, the UNHCR and UNICEF, “to tackle the critical needs of the people in Kosovo, especially of the most vulnerable groups affected by the conflict”, as well as “to assist in the voluntary return of displaced persons to their homes”¹⁰².

106. The “continuing grave human rights situation in Kosovo” was again the object of concern by the General Assembly, in its resolution 51/111 (of 12 December 1996)¹⁰³, whereby the Assembly condemned “all violations of human rights in Kosovo, in particular repression of the ethnic Albanian population and discrimination against them, as well as all acts of violence in Kosovo”¹⁰⁴. It reiterated the aforementioned demands to the authorities of the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro)¹⁰⁵, and it again (paras. 6-7) encouraged the UN Secretary-General to pursue his humanitarian endeavours with the appropriate humanitarian entities (such as UNHCR and UNICEF)

“to tackle the critical needs of the people of Kosovo, especially of the most vulnerable groups affected by the conflict, and to assist in the voluntary return of displaced persons to their homes in conditions of safety and dignity”¹⁰⁶.

¹⁰¹ Operative part, para. 3.

¹⁰² Operative part, para. 5.

¹⁰³ Preamble, para. 2.

¹⁰⁴ Operative part, para. 1.

¹⁰⁵ Operative part, para. 2.

¹⁰⁶ Operative part, para. 6.

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

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

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

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

¹⁰¹ Paragraphe 3 du dispositif.

¹⁰² Paragraphe 5 du dispositif.

¹⁰³ Deuxième alinéa du préambule.

¹⁰⁴ Paragraphe 1 du dispositif.

¹⁰⁵ Paragraphe 2 du dispositif.

¹⁰⁶ Paragraphe 6 du dispositif.

Moreover, resolution 51/111 called for compliance with the “principles of non-discrimination, equal protection before the law and the reduction and avoidance of statelessness”¹⁰⁷.

107. One year afterwards, the General Assembly, in resolution 52/139 (of 12 December 1997), noted with concern “the use of force by Serbian police against peaceful Albanian student protesters of Kosovo on 1 October 1997”¹⁰⁸, and further expressed “deep concern” about “all violations of human rights and fundamental freedoms in Kosovo, in particular the repression of the ethnic Albanian population and discrimination against it, as well as acts of violence in Kosovo”¹⁰⁹. Accordingly, the General Assembly called upon the authorities of the Federal Republic of Yugoslavia:

- “(a) to take all necessary measures to bring an immediate end to all human rights violations against ethnic Albanians in Kosovo, including, in particular, discriminatory measures and practices, arbitrary searches and detention, the violation of the right to a fair trial and the practice of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment, and to revoke all discriminatory legislation, in particular that which has entered into force since 1989;
- (b) to release all political prisoners and to cease the persecution of political leaders and members of local human rights organizations;
- (c) to allow the return in safety and dignity of Albanian refugees from Kosovo to their homes;
- (d) to allow the establishment of genuine democratic institutions in Kosovo, including the parliament and the judiciary, and to respect the will of its inhabitants as the best means of preventing the escalation of the conflict there;
- (e) to allow the reopening of the educational, cultural and scientific institutions of the ethnic Albanians”¹¹⁰.

Resolution 52/139 at last reiterated the same words of encouragement to the UN Secretary-General¹¹¹ as previously done in earlier resolutions of the General Assembly on the situation of human rights in Kosovo (cf. *supra*).

108. In the following year, the General Assembly adopted an extensive resolution on the situation of human rights in Kosovo; by means of resolution 53/164 (of 9 December 1998), the General Assembly focused

¹⁰⁷ Operative part, para. 7.

¹⁰⁸ Preamble, para. 4.

¹⁰⁹ Operative part, para. 1.

¹¹⁰ Operative part, para. 2.

¹¹¹ Operative part, para. 7.

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

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

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

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

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

¹⁰⁷ Paragraphe 7 du dispositif.

¹⁰⁸ Quatrième alinéa du préambule.

¹⁰⁹ Paragraphe 1 du dispositif.

¹¹⁰ Paragraphe 2 du dispositif.

¹¹¹ Paragraphe 7 du dispositif.

on “the regional dimensions of the crisis in Kosovo”, and its “persistent and grave violations and abuse of human rights and humanitarian law in Kosovo”¹¹². The General Assembly expressed its “grave” concern with

“the systematic terrorization of ethnic Albanians, as demonstrated in the many reports, *inter alia*, of torture of ethnic Albanians, through indiscriminate and widespread shelling, mass forced displacement of civilians, summary executions and illegal detention of ethnic Albanian citizens . . . by the police and military”¹¹³.

The General Assembly expressed further its concern with “reports of violence committed by armed ethnic Albanian groups against non-combatants and the illegal detention of individuals, primarily ethnic Serbs, by those groups”¹¹⁴.

109. In its call for respect for human rights and international humanitarian law¹¹⁵, resolution 53/164 condemned “the acts of violence, including kidnappings, by armed ethnic Albanian groups, in particular against non-combatants”¹¹⁶. Furthermore, it “strongly” condemned

“the overwhelming number of human rights violations committed by the authorities of the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro), the police and military authorities in Kosovo, including summary executions, indiscriminate and widespread attacks on civilians, indiscriminate and widespread destruction of property, mass forced displacement of civilians, the taking of civilian hostages, torture and other cruel, inhuman or degrading treatment . . .”¹¹⁷.

110. Next, the General Assembly, by means of resolution 53/241 (of 28 July 1999), turned its attention to the financing of the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (UNMIK). The following resolution of the General Assembly on the matter — resolution 54/183 (of 17 December 1999) — again shifted attention to the situation of human rights in Kosovo. It began by recalling “the background of years of repression, intolerance and violence in Kosovo”, and the persisting challenge to build therein “a multi-ethnic society on the basis of substantial autonomy”, as well as the “continuing problems”, the “human rights

¹¹² Preamble, paras. 3-4.

¹¹³ Preamble, para. 5.

¹¹⁴ Preamble, para. 6.

¹¹⁵ Operative part, para. 6, and cf. also operative part, paras. 14 (*e*), 17, and 18 (*a*) and (*b*).

¹¹⁶ Operative part, para. 9.

¹¹⁷ Operative part, para. 8.

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

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

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

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

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

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

¹¹² Troisième et quatrième alinéas du préambule.

¹¹³ Cinquième alinéa du préambule.

¹¹⁴ Sixième alinéa du préambule.

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

¹¹⁶ Paragraphe 9 du dispositif.

¹¹⁷ Paragraphe 8 du dispositif.

and humanitarian situation”, and the “regional dimensions of the crisis in Kosovo”¹¹⁸.

111. It then expressed its concern with, and condemned, the persistent and “grave violations of human rights” and of international humanitarian law in Kosovo, affecting ethnic Albanians¹¹⁹. There had been many reported cases, resolution 54/183 added, of

“torture, indiscriminate and widespread shelling, mass forced displacement of civilians, summary executions and illegal detention of ethnic Albanians in Kosovo by the Yugoslav police and military, [as well as] frequent instances of harassment, periodic kidnapping and murder of ethnic Serb, Roma and other minorities of Kosovo by ethnic Albanian extremists”¹²⁰.

112. As a consequence, resolution 54/183 went on, “the entire population of Kosovo has been affected by the conflict”¹²¹. It then warned that all national minorities must benefit from “their full and equal rights”¹²², and further stressed “the urgent need to implement effective measures to stop trafficking in women and children”¹²³. In its operative part, resolution 54/183 called for a solution to the Kosovo crisis on the basis of “general principles”¹²⁴, putting an end to actions leading *de facto* or *de jure* to “ethnic cantonization”¹²⁵. Moreover, it called upon all actors “to refrain from all acts of violence”¹²⁶, and “to facilitate the free and unhindered return to their homes, in safety and with dignity, of all displaced persons and refugees, of whichever ethnic background”¹²⁷.

113. In addition, resolution 54/183 requested humanitarian entities, and the UNHCR and the Office of the UN High Commissioner for Human Rights to continue to take practical steps “to meet the critical needs of the people in Kosovo and to assist in the voluntary return of

¹¹⁸ Preamble, paras. 3-4.

¹¹⁹ Preamble, paras. 5-6.

¹²⁰ Preamble, paras. 6-7.

¹²¹ Preamble, para. 8.

¹²² *Ibid.*

¹²³ Preamble, para. 11.

¹²⁴ Operative part, paras. 1-2.

¹²⁵ Operative part, para. 7.

¹²⁶ Operative part, para. 6.

¹²⁷ Operative part, para. 11.

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

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

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

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

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

¹¹⁸ Troisième et quatrième alinéas du préambule.

¹¹⁹ Cinquième et sixième alinéas du préambule.

¹²⁰ Sixième et septième alinéas du préambule.

¹²¹ Huitième alinéa du préambule.

¹²² *Ibid.*

¹²³ Onzième alinéa du préambule.

¹²⁴ Paragraphes 1 et 2 du dispositif.

¹²⁵ Paragraphe 7 du dispositif.

¹²⁶ Paragraphe 6 du dispositif.

¹²⁷ Paragraphe 11 du dispositif.

displaced persons to their homes in conditions of safety and dignity”¹²⁸. It further urged all parties involved in the Kosovo crisis to support the efforts of UNICEF “to ensure that all children in Kosovo return to school as soon as possible and to contribute to the rebuilding and repair of schools destroyed or damaged during the conflict in Kosovo”¹²⁹.

114. The General Assembly continued to occupy itself with the humanitarian crisis of Kosovo. In the years preceding its request (by means of resolution 63/3, of 8 October 2008) for an advisory opinion of this Court, it adopted a series of 14 resolutions on the financing of UNMIK¹³⁰. And months after its request for an advisory opinion of the ICJ, the General Assembly adopted a new resolution¹³¹, again on the financing of UNMIK. The UN General Assembly has, thus, just like the Security Council, been constantly attentive to the evolving situation of Kosovo in recent years.

3. The Economic and Social Council's Reiterated Expressions of Grave Concern with the Humanitarian Tragedy in Kosovo

115. Not only the Security Council and the General Assembly, but also the Economic and Social Council (ECOSOC) likewise occupied themselves with the situation of human rights in Kosovo, in its more troubling moments. By means of its *decision 1998/272* (of 30 July 1998), ECOSOC approved the requests of the old UN Commission on Human Rights that the Special Rapporteur on the situation of human rights in the former Yugoslavia carry out missions in the Federal Republic of Yugoslavia, including in Kosovo¹³². One year later, in its decision 1999/232 (of 27 July 1999) ECOSOC again approved a request of the former UN Commission on Human Rights that the aforementioned Special Rapporteur conduct missions *inter alia* in Kosovo¹³³; furthermore, ECOSOC endorsed the decision of the Commission on Human Rights to request the Special Rapporteur “to make interim reports as appropriate about his work in support of the Kosovo ini-

¹²⁸ Operative part, para. 14.

¹²⁹ Operative part, para. 21.

¹³⁰ Namely, resolution 54/245 A of 23 December 1999; resolution 54/245 B of 15 June 2000; resolution 55/227 A of 23 December 2000; resolution 55/227 B of 14 June 2001; resolution 56/295 of 27 June 2002; resolution 57/326 of 18 June 2003; resolution 58/305 of 18 June 2004; resolution 59/286 A of 13 April 2005; resolution 59/286 B of 22 June 2005; resolution 60/275 of 30 June 2006; resolution 61/285 of 29 May 2007; and resolution 62/262 of 20 June 2008; resolution 63/295 of 30 June 2009; and resolution 64/827 (general distribution of 18 June 2010, and cf. doc. A/C.5/64/L.47, of 28 May 2010).

¹³¹ Resolution 63/295 of 30 June 2009.

¹³² Item (c) (iii).

¹³³ Item (b) (iii).

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

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

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

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

¹²⁸ Paragraphe 14 du dispositif.

¹²⁹ Paragraphe 21 du dispositif.

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

¹³¹ Résolution 63/295 du 30 juin 2009.

¹³² Alinéa c) iii).

¹³³ Alinéa b) iii).

tiative of the United Nations High Commissioner for Human Rights”¹³⁴.

116. The former UN Commission on Human Rights, which used to report to ECOSOC and the Secretary-General, issued two resolutions in 1994 expressing its grave concern with the humanitarian tragedy in Kosovo. In its resolution 1994/72 (of 9 March 1994), the Commission, “gravely” concerned at the deteriorating human rights situation in Kosovo¹³⁵, strongly condemned in particular

“the measures and practices of discrimination against and the violation of the human rights of the ethnic Albanians of Kosovo, as well as the large scale repression committed by the Serbian authorities”¹³⁶.

The Commission demanded that these authorities “respect the human rights” of ethnic Albanians in Kosovo, and further declared that “the best means to prevent the possible escalation of the conflict” was “to safeguard human rights, restore the autonomy of Kosovo and to establish democratic institutions in Kosovo”¹³⁷.

117. Shortly afterwards, the Commission, recalling an ECOSOC document¹³⁸, in resolution 1994/76 (also of 9 March 1994) again condemned strongly the “discriminatory measures and practices as well as the violations of human rights”, committed by Serbian authorities against ethnic Albanians in Kosovo¹³⁹, and urgently demanded that those authorities

- “(a) Cease all human rights violations, discriminatory measures and practices against ethnic Albanians in Kosovo, in particular arbitrary detention and violation of the right to a fair trial and the practice of torture and other cruel, inhuman and degrading treatment;
- (b) Release all political prisoners and cease all persecution of political leaders and members of local human rights organizations;
- (c) Establish democratic institutions in Kosovo and respect the will of its inhabitants as the best means of preventing the escalation of the conflict there . . .”¹⁴⁰.

¹³⁴ Item (c) (i).

¹³⁵ Operative part, para. 25.

¹³⁶ Operative part, para. 26.

¹³⁷ Operative part, para. 27.

¹³⁸ UN doc. E/CN.4/1994/110, referring to the report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the former Yugoslavia (describing the “continuing deterioration” of that situation in Kosovo).

¹³⁹ Operative part, para. 1.

¹⁴⁰ Operative part, para. 2.

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

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

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

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

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

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

¹³⁴ Alinéa c) i).

¹³⁵ Paragraphe 25 du dispositif.

¹³⁶ Paragraphe 26 du dispositif.

¹³⁷ Paragraphe 27 du dispositif.

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

¹³⁹ Paragraphe 1 du dispositif.

¹⁴⁰ Paragraphe 2 du dispositif.

118. The Commission, again recalling an ECOSOC document¹⁴¹, in its resolution 1995/89 (of 8 March 1995) saw fit to reiterate its deep concern with the ongoing human rights situation in Kosovo, and to repeat its “strong condemnation of “discriminatory measures and practices”¹⁴² and its urgent demands (*supra*) to the Serbian authorities to put an end to them and to human rights violations, and to “respect the will of the inhabitants of Kosovo”¹⁴³. Next, in its resolution 1996/71 (of 23 April 1996), the Commission once again strongly urged the Serbian authorities “to revoke all discriminatory legislation and to apply all other legislation without discrimination, release all political detainees”, and “allow the free return of ethnic Albanian refugees to Kosovo”¹⁴⁴. Furthermore, it urgently demanded Serbian authorities to

“take immediate action to put an end to the repression of and prevent violence against non-Serb populations in Kosovo, including acts of harassment, beatings, torture, warrantless searches, arbitrary detention, unfair trials, arbitrary unjustified evictions and dismissals . . .”¹⁴⁵.

4. *The Secretary-General's Reiterated Expressions of Grave Concern with the Humanitarian Tragedy in Kosovo*

119. Like other main organs of the United Nations (General Assembly, Security Council, ECOSOC — *supra*), the Secretary-General of the United Nations also expressed on distinct occasions his grave concern with the humanitarian tragedy in Kosovo. Thus, in his Report of 12 July 1999 on UNMIK¹⁴⁶, he warned that

“The humanitarian consequences of the conflict on the people of Kosovo have been profound. Out of a population estimated in 1998 to number 1.7 million, almost half (800,000) have sought refuge in neighbouring Albania, the former Yugoslav Republic of Macedonia

¹⁴¹ UN doc. E/CN.4/1995/57, referring to the report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the former Yugoslavia (describing the brutalities and discriminatory measures perpetrated in Kosovo).

¹⁴² Such as mass dismissals of civil servants, discrimination against ethnic Albanians in primary and secondary schools and universities, dismissal of doctors and other members of the medical profession from clinics and hospitals — generating forced migration.

¹⁴³ Operative part, paras. 29-31.

¹⁴⁴ Operative part, para. 25.

¹⁴⁵ Operative part, para. 26.

¹⁴⁶ UN doc. S/1999/779, of 12 July 1999, pp. 1-25.

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

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

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

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

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

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

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

¹⁴³ Paragraphes 29-31 du dispositif.

¹⁴⁴ Paragraphe 25 du dispositif.

¹⁴⁵ Paragraphe 26 du dispositif.

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

and Montenegro during the past year. While estimates vary, up to 500,000 persons may have been internally displaced. Many internally displaced persons (IDPs) are in worse health than the refugees, having spent weeks in hiding without food or shelter. Many refugees and IDPs bear the scars of psychological trauma as well as physical abuse.

As of 8 July 1999, more than 650,000 refugees had returned to Kosovo through a combination of spontaneous and Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR)-assisted movement. This leaves an estimated 150,000 persons in neighbouring regions and countries, 90,000 evacuees in third countries and an unknown number of asylum-seekers. Those who have not returned home will continue to require a high level of assistance in their country of asylum and upon eventual return. Within Kosovo, a still unknown number of individuals remain outside their homes . . .” (Paras. 8-9.)

120. In the same Report, the UN Secretary-General deemed it fit to add, *inter alia*, that

“The adoption of Security Council resolution 1244 (1999) and the deployment of KFOR and UNMIK has marked the end of a tragic chapter in the history of the people of Kosovo. The task before the international community is to help the people of Kosovo to rebuild their lives and heal the wounds of conflict. Reconciliation will be a long and slow process. Patience and persistence will be needed to carry it through.” (Para. 117.)

121. In his following Report of 16 September 1999¹⁴⁷ on UNMIK, the Secretary-General pointed out that “[t]he level and nature of violence in Kosovo, especially against vulnerable minorities, remains a major concern. Measures taken to address this problem are having a positive effect, but continued vigilance is necessary.” (Para. 4.) The Report addressed some of the most pressing measures to be taken:

“Housing surveys have been conducted in more than 90 per cent of the war-affected villages. An estimated 50,000 houses are beyond repair and another 50,000 have sustained damage of up to 50 per cent, but are repairable. One of the most urgent tasks to be completed before winter is the temporary rehabilitation of the 50,000 repairable houses.” (Para. 11.)

122. To that end, UNMIK counted on the assistance of the UNHCR’s emergency rehabilitation programme (para. 11). Another priority area,

¹⁴⁷ UN doc. S/1999/987, of 16 September 1999, pp. 1-12.

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

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

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

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

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

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

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

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

the Secretary-General's Report added, was "targeted assistance for women and children"; to that end, UNMIK counted on the assistance of UNHCR, UNICEF, and international local non-governmental organizations, which were "implementing a series of projects under a 'Kosovo Women's Initiative'" (para. 13). Parallel to those two Reports, early in the same year of 1999, the Secretary-General also saw fit to issue a statement, on 16 January 1999 (the day following the massacre of Raçak), expressing his grave concern as follows:

"I am shocked to learn today of the alleged massacre of some 40 individuals, apparently civilians, in Kosovo . . . I am gravely concerned at this latest development and call for a full investigation by the competent authorities. I appeal once again to all sides in Kosovo to refrain from any action that would further escalate the tragic situation."¹⁴⁸

123. From 1999 onwards, the UN Secretary-General issued periodical and numerous Reports on the evolving work of UNMIK. Early in this decade (2002-2004), his Reports pursued the supervision of the agreed policy of "standards before status"¹⁴⁹. In the following period (2006-2008), before the declaration of independence, the Secretary-General drew the attention of all concerned to the importance of putting an end to violence for the future of Kosovo. Thus, in his Report of 5 June 2006¹⁵⁰, he pondered that

"Implementation of the standards is a measure of the commitment of the political leaders and Provisional Institutions of Kosovo to realizing a society where all people can live in dignity and without fear . . . Real progress in this regard remains an essential factor in determining progress in the political process to determine Kosovo's future status . . .

Reconciliation remains essential for the future of a multi-ethnic Kosovo as well as stability in the region. Although all communities have a role in improving the conditions under which all can live and work together in harmony, the principal responsibility rests with the majority . . .

¹⁴⁸ Cit. in M. Weller, *The Crisis in Kosovo, 1989-1999*, Cambridge, Docs. & Analysis Publ., 1999, p. 320. Two days later (18 January 1999) the UN High Commissioner for Refugees (Ms S. Ogata) also expressed the grave concern of the UNHCR and condemned the atrocities; cf. cit. in *ibid.*, p. 321.

¹⁴⁹ Cf. Secretary-General, Report of 9 October 2002 (UN doc. S/2002/1126), para. 2; Secretary-General, Report of 29 January 2003 (UN doc. S/2003/113), paras. 12 and 61; Secretary-General, Report of 16 January 2004 (UN doc. S/2004/71), para. 2.

¹⁵⁰ UN doc. S/2006/361, of 5 June 2006, pp. 1-9.

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

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

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

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

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

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

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

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

Violence will affect the future status process, and must not be tolerated by any part of the society in Kosovo . . .”¹⁵¹

124. In his following Reports on UNMIK, attention was increasingly turned to the setting up of provisional institutions for democratic and autonomous self-government, i.e., of public institution-building, so as to foster the consolidation of the rule of law in a democratic society¹⁵². In one of those Reports (that of 9 March 2007), the Secretary-General stated:

“After almost eight years of United Nations interim administration, Kosovo and its people need clarity on their future . . . Moving towards a timely conclusion of the Kosovo future status political process and a sustainable solution to the future status of Kosovo should be a priority for the international community as a whole.

Such a solution must entail a Kosovo that is stable and in which all communities can coexist in peace. The use of violence by extremist groups in Kosovo to achieve political objectives cannot be tolerated and should be strongly condemned.”¹⁵³

125. In the following Report (of 29 June 2007), the Secretary-General took note of the Report presented to him by his Special Envoy, containing “his recommendation of independence for Kosovo supervised initially by the international community, and his settlement proposal”¹⁵⁴. In another Report (that of 20 November 2006), the Secretary-General had already called upon “the leaders and people of Kosovo” to remain engaged in the political settlement, and added that

“[i]t remains important for the Kosovo authorities to take the progress achieved still further, and not to lose sight of all the standards that are important to developing more stable and effective institutions and to improving the delivery of services to all people in Kosovo”¹⁵⁵.

126. There is a series of Reports of the Secretary-General covering developments pertaining to UNMIK since Kosovo’s declaration of inde-

¹⁵¹ UN doc. S/2006/361, of 5 June 2009, paras. 24 and 26-27, p. 8.

¹⁵² Cf. Report of 1 September 2006 (UN doc. S/2006/707); Report of 20 November 2006 (UN doc. S/2006/906); Report of 9 March 2007 (UN doc. S/2007/134); Report of 29 June 2007 (UN doc. S/2007/395); Report of 28 September 2007 (UN doc. S/2007/582); Report of 3 January 2008 (UN doc. S/2007/768).

¹⁵³ UN doc. S/2007/134, of 9 March 2007, paras. 24-25, p. 7.

¹⁵⁴ UN doc. S/2007/395, of 29 June 2007, para. 2, p. 1, and documents referred to therein.

¹⁵⁵ UN doc. S/2006/906, of 20 November 2006, para. 24, p. 7.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

pendence of 17 February 2008¹⁵⁶. Shortly after the adoption of the declaration of independence by the Assembly of Kosovo on that same day, the UN Secretary-General, in his Report of 28 March 2008, took note of the declaration (para. 3) and added that UNMIK continued “to operate on the understanding that resolution 1244 (1999) remains in force” (para. 29), but at the same time conceded that

“Kosovo’s declaration of independence has had a profound impact on the situation in Kosovo. The declaration of independence and subsequent events in Kosovo have posed significant challenges to the ability of UNMIK to exercise its administrative authority in Kosovo.” (Para. 30.)

127. In his subsequent Report on UNMIK (of 12 June 2008), the Secretary-General took note of the Constitution adopted by the Assembly of Kosovo, on 9 April 2008, to enter into force on 15 June 2008 (para. 7). This posed, in his view, “significant challenges” and “operational implications” for UNMIK to exercise its “administrative authority” (paras. 10, 14 and 17). In the following Report (of 15 July 2008), he added that “the authorities in Pristina have taken a number of steps to assert their authority in Kosovo” (para. 4), and UNMIK has been “confronted with a substantially changed situation in Kosovo” (para. 29).

128. The next Report (of 24 November 2008) of the Secretary-General acknowledged the difficulty to reconcile Security Council resolution 1244 (1999) and the Kosovo Constitution (para. 21). To conclude, in a further Report (of 10 June 2009), the Secretary-General added that, although, to the Kosovo authorities, Security Council resolution 1244 (1999) no longer appeared relevant (para. 2), the United Nations would “continue to adopt a position of strict neutrality on the question of Kosovo’s status” (para. 40).

129. Thus, it clearly ensues from these and the previous Reports that, to start with, the main concern of the UN Secretary-General and UNMIK was with the safety and the conditions of living of the population. It then turned to public institution-building. International administration of territory does not appear as an end in itself — not international administration of territory for territorial administration’s sake — but rather as a means to an end, namely, to secure the well-being of the “people” or the “population”, and the inhabitants living under the rule of law in a demo-

¹⁵⁶ Cf. Secretary-General, Report of 28 March 2008 (UN doc. S/2008/211); Secretary-General, Report of 12 June 2008 (UN doc. S/2008/354); Secretary-General, Report of 15 July 2008 (UN doc. S/2008/458); Secretary-General, Report of 24 November 2008 (UN doc. S/2008/692); Secretary-General, Report of 17 March 2009 (UN doc. S/2009/149); Secretary-General, Report of 10 June 2009 (UN doc. S/2009/300); Secretary-General, Report of 30 September 2009 (UN doc. S/2009/497); and Secretary-General, Report of 5 January 2010 (UN doc. S/2010/5).

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

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

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

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

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

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

cratic society. As for the more recent Reports, issued by the time of Kosovo's declaration of independence, and shortly afterwards, it is difficult to escape the impression that, by then, Kosovo was already being envisaged as a State *in statu nascendi*.

5. General Assessment

130. From the review above, it is clear that the United Nations Organization *as a whole* was and has been concerned with the humanitarian tragedy in Kosovo. Each of its main organs (General Assembly, Security Council, ECOSOC and Secretariat) expressed on distinct occasions their grave concern with it, and each of them was and has been engaged in the solution of the crisis, within their respective spheres of competence. Such domains of competence are not competing, but rather complementary, so as to fulfil the purposes of the United Nations Charter, in the light of the principles proclaimed therein (Articles 1-2). The crisis concerned the international community as a whole, and the United Nations Organization *as a whole* thus rightly faced it.

131. The International Court of Justice, the principal judicial organ of the United Nations (Article 92 of the UN Charter), has now been called upon to pronounce on one specific aspect, namely, that of the conformity, or otherwise, with international law, of the declaration of independence of Kosovo. In the exercise of its advisory function, and bearing in mind its high responsibility as the World Court, it has rightly refused to indulge in a false and fabricated problem of delimitation of competences between the main organs of the United Nations. It has kept in mind the principles and purposes of the UN Charter, together with general international law. It has acted as it should.

VIII. *EX INJURIA JUS NON ORITUR*

132. According to a well-established general principle of international law, a wrongful act cannot become a source of advantages, benefits or rights for the wrongdoer¹⁵⁷: *ex injuria jus non oritur*. In the period extending from the revocation of Kosovo's autonomy in 1989 until the adoption of the UN Security Council's resolution 1244 (1999), successive grave breaches of international law were committed by all concerned. These grave breaches, from all sides, seriously victimized a large segment of the population of Kosovo.

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

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

5. Constat général

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

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

VIII. *EX INJURIA JUS NON ORITUR*

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

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

They comprised grave violations of human rights and of international humanitarian law from virtually all those who intervened in Kosovo's crisis.

133. In the course of the advisory proceedings before the Court, a couple of participants invoked the principle *ex injuria jus non oritur*, each one referring to one of the successive wrongful acts, in the course of the decade 1989-1999, and up to Kosovo's declaration of independence of 17 February 2008. None of them referred to the successive *injuriae* as a whole — including three unwarranted NATO bombings of Kosovo in 1999, outside the framework of the UN Charter, and also generating “casualties” among hundreds of innocent civilians. There occurred, in fact, *injuriae* committed everywhere in the region as a whole, coming from a variety of sources (State and non-State alike).

134. The principle *ex injuria jus non oritur* applies to all those grave breaches, to the atrocities perpetrated against the population, as well as to the unwarranted use of force in the bombings of Kosovo (likewise causing numerous innocent victims in the civilian population), outside the framework of the UN Charter. UN Security Council resolution 1244 (1999) cannot thus be read as endorsing wrongful acts of any origin or kind, nor as taking advantage of them. Quite on the contrary: Security Council resolution 1244 (1999) reinserted the handling of Kosovo's humanitarian crisis within the framework of the UN Charter, in one of the great challenges to *the UN as a whole (not only its Security Council)* in our days. It can hardly be doubted that the Security Council, proceeding on the basis of Chapter VII of the United Nations Charter, by means of its resolution 1244 (1999), acted in a decisive way for the restoration and preservation of peace in Kosovo and the whole region.

135. In establishing UNMIK by that resolution, the Security Council has been careful not to anticipate or prejudge the outcome of the interim administration of Kosovo. Its balanced position is transparent in the terms of its resolution 1244 (1999) as a whole: nowhere it professed an obsession — proper of traditional international law of the past — with territory to the detriment of the people, of the local population. It likewise took people into account. It had the principle *ex injuria jus non oritur* in mind.

136. This general principle, well-established as it is, has at times been counterbalanced by the maxim *ex factis jus oritur*¹⁵⁸. This does not mean that law can emerge out of grave violations of international humanitarian law, but rather as a response or reaction to these latter. In the conceptual universe of international law, as of law in general, one is in the

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

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

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

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

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

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

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

domain of *Sollen*, not of *Sein*, or at least in that of the tension between *Sollen* and *Sein*. It is inconceivable that States' rights can arise, or be preserved, by means of a consistent pattern of grave violations of human rights and of international humanitarian law.

137. Thus, the maxim *ex factis jus oritur* does not amount to a *carte blanche*, as law plays its role also in the emergence of rights out of the tension between *Sollen* and *Sein*. In the present stage of evolution of the law of nations (*le droit des gens*), it is unsustainable that a people should be forced to live under oppression, or that control of territory could be used as a means for conducting State-planned and perpetrated oppression. That would amount to a gross and flagrant reversal of the ends of the State, as a promoter of the common good.

IX. CONDITIONS OF LIVING OF THE POPULATION IN KOSOVO (SINCE 1989):
THE SUBMISSIONS ADDUCED IN THE PRESENT ADVISORY PROCEEDINGS
BEFORE THE COURT

138. In respect of the present request by the General Assembly for an advisory opinion of the ICJ, it seems to me wholly warranted, and indeed necessary, to turn attention to the conditions of living — or rather, of surviving — of the population in Kosovo, ever since this latter was deprived of its autonomy in 1989 and until the UN international administration of the territory was established in 1999 by means of the adoption of the aforementioned resolution 1244 (1999) of the Security Council. This crucial aspect was in fact the object of attention, and was submitted to the cognizance of the Court, in the course of the present advisory proceedings, in both their written and oral phases.

*1. Submissions during the Written Phase
of Proceedings*

139. In the course of the written phase, some of the participants in the proceedings sought to provide — apart from a descriptive account of the facts — an evaluation of the events which took place in that decade (1989-1999), irrespective of their conclusions on the central question at issue. Thus, in its Written Statement, Germany, for example, adduced that the Yugoslav Government had created “a climate of absolute lawlessness in the region” and that

“the responsible authorities not only failed to protect the life and physical integrity of their citizens of Albanian ethnicity, but that these citizens had become objects of constant prosecution, subjected to the most complete arbitrariness. . . . It was clearly conveyed to all ethnic Albanians that their presence was undesirable in Kosovo and that they would do better to leave the region for good.” (Pp. 16-17.)

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

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

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

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

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

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

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

Germany then concluded that “[the] facts . . . speak for themselves”, fully confirming that

“at the beginning of 1999 there indeed existed, as observed and documented by knowledgeable and impartial third-party institutions, a humanitarian emergency, caused by serious crimes deliberately and purposefully committed by the security and military forces of the FRY, and that the criminal strategy gained unprecedented momentum when the KVM Observer Mission was withdrawn” (p. 19).

140. Likewise, in its Written Comment, the United Kingdom stressed that those events of great violence (between 1989 and 1999) were

“horrific, well-documented and proven abuses of human rights, abuses that have been described and condemned by the UN General Assembly, the Security Council, by various UN treaty organs (such as the Committee on the Elimination of Racial Discrimination [CERD], and the Committee against Torture [CAT]), the former UN Commission on Human Rights, UN Special Rapporteurs (from 1992 to 1997), and by the International Committee of the Red Cross” (para. 14).

The United Kingdom also referred to these sources in its Written Statement (paras. 2.25-2.40).

141. The Netherlands, on its part, recalling, in its Written Statement, the findings by the *ad hoc* International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) *Milutinovic et al.* case (2009 — cf. *infra*), pointed out that there had been “campaigns of terror and violence” which resulted in “the denial of fundamental human rights in Kosovo”, amounting to a pattern of breaches which

“was serious because it was systematic, the joint criminal enterprise, in particular, evidencing that the breach was carried out in an organized and deliberate way. The breach was also serious in that it was gross: the number of expelled Kosovo Albanians and the nature and extent of the violence directed against them constituted evidence of the flagrant nature of the breach, amounting to a direct and outright assault on the values protected.” (Para. 3.12.)

142. Norway, in turn, in its Written Statement, informed the ICJ that, in its letter of recognition of Kosovo (by the Royal Decree of 28 March 2008), it referred to the comprehensive assessment of evidence carried out by the ICTY in the *Milutinovic et al.* case (2009). And, in its Written Comment, Norway further recalled that the Rambouillet accords (of 1999) provided that Kosovo’s final status should be determined on the basis of the “will of the people”.

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

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

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

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

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

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

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

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

143. In its Written Statement, in the same line of concern, Albania referred to the report published by the International Commission of Experts to indicate that “through a widespread *and* systematic campaign of terror and violence, the Kosovo Albanian population was to be forcibly displaced both within and without Kosovo”; the purpose of such a campaign would have been to “displace a number of [Kosovo Albanians] sufficient to tip the demographic balance more toward ethnic equality and in order to cow the Kosovo Albanians into submission” (para. 29).

144. Albania referred to systematic repression, daily human rights violations and discriminatory State policies (between 1990 and 1995 — para. 11); it further invoked the reports of the UN Special Rapporteur on Human Rights in the former Yugoslavia, and of Human Rights Watch (1997-1998 — paras. 18 and 20). Moreover, it also invoked the former UN Commission on Human Rights’ resolution 1998/79, calling upon the Serbian authorities to put an end to torture and ill-treatment of persons under detention (para. 18). Albania at last added that “the intention to reduce the Albanian population in Kosovo to about 600,000 by killing members of the group or forcefully expelling them”, was “known to foreign officials, and reportedly have been publicly uttered by Serbian officials” (para. 29). This concern was retaken by a handful of participants in the course of the oral phase of the present proceedings (cf. *infra*).

145. But still in the written phase of the proceedings, in its Written Statement Austria referred to various documentary sources, including the 2009 findings of the ICTY in the *Milutinovic et al.* case, confirming the massive violations of human rights of international humanitarian law in Kosovo, as from the revocation of its autonomy in 1989 onwards, until the perpetration of crimes against humanity in 1999 (paras. 5-9). In its Written Statement, Estonia likewise observed that the long-lasting refusal of internal self-determination suffered by the Kosovar people was accompanied by grave violations of human rights and ethnic cleansing, as disclosed in various documentary UN sources (pp. 6-9, para. 2.1.1).

146. Poland, likewise, drew attention, in its Written Statement, to the systematic and large-scale violations of human rights and international humanitarian law in Kosovo during the nineties, marked by the spreading of ethnic cleansing, forced displacement of people, arbitrary detentions and extra-legal executions, forced disappearances of persons, and other outbreaks of violence directed against Kosovo’s civilian population (as established by the ICTY, Trial Chamber, in its 2009 Judgment in the *Milutinovic et al.* case), rendering the situation of Kosovo unique and *sui generis*. To Poland, all this humanitarian tragedy should be taken into

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

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

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

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

account in considering Kosovo's declaration of independence of 17 February 2008 (paras. 4.5.1 and 5.2.2.1).

147. Further references to the grave and systematic violations of human rights in Kosovo were made by Switzerland, in its Written Statement, which also referred to General Assembly resolutions and the ICTY findings in the *Milutinovic et al.* case (*supra* — paras. 81-85). The United States, likewise, recalling a variety of UN documentary sources (General Assembly and Security Council, the former UN Commission on Human Rights, the UN High Commissioner for Human Rights, the ICTY), observed in its Written Statement that the whole factual background of the massive violence and repression during the nineties was relevant for considering Kosovo's declaration of independence of 17 February 2008 (Sections II-III, pp. 8-19).

148. Slovenia also, in its Written Statement, mentioned the systematic repression of Kosovo Albanians, as one of the factors that led to its recognition of Kosovo on 5 March 2008 (para. 3). Luxembourg, in its Written Statement, also took into account the factual background of the acute humanitarian crisis in Kosovo in the nineties, especially the late nineties, which called for a response of the international community (para. 6, note 1). And Finland, also recalling the findings of the ICTY in the *Milutinovic et al.* case (*supra*), pondered in its Written Statement that the factual background of the situation in Kosovo during the period 1989-2007 was to be taken into account for the consideration of its declaration of independence of 17 February 2008. In Finland's view, that factual situation was inserted into the violent break-up of Yugoslavia, within which the deliberate policy of repression and persecution of Kosovo Albanians throughout the decade 1989-1999 (seeking to render them defenceless) took place, culminating, in the spring of 1999, in the massive displacement of people in and from Kosovo (paras. 10-11).

2. *Submissions during the Oral Phase of Proceedings*

149. The factual background of the grave humanitarian crisis in Kosovo was also brought to the ICJ's attention in the oral phase of the present advisory proceedings. The matter was readdressed by participants — irrespective of their conclusions on Kosovo's declaration of independence of 17 February 2008 — in the public sittings of the ICJ during the first half of December 2009. Thus, in its oral arguments, (present-day) Serbia, much to its credit, regretted the tragedies and pain provoked by the conflicts of 1998-1999; it conceded that there was ethnic cleansing in the city of Pristina, and all this — the generalized violence of State and non-State actors — led to the establishment in 1999 of the international administration of territory, and to the purported criminal

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

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

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

2. Déclarations faites dans la phase orale de la procédure

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

sanction of individuals responsible for the grave breaches of human rights and international humanitarian law¹⁵⁹.

150. On their part, Kosovo's authorities, after recalling the persecutions of the twenties, the fifties and the sixties, added that the forcible removal, by intimidation, of Kosovo's autonomy in 1989 by S. Milošević led to the "humanitarian catastrophe" of 1998-1999, when there were large-scale discrimination, grave human rights violations, war crimes, crimes against humanity, ethnic cleansing, massive refugee flows, loss of life and great suffering — all rendering impossible for the people of Kosovo to contemplate a future within Serbia¹⁶⁰. Albania, likewise, referred to the illegal deprivation of Kosovo's autonomy which led to those systematic and widespread violations of human rights, also including, in addition to ethnic cleansing, summary executions, torture and rape, forced disappearance of persons and forceful displacement of persons by the hands of Serbian forces and paramilitaries¹⁶¹. Albania stated that over 1.5 million Kosovar Albanians were forcibly expelled from their homes, and argued that the denial of internal self-determination of Kosovo points to its independence¹⁶².

151. Denmark also singled out the tragic events of the nineties; it contended that those gross human rights violations led to the adoption of resolution 1244 (1999) of the Security Council, so as to address the real and daily needs of the "people" of Kosovo¹⁶³. Brazil identified, in the adoption of Security Council resolution 1244 (1999), a "clear rejection", by the UN "collective security system", of "the use of the veil of sovereignty by any State to perpetrate heinous crimes against its own population"¹⁶⁴. In the view of Spain, the grave situation of violations of human rights, of international humanitarian law, and of the rights of minorities in Kosovo, was "settled" in 1999, with the adoption of Security Council resolution 1244 (1999)¹⁶⁵. Russia, in its turn, stated that resolution 1244 (1999) of the Security Council was the result of the tragedy which fell upon Kosovo, of the conflict which victimized its "community", and of the acts of terrorism of the Kosovo Liberation Army (KLA)¹⁶⁶.

¹⁵⁹ CR 2009/24, of 1 December 2009, pp. 33-34.

¹⁶⁰ CR 2009/25, of 2 December 2009, pp. 15-19.

¹⁶¹ CR 2009/26, of 2 December 2009, pp. 8-9.

¹⁶² *Ibid.*, pp. 9 and 31.

¹⁶³ CR 2009/29, of 7 December 2009, pp. 66 and 74-75.

¹⁶⁴ CR 2009/28, of 4 December 2009, p. 17.

¹⁶⁵ CR 2009/30, of 8 December 2009, p. 18.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 45.

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

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

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

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

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

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

¹⁶² *Ibid.*, p. 9 et 31.

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

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

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

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 45.

152. The United States, on its part, argued that Kosovo, having suffered a tragedy, marked by oppression and massive and systematic abuses of human rights, became detached from Serbia¹⁶⁷. In turn, Croatia stressed that the illegal removal of the autonomy of Kosovo was followed by the systematic repression and grave violations of the human rights of its population, which, in turn, were followed by the UN international administration of Kosovo and the development, thereunder, of its self-administration¹⁶⁸; in Croatia's view, Kosovo has now elements of statehood, and all this development should be taken into account by the ICJ¹⁶⁹.

153. Jordan recalled the well-documented history in Kosovo of discrimination, police brutality, arbitrary imprisonment, torture, ethnic cleansing, war crimes and crimes against humanity, victimizing the "people" of Kosovo from the denial of its autonomy in 1989; it further recalled that Kosovo's declaration of independence of 17 February 2008 provided for its international supervision and human rights guarantees¹⁷⁰; Jordan further contended that, in these circumstances, the "people" of Kosovo are entitled to independence, emerging from the context of the disintegration of the SFRY in 1991¹⁷¹. The Netherlands, likewise, warned that there was an atmosphere of terror in Kosovo, with the killings, sexual assaults and forcible displacements; those grave breaches by Serbia, it added, generated the lawful exercise by the "people" of Kosovo of external self-determination, and the recognition of such right by the ICJ would in its view contribute to peace and stability in the region¹⁷².

154. In the view of Finland, the atrocities perpetrated in Kosovo render it necessary to create the conditions wherein Kosovo's "communities" can live in peace and justice; hence, with the impossibility of returning to the *statu quo ante* and the emergence of the State of Kosovo, with its declaration of independence of 17 February 2008¹⁷³. The United Kingdom, on its part, after recalling the "human rights catastrophe" which followed the revocation of Kosovo's autonomy in 1989, argued that secession is not regulated by international law, territorial integrity applies only to international relations, Article 1 of the two UN Covenants on Human Rights is not limited to decolonization cases only, and the stability which prevails in the region today flows, in its view, from Kosovo's independence¹⁷⁴.

155. All the aforementioned participants, as just seen, saw fit to lay

¹⁶⁷ CR 2009/30, of 8 December 2009, pp. 31 and 33.

¹⁶⁸ CR 2009/29, of 7 December 2009, p. 57.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 61.

¹⁷⁰ CR 2009/31, of 9 December 2009, pp. 28-31.

¹⁷¹ *Ibid.*, pp. 30-32, 36-37, 39 and 41.

¹⁷² CR 2009/32, of 10 December 2009, pp. 8, 11, 13 and 16.

¹⁷³ CR 2009/30, of 8 December 2009, pp. 52-53, 61 and 64.

¹⁷⁴ CR 2009/32, of 10 December 2009, pp. 42, 50 and 54.

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

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

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

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

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

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

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 61.

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

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

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

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

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

particular emphasis on the conditions of living — actually, of surviving — of the population of Kosovo in the period concerned, namely, as from the revocation by Serbia of Kosovo’s autonomy (constitutionally ensured since 1974) in 1989, that led to the great suffering imposed upon the population throughout a whole decade, until 1999. I feel obliged to leave on the records this aspect of the substantial advisory proceedings before this Court (written and oral phases), as, for reasons which escape my comprehension, they are not even referred to in the present Advisory Opinion of the Court. Significantly, that suffering of the population of Kosovo has now found judicial recognition, to which I shall turn next.

X. JUDICIAL RECOGNITION OF THE ATROCITIES IN KOSOVO

156. As already indicated, the recent decision of the ICTY (Trial Chamber) in the *Milutinovic et al.* case (2009), was in fact referred to, in the course of the written and oral phases of the present proceedings before the ICJ, by several participants (cf. *supra*). A careful reading of the judgment of the ICTY (Trial Chamber) of 26 February 2009 discloses facts, determined by it, which appear to me of relevance to the ICJ for the purposes of the requested advisory opinion. The Trial Chamber of the ICTY was very attentive to the atrocities perpetrated in Kosovo during the nineties. In my view, the ICJ, in the same line of thinking, cannot make abstraction of them.

157. In its judgment of 26 February 2009 in the *Milutinovic et al.* case, the Trial Chamber of the ICTY found that there had been in Kosovo, in the period concerned, a “joint criminal enterprise”, with the intent to commit crimes or to cover them up (paras. 95-96). The targeted groups — the victims — were civilians (para. 145). By means of the suppression of Kosovo’s autonomy and of that “joint criminal enterprise”, Kosovo was placed firmly under the control of Serbian authorities, and the Kosovo Albanian population became the object of repressive and discriminatory practices, which led to the emergence of the KLA (paras. 211-213 and 222). In 1990, Kosovo had already become a “police State”, with detentions and restrictions on the freedom of information; in 1991 professors and officials of the University of Pristina were removed and replaced by non-Albanians (paras. 224-225). By then, a system of discrimination against Kosovo Albanian workers was already imposed, and maintained throughout the nineties (paras. 226-228).

158. State-sanctioned discrimination took place even in the workplace, in labour relations; there was reported in the United Nations in 1992 the “dismissal of thousands of Kosovo Albanian workers, and the effect of the ‘Law on Labour Relations under Special Circumstances’”, as well as

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

X. RECONNAISSANCE JUDICIAIRE DES ATROCITÉS AU KOSOVO

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

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

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

“the measures taken by the Serbian authorities in Kosovo” (paras. 229-230). As from 1989, “laws, policies and practices were instituted that discriminated against the Albanians, feeding into local resentment and feelings of persecution” (para. 237). Those fears increased in 1996, with the emergence of the KLA, and its actions thereafter (para. 237).

159. Furthermore, impunity prevailed, as the local judicial system was not effective “in investigating, prosecuting, and punishing those responsible for committing serious crimes against the civilian population” (para. 569). As a result of all this, and particularly of the “excessive and indiscriminate force used by the forces of the FRY and Serbia in 1998”, massive forced displacement took place: the United Nations (its High Commissioner for Human Rights) estimated that 285,500 people had been internally displaced towards the end of 1998 (paras. 913 and 918-919). In its resolution 1199 of 23 September 1998, the Security Council expressed its “grave concern” about “the excessive and indiscriminate use of force by Serbian security forces and the Yugoslav army” (para. 916). The Trial Chamber of the ICTY established the occurrence of an armed conflict on the territory of Kosovo in 1998-1999 (para. 1217).

160. Last but not least, the Trial Chamber of the ICTY saw fit to refer also to the efforts undertaken to reach a peaceful settlement of the humanitarian crisis of Kosovo. It recalled, in this connection, that, at the Conference of Rambouillet (1999), Kosovo Albanians — unlike S. Milošević for Serbia — signed the agreement only after the inclusion of Chapter 8, foreseeing the taking into account, for the determination of the status of Kosovo, first and foremost, “the will of the people in Kosovo” (para. 401).

XI. FURTHER EVIDENCE OF THE ATROCITIES IN KOSOVO: THE CENTRALITY OF THE SUFFERINGS OF THE PEOPLE

161. The substantial evidence obtained by the ICTY in its judgment of 26 February 2009 in the *Milutinovic et al.* case (2009) is by no means the only one. A detailed account of the systematic and gross violations of the rights of workers in Kosovo (as from 1990), in flagrant breach of the fundamental principle of equality and non-discrimination, and in further “violation of the principles of the rule of law”, is provided in the detailed Written Comments (of 17 July 2009) of Slovenia, lodged with this Court. Other sources could be referred to¹⁷⁵.

162. The argument that, since the utmost violence of 1998-1999 one

¹⁷⁵ For example, Amnesty International opened its Report on Kosovo of 24 July 2006 with the warning that “respect for the human rights of all, without discrimination, should lie at the heart of the talks process. This should be a central and unifying consideration in all decisions and agreements made about the future of Kosovo.” (Para. 1.) Almost one

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

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

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

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

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

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

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

decade has passed and the “conflict is over” and somehow “buried” into oblivion, and that there is peace today in Kosovo and the aforementioned repression belongs to the past, is in my view superficial, if not unsustainable. It leads precisely to approach the matter from a “technical” point of view, making abstraction of the human sufferings of the recent past. The effects of oppression are still present, and account for Kosovo’s declaration of independence on 17 February 2008. One cannot erase the massive violations of human rights and of international humanitarian law of the recent past, by invoking the passing of time. In this respect, in its Written Comment submitted to this Court, France has aptly pondered that:

year later, in its subsequent Report on Kosovo of May 2007, Amnesty International, dwelling upon the ongoing forced displacement of persons, further warned that:

“[i]n addition to ongoing ethnically motivated attacks, impunity for past inter-ethnic violence — including war crimes, and in particular impunity for ‘disappearances’ and abductions, and continued impunity for perpetrators of the ethnic violence of March 2004 — continues to provide a massive barrier to minority return” (para. 3.2).

On its part, the 1999 Report of the OSCE Kosovo Verification Mission provided an account of its findings in the period ranging from October 1998 to June 1999. In its foreword, Justice Louise Arbour warned that “the violence in Kosovo was horrific, and again proved devastating for the many ordinary people who became its victims” (p. 1). The atrocities comprised arbitrary arrest and detention, denial of fair trial, torture, rape and other forms of sexual violence (sometimes applied as a weapon of war), killings, targeting of children, forced expulsion on a massive scale, destruction of property and looting — all “highly organized and systematic”. Acts of utmost violence were perpetrated in Rogovo, Rakovina, Kacanik, Raçak and Pristina for example. According to the OSCE Report, by June 1999 over 90 per cent of the Kosovo Albanian population (over 1.45 million people) had been displaced by the conflict. In its summary (p. 2), the same Report stressed that “[o]n the part of the Yugoslav and Serbian forces, their intent to apply mass killing as an instrument of terror, coercion or punishment against Kosovo Albanians was already in evidence in 1998, and was shockingly demonstrated by incidents in January 1999 (including the Raçak mass killing and beyond)”. In its turn, the Report of Human Rights Watch *Humanitarian Law Violations in Kosovo*, covering the period February-September 1998, gave a detailed account of grave breaches of international humanitarian law which took place (forced disappearances, killings, destruction of villages, arbitrary arrests, looting of homes by the police, burning of crops, taking of hostages and extrajudicial executions), victimizing mainly civilians, including “indiscriminate attacks on women and children”. Special police forces acted in a planned, quick and well-organized manner, and “autopsies were not performed on any of the victims”. There was a sustained pattern of serious crimes (duly reported) committed by the Serbian special police, in distinct localities of Kosovo. Summing up, the Report attributed the majority of those acts of brutality to the government forces of the Serbian special police (MUP) and the Yugoslav army (VJ), under the command of Yugoslav President Slobodan Milošević; it attributed violence also, on a “lesser scale”, to the Kosovo Albanian insurgency, the Kosovo Liberation Army (KLA), and added: “The primary responsibility for gross government abuses lies with Slobodan Milošević, who rode to power in the late eighties by inciting Serbian nationalist chauvinism around the Kosovo issue”; Human Rights Watch, *Humanitarian Law Violations in Kosovo*, London/New York, HRW, 1998, pp. 3-22 and pp. 26-65.

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

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

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

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

“[w]hatever the political changes seen in Serbia since the fall of the Milošević régime, the trauma and scars of the past were (and still are) far from healed. The brutal repression — and international crimes accompanying it — to which the Kosovar population was subjected in 1998-1999 could but prevent it from contemplating a future within the Serbian State, so deep the psychological wounds go (and still do) and so well entrenched in minds was (and still is) the memory of the atrocities committed. There are crimes which cannot fade from the individual and collective memory.” (Para. 18.)

163. To attempt to make abstraction of the suffering of the people or population of Kosovo in the years of repression is an illusory exercise. The scars of the bloodshed will take a long time to heal, they will take generations to heal. The experience, in this connection, of the recent adjudication by international human rights tribunals such as the Inter-American and the European Courts of Human Rights, of *cases of massacres* lodged with them, contains invaluable lessons, worthy of attention and deserving of being rescued in this respect. One such lesson lies in the enhanced *centrality* of the position of those victimized by human cruelty, and of their suffering.

164. To recall but one example of the recent cycle of *cases of massacres* brought before, and adjudicated by, international human rights tribunals (a noticeable advance of the old ideal of the realization of international justice), in the case of the *Moiwana Community versus Suriname*, the massacre of the members of that Community (by State-organized, trained and armed perpetrators) had taken place in late 1986, but only two decades later, their case, lodged with the Inter-American Court of Human Rights, was adjudicated by this latter (Judgment on the merits, of 15 June 2005). In my separate opinion in the *Moiwana Community* case, I deemed it fit to ponder:

“The circumstances of the present case of the *Moiwana Community versus Suriname* invite one to a brief reflection, going beyond its confines. Well before, as well as after, the attainment of statehood by Suriname, the existence of the Maroon peoples (like the Saramakas in the *Aloeboetoe* case and the N’djukas in the present *Moiwana Community* case, before this Court) has been marked by suffering, in their constant struggle against distinct forms of domination.

The projection of human suffering in time (its temporal dimension) is properly acknowledged, e.g., in the final document of the UN World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance (Durban, 2001), its adopted Declaration and Programme of Action. In this respect, it began by stating that

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

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

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

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

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

‘We are conscious of the fact that the history of humanity is replete with major atrocities as a result of gross violations of human rights and believe that lessons can be learned through remembering history to avert future tragedies.’ (Para. 57.)

It then stressed the ‘importance and necessity of teaching about the facts and truth of the history of humankind’, with a view to ‘achieving a comprehensive and objective cognizance of the tragedies of the past’ (par. 98). In this line of thinking, the Durban final document acknowledged and profoundly regretted the ‘massive human suffering’ and the ‘tragic plight’ of millions of human beings caused by the atrocities of the past; it then called upon States concerned ‘to honour the memory of the victims of past tragedies’, and affirmed that, wherever and whenever these occurred, ‘they must be condemned and their recurrence prevented’ (par. 99).

The Durban Conference final document attributed particular importance to remembering the crimes and abuses of the past, in emphatic terms:

‘We emphasize that remembering the crimes or wrongs of the past, wherever and whenever they occurred, unequivocally condemning its racist tragedies and telling the truth about history, are essential elements for international reconciliation and the creation of societies based on justice, equality and solidarity’ (para. 106) . . .

In the present case of the *Moiwana Community*, the *handicap* of, or harm suffered by, the survivors of the massacre and close relatives of the direct victims, of the massacre perpetrated on 29 November 1986 in the N’djuka Maroon village of Moiwana, is a spiritual one. Under their culture, they remain still tormented by the circumstances of the violent deaths of their beloved ones, and the fact that the deceased did not have a proper burial. This privation, generating spiritual suffering, has lasted for almost twenty years, from the moment of the perpetration of the 1986 massacre engaging the responsibility of the State until now. The N’djukas have not forgotten their dead . . . Nor could they . . .

For the first time in almost two decades, since the massacre at Moiwana village in 1986, the survivors found redress, with the present Judgment of the Inter-American Court. In the meantime, the N’djukas did not, and could not, forget their innocent and defenceless beloved relatives, murdered in cold blood. And they will never forget them, but their suffering — theirs together with their dead — has now been at least judicially recognized. Their long-standing longing for justice may now be fulfilled, so that they can rest in peace with their beloved deceased.

The usual blindness of power-holders as to human values has not

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

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

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

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

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

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

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

succeeded — and will never succeed — in avoiding human thinking to dwell upon the conception of human mortality, to reflect on the enigmas of existence and death . . .

Human thinking on mortality has, in fact, accompanied human-kind in all ages and cultures. In the old Paleolithic times, there was a cult to the memory, and in ancient Egypt the living and their dead remained close together¹⁷⁶. In ancient Greece, a new sensitivity towards *post mortem* destiny arose¹⁷⁷. It need only be recalled, as two examples among many, namely, Plato's contribution, in securing the continuity of human experience through the immortality and transmigration of the soul, as well as Buddha's contribution of detaching human suffering from in his view what originates it, the desires¹⁷⁸. The myth of the 'eternal return' (or repetition), so widespread in ancient societies (as in Greece), conferring upon time a cyclic structure, purported to annul (or even abolish) the irreversibility of the passing of time, to contain or withhold its virulence, and to foster regeneration¹⁷⁹.

In modern times, however, human beings became ineluctably integrated into history and to the idea of 'progress', implying the 'definitive abandonment of the paradise of the archetypes and of the repetition'¹⁸⁰, proper of ancient cultures and religions. In the Western world, there came to prevail, in the twentieth century, an attitude of clearly avoiding to refer to death; there came to prevail a 'great silence' about death¹⁸¹. Contemporary Western societies came to 'prohibit' the consideration of death at the same time that they fostered hedonism and material well-being¹⁸².

While ancient cultures were very respectful of the elderly, 'modern' societies try rather to put them aside¹⁸³. Ancient cultures ascribe great importance to the relationships between the living and the dead, and to death itself as part of life. Modern societies try in vain

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

¹⁷⁷ *Ibid.*, pp. 123 and 130.

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

¹⁷⁹ M. Eliade, *El Mito del Eterno Retorno*, Madrid/Buenos Aires, Alianza Ed./Emecé Ed., 2004, pp. 90-91.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 156.

¹⁸¹ Ph. Ariès, *Morir en Occidente desde la Edad Media hasta Nuestros Días*, Buenos Aires, A. Hidalgo Ed., 2000 (re-ed.), pp. 196-199, and cf. pp. 213 and 238.

¹⁸² *Ibid.*, p. 251.

¹⁸³ Cf. [Various authors] *Dialogue among Civilizations — The Round Table on the Eve of the United Nations Millennium Summit*, Paris, Unesco, 2001, p. 84 (intervention by E. Morin).

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

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

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

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

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

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 123 et 130.

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

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

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 156.

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

¹⁸² *Ibid.*, p. 251.

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

to minimize or ignore death, rather pathetically. Nowadays there is stimulus simply to forget . . .”¹⁸⁴

165. In the present Advisory Opinion, the ICJ should not have eluded, as it did, to the consideration of the facts; the atrocities undergone by the people in Kosovo in the decade 1989-1999 which led to the adoption by the UN Security Council of its resolution 1244 (1999). This factual background was taken note of in several preceding resolutions of the Security Council itself, as well as of the General Assembly and ECOSOC, and in reports of the UN Secretary-General. One cannot avoid the sunlight with a blindfold. That factual background has been duly captured by human conscience, by the United Nations as a whole — whether the ICJ evades it or not. It is of great importance to keep the *grave humanitarian tragedy* of Kosovo in mind, so as to avoid repetition in the future of the crimes against humanity therein committed in the course of a decade.

166. At this stage of my separate opinion in the present Advisory Opinion of the ICJ, may I summarize the factual background and context of the present request for an advisory opinion of the ICJ. As pointed out by several participants in their Written Statements and Comments, as well as in the course of their oral arguments in the public hearings before this Court, the forcible removal, in 1989, by the Serbian authorities, of Kosovo’s autonomy led to the humanitarian catastrophe, which reached the point of highest tension in 1998-1999. During this catastrophe, grave and successive violations of human rights and of international humanitarian law occurred, including mass killings, war crimes, crimes against humanity, ethnic cleansing, massive refugee flows and forcible displacement of large segments of the population. Over 1.5 million Kosovar Albanians were forcibly expelled from their homes.

167. There were systematic and widespread violations of human rights, including torture and rape, forced disappearance of persons, abductions, indiscriminate attacks on women, targeting of children, taking of hostages, arbitrary arrests, summary and extrajudicial executions; by the hands of Serbian forces and paramilitaries. There also occurred destruction of property, looting of homes by the police, burning of crops — all highly organized and systematic.

168. State-sanctioned discrimination took place in the workplace, in labour relations, in public health, and in education. The basic needs of

¹⁸⁴ IACtHR, case of the *Moiwana Community versus Suriname*, Judgment (merits) of 15 June 2005, Series C, No. 124, separate opinion of Judge A. A. Cañado Trindade, paras. 24-27, 29-30, 33 and 35-38.

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

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

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

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

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

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

the population were no longer met, as a result of State-sanctioned discrimination. The judicial system failed to work, and total impunity prevailed. Systematic and gross violations of the rights of workers in Kosovo occurred (as from 1990) in flagrant violation of the fundamental principle of equality and non-discrimination, and in further breach of the rule of law. As violence breeds violence, as from the mid-nineties KLA violence was added to the context of social disruption in Kosovo. The State-planned widespread oppression created an atmosphere of terror, and led to the adoption of resolution 1244 (1999) of the Security Council, so as to address the pressing daily needs of the “people” or “population” of Kosovo.

XII. THE PEOPLE-CENTERED OUTLOOK IN CONTEMPORARY INTERNATIONAL LAW

1. “People” or “Population” and Statehood Revisited

169. In the past, expert writing on statehood seemed obsessed with one of the constitutive elements of statehood, namely, territory. The obsessions of the past with territory were reflected, in the legal profession, in the proliferation of writings on the matter, in particular on the acquisition of territory. Those past obsessions led to the perpetration of the abuses of colonialism, and other forms of dominance or oppression. All this happened at a time when international law was approached from the strict and reductionist outlook of inter-State relations, overlooking — or appearing even oblivious of — the needs and legitimate aspirations of the subjugated peoples.

170. The preconditions for statehood in international law remain those of an objective international law, irrespective of the “will” of individual States. As to the classic prerequisites of statehood, gradually greater emphasis has shifted from the element of territory to that of the normative system¹⁸⁵. In more recent times, it has turned to that of the population — pursuant to what I would term as the people-centered outlook in contemporary international law — reflecting the current process of its *humanization*, as I have been sustaining for many years. In fact, the law of nations has never lost sight of this constitutive element — the most precious one — of statehood: the “population” or the “people”, irrespective of the difficulties of international legal thinking¹⁸⁶ to arrive at a universally accepted definition of what a “people” means.

¹⁸⁵ Cf., e.g., K. Marek, *Identity and Continuity of States in Public International Law*, 2nd ed., Geneva, Droz, 1968, pp. 1-619.

¹⁸⁶ The endeavours of conceptualization of “people”, in connection with the exercise of

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

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

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

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

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

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

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

171. Even some exercises of the past — which have proven to be long-lasting and still valuable — disclosed concern with the conditions of living of the “people” or the “population”, in an endeavour which at their time was perhaps not grasped with sufficient clarity. Thus, the *célèbre* 1933 Montevideo Convention on the Rights and Duties of States was adopted at the VII International Conference of American States as the most significant achievement of a Latin American initiative prompted by a regional resentment against interventionist and certain commercial policies. The *Proceedings (Actas)* of the Montevideo Conference reveal that the *travaux préparatoires* of the aforementioned 1933 Convention were marked by reliance on principles of international law, so as to protect “small or weak nations”¹⁸⁷.

172. Those principles emanated from the “juridical conscience” of the continent¹⁸⁸. In the course of that Conference’s debates on the Draft Convention, there were in fact reiterated expressions of concern with the conditions of living of the *peoples (pueblos)* of the continent¹⁸⁹. It comes, thus, as no surprise, that the 1933 Montevideo Convention, adopted on 26 December 1933 (having entered into force on 26 December 1934), in dwelling upon the prerequisites of statehood, already at that time referred *first* to the population, and then to the other elements. In the wording of its Article I,

“The State as a person of international law should possess the following qualifications: (a) a permanent population; (b) a defined territory; (c) government; and (d) capacity to enter into relations with the other States.”

2. The Principle of Self-Determination of Peoples under Prolonged Adversity or Systematic Oppression

173. In our age of the advent of international organizations, the former experiments of the mandates system (in the League of Nations era), and of the trusteeship system (under the United Nations), to which

self-determination in international law, have given rise to much discussion in recent decades, which have, however, remained inconclusive to date. Cf., on this particular point, e.g., J. Summers, *Peoples and International Law*, Leiden, Nijhoff, 2007, pp. XXXIII, 26, 73, 164, 174-175, 244-245, 269-270, 306, 314 and 404.

¹⁸⁷ [Actas de la] VII Conferencia Internacional Americana (1933) — II Comisión: interventions of Haiti (pp. 12-13), Nicaragua (pp. 15 and 60-61), Ecuador (p. 34), Argentina (pp. 38 and 40-41), El Salvador (p. 52) and Cuba (p. 60) (original document deposited in the Columbus Memorial Library, OAS, Washington, DC; copy of the document on file with me).

¹⁸⁸ *Ibid.*, interventions of Colombia (pp. 43-45 and 57-59), Brazil (p. 55), Nicaragua (pp. 62-63 and 72) and Uruguay (pp. 65-67).

¹⁸⁹ *Ibid.*, interventions of Mexico (pp. 20-21), Ecuador (p. 34), Chile (p. 48) and Nicaragua (pp. 62-63).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

the contemporary (and distinct) UN experiments of international administration of territory (such as Kosovo and East Timor) can be added, display one common denominator: the concern with the conditions of living, the well-being and the human development of the peoples at issue, so as to free them from the abuses of the past, and to empower them to become masters of their own destiny (cf. *supra*).

174. The historical process of emancipation of peoples in the recent past (mid-twentieth century onwards) came to be identified as emanating from the principle of self-determination, more precisely external self-determination. It confronted and overcame the oppression of peoples as widely known at that time. It became widespread in the historical process of decolonization. Later on, with the recurrence of oppression as manifested in other forms, and within independent States, the emancipation of peoples came to be inspired by the principle of self-determination, more precisely internal self-determination, so as to oppose tyranny.

175. Human nature being what it is, systematic oppression has again occurred, in distinct contexts; hence the recurring need, and right, of people to be freed from it. The principle of self-determination has survived decolonization, only to face nowadays new and violent manifestations of systematic oppression of peoples. International administration of territory has thus emerged in UN practice (in distinct contexts under the UN Charter, as, for example, in East Timor and in Kosovo). It is immaterial whether, in the framework of these new experiments, self-determination is given the qualification of “remedial” or another qualification. The fact remains that people cannot be targeted for atrocities, cannot live under systematic oppression. The principle of self-determination applies in new situations of systematic oppression, subjugation and tyranny.

176. No State can invoke territorial integrity in order to commit atrocities (such as the practices of torture, and ethnic cleansing, and massive forced displacement of the population), nor perpetrate them on the assumption of State sovereignty, nor commit atrocities and then rely on a claim of territorial integrity notwithstanding the sentiments and ineluctable resentments of the “people” or “population” victimized. What has happened in Kosovo is that the victimized “people” or “population” has sought independence, in reaction against systematic and long-lasting terror and oppression, perpetrated in flagrant breach of the fundamental principle of equality and non-discrimination (cf. *infra*). The basic lesson is clear: no State can use territory to destroy the population. Such atrocities amount to an absurd reversal of the ends of the State, which was created and exists for human beings, and not vice-versa.

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

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

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

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

XIII. PRINCIPLES OF INTERNATIONAL LAW, THE LAW OF
THE UNITED NATIONS AND THE HUMANE ENDS OF THE STATE

*1. Territorial Integrity in the Framework
of those Humane Ends*

177. Over the last four decades, growing attention has been turned to the treatment dispensed by States to the populations concerned. This has become a matter of concern in contemporary international law. The debate on *human* security has echoed in the UN General Assembly throughout the last decade, reminding States that theirs is the duty *to protect and to empower* their inhabitants. They cannot engage in criminal activities against their population. Human conscience has again awakened to respond to the pressing need to secure that abuses of the past and the present are no longer committed in the future, to the detriment of the population. Two illustrations may be recalled in this connection.

178. The celebrated resolution 2625 (XXV) of 1970 of the UN General Assembly, containing the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations¹⁹⁰, states in paragraph 5 (7) that:

“Nothing in the foregoing paragraphs shall be construed as authorizing or encouraging any action which would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States *conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples as described above and thus possessed of a government representing the whole people belonging to the territory without distinction as to race, creed or colour.*” (Emphasis added.)

179. The Court could, and should, have paid close attention to this particular paragraph of the UN Declaration of Principles, when it recalled another passage of the 1970 Declaration in paragraph 80 of the present Advisory Opinion on *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*. After all, this paragraph of the UN Declaration of Principles has a direct bearing on the question put to the Court by the General Assembly, and should at least have been considered together with the paragraph that the Court saw fit to refer to. The relevance of compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples, in relation to the States’ territorial integrity, as set forth in paragraph 5 (7) of the 1970 Declaration, has

¹⁹⁰ Hereinafter referred to as the “1970 UN Declaration of Principles”.

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

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

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

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

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

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

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

not passed unnoticed throughout the years in expert writing on this particular subject¹⁹¹.

180. Thus, in the line of the previous considerations, the Government of a State which incurs grave and systematic violations of human rights ceases to represent the people or population victimized. This understanding has been reiterated, in even stronger terms, at the outcome of the II World Conference on Human Rights held in Vienna, by the 1993 Vienna Declaration and Programme of Action (para. 2), which restates:

“The World Conference on Human Rights considers the denial of the right of self-determination as a violation of human rights and underlines the importance of the effective realization of this right.

In accordance with the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, this shall not be construed as authorizing or encouraging any action which would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States *conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples and thus possessed of a government representing the whole people belonging to the territory without distinction of any kind.*” (Emphasis added.)

181. The final document of a memorable United Nations World Conference — the II World Conference on Human Rights of 1993 — went further than the 1970 Declaration of Principles, in proscribing discrimination “of any kind”. The massive violations of human rights and international humanitarian law to which the Kosovar Albanians were subjected in the nineties met the basic criterion set forth in the 1970 UN Declaration of Principles, and were enlarged in scope in the 1993 final document of the United Nations II World Conference on Human Rights. The entitlement to self-determination of the victimized population emerged, as the claim to territorial integrity could no longer be relied upon by the willing victimizers.

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

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

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

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

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

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

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

2. *The Overcoming of the Inter-State Paradigm in International Law*

182. Principles of international law, as formulated in the UN Charter (Article 2) and restated in the 1970 UN Declaration of Principles, besides retaining their full validity in our days, have had significant projections in time, accompanying *pari passu*, and guiding, the evolution of international law itself. This applies to the seven restated principles¹⁹² in the 1970 Declaration of Principles (to which the ICJ has been attentive in its case law)¹⁹³, including *the principle of equality of rights and self-determination of peoples*, pointing towards the overcoming of the traditional inter-State dimension of international law.

183. In the restatement of the principle of equality of rights and self-determination of peoples by the 1970 UN Declaration of Principles of International Law, it was explained that even a non-self-governing territory (under Chapter XI of the UN Charter) has a separate and distinct status from the territory of the State which administers it, so that the people living therein can exert their right of self-determination in accordance with the principles and purposes of the UN Charter¹⁹⁴.

184. Recent developments in contemporary international law were to disclose both the *external* and *internal* dimensions of the right of self-determination of peoples: the former meant the right of every people to be free from any form of foreign domination, and the latter referred to the right of every people to choose their destiny in accordance with their own will, if necessary — in case of systematic oppression and subjugation — against their own government. This distinction¹⁹⁵ challenges the

¹⁹² Namely: (1) the principle of the prohibition of the threat or use of force in international relations; (2) the principle of peaceful settlement of disputes; (3) the principle of non-intervention in the internal affairs of States; (4) the States' duty of international co-operation in accordance with the UN Charter; (5) the principle of equality of rights and self-determination of peoples; (6) the principle of sovereign equality of States; and (7) the principle of good faith in the fulfilment of obligations in accordance with the UN Charter.

¹⁹³ As, for example, and as well known, in its Advisory Opinion on *Western Sahara* of 1975, and in its Judgments in the *Nicaragua v. United States* case of 1986, and in the *East Timor* case of 1995.

¹⁹⁴ The international legal status of that territory (under Chapter XI of the UN Charter) generates likewise obligations of respect for the right of self-determination of the people living in it, as well as for the safeguard of the human rights of its inhabitants; cf., in this respect, e.g., I. Brownlie, "The Rights of Peoples in Modern International Law", in *The Rights of Peoples* (ed. J. Crawford), Oxford, Clarendon Press, 1988, pp. 1-16; [Various authors], *Les résolutions dans la formation du droit international du développement* (Colloque de 1970), Geneva, IUHEI, 1971, pp. 63-67.

¹⁹⁵ Endorsed in expert writing; cf., e.g., A. Cassese, *Self-Determination of Peoples — A Legal Reappraisal*, Cambridge University Press, 1995, pp. 1-365; P. Thornberry, "The Principle of Self-Determination", in *The United Nations and the Principles of Interna-*

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

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

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

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

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

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

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

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

purely inter-State paradigm of classic international law. In the current evolution of international law, international practice (of States and of international organizations) provides support for the exercise of self-determination by peoples¹⁹⁶ under permanent adversity or systematic repression, beyond the traditional confines of the historical process of decolonization. Contemporary international law is no longer insensitive to patterns of systematic oppression and subjugation.

185. The emergence and evolution of the international law of human rights came to concentrate further attention on the treatment dispensed by the State to all human beings under its jurisdiction, on the *conditions of living* of the population, in sum, on the function of the State as promoter of the common good. If the legacy of the II World Conference on Human Rights (1993) convened by the United Nations is to be summed up, it surely lies in the recognition of *the legitimacy of the concern of the international community as a whole with the conditions of living of the population everywhere and at any time*¹⁹⁷, with special attention to those in a situation of greater vulnerability and standing thus in greater need of protection. Further than that, this is the common denominator of the recent UN cycle of World Conferences throughout the nineties, which sought to conform the UN agenda for the dawn of the twenty-first century. Ironically, at the same time the international community was engaged in this exercise, discriminatory practices and grave violations of human rights and international humanitarian law kept on being perpetrated in Kosovo, and the news of those practices and violations promptly echoed in the United Nations.

186. Both the Security Council and the General Assembly, as well as other organs of the United Nations, promptly responded to the aggravation of the *humanitarian crisis* in Kosovo, by means of a series of resolutions they adopted (cf. *supra*). Security Council resolution 1244 (1999) itself, adopted on 10 June 1999, established UNMIK, drawing attention to the “grave humanitarian situation in Kosovo”¹⁹⁸, amounting to a “humanitarian tragedy”¹⁹⁹. It condemned all acts of violence against,

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

¹⁹⁶ Cf., on the matter, e.g., United Nations, *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, UN doc. HRI/GEN/1/Rev.3, of 15 August 1997, p. 13, paras. 1-2 and 6.

¹⁹⁷ A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 2nd ed., Vol. I, Porto Alegre/Brazil, S. A. Fabris Ed., 2003, pp. 241-242; *ibid.*, 1st ed., Vol. II, 1999, pp. 263-276; *ibid.*, 1st ed., Vol. III, 2003, pp. 509-510.

¹⁹⁸ Preamble, para. 4.

¹⁹⁹ Preamble, para. 6.

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

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

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

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

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

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

¹⁹⁸ Quatrième alinéa du préambule.

¹⁹⁹ Sixième alinéa du préambule.

and repression of, the population in Kosovo²⁰⁰. It called for, and insisted on, the voluntary and safe return of all refugees and (internally) displaced persons to their homes²⁰¹.

187. Its major concern was with the *population* in Kosovo; it thus decided to facilitate a “political process designed to determine Kosovo’s future status”²⁰². To that end, and “pending a final settlement”, it further decided to promote “substantial autonomy and self-government in Kosovo”²⁰³. Accordingly, two years after the adoption of Security Council resolution 1244 (1999), the Head of UNMIK, Special Representative of the UN Secretary-General (Mr. H. Haekkerup), promulgated, on 15 May 2001, the newly created “Constitutional Framework for Provisional Self-Government in Kosovo”²⁰⁴. The adoption of this document resulted from a concerted dialogue involving UNMIK itself, Kosovo’s authorities and members of its distinct communities. Significantly, the Constitutional Framework was not “conceptually linked” to any State, and rather addressed an “internationalized territory”²⁰⁵.

188. It went beyond the strict inter-State paradigm in international law. The aforementioned Constitutional Framework favoured the emergence of a “multi-ethnic civil society”, guided by the principles of protection to the national communities and of supervision by the Special Representative of the UN Secretary-General. In this understanding, it delegated to local institutions in Kosovo parts of the responsibility that UNMIK itself had undertaken since mid-1999, thus taking a relevant step towards the attainment of self-government in Kosovo²⁰⁶. In Kosovo’s evolving domestic legal order in its new era, a key role was reserved to the fundamental principles of equality and non-discrimination, and of humanity (in the framework of the *Law of the United Nations*), to which I shall now turn.

3. *The Fundamental Principle of Equality and Non-Discrimination*

189. I have already referred to the fact that the “principle of identical treatment in law and in fact” found judicial recognition, by the PCIJ, before the 1948 Universal Declaration of Human Rights (cf. paras. 70-71, *supra*). And even before that, it was deeply engraved in human conscience. More recently, the ICJ, in its *célèbre* Advisory Opinion on *Namibia* of 1971, pointed out that “the injured entity” was a “people”,

²⁰⁰ Preamble, para. 5; operative part, para. 3; Annex 1; and Annex 2, para. 1.

²⁰¹ Preamble, para. 7; operative part, para. 9 (*c*), 11 (*k*) and 13; Annex 1; Annex 2 (4) and (7).

²⁰² Operative part, para. 11 (*e*).

²⁰³ Operative part, para. 11 (*a*).

²⁰⁴ UN doc. UNMIK regulation 2001/9.

²⁰⁵ Carsten Stahn, “Constitution without a State? Kosovo under the United Nations Constitutional Framework for Self-Government”, 14 *Leiden Journal of International Law* (2001), pp. 542 and 544.

²⁰⁶ *Ibid.*, pp. 531-532, 557-558 and 561.

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

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

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

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

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

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

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

²⁰² Paragraphe 11 e) du dispositif.

²⁰³ Paragraphe 11 a) du dispositif.

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

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

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

which had to “look to the international community for assistance (*I.C.J. Reports 1971*, p. 56, para. 127). In their separate opinions, Judge Ammoun stressed the relevance of “the principles of equality, liberty and peace” embodied in the UN Charter and the 1948 Universal Declaration (*ibid.*, pp. 72 and 76-77), and Judge Padilla Nervo stressed the UN Charter’s call (Articles 1 (3) and 76 (*c*)) for the promotion of respect for human rights “for all, without distinction as to race . . .” (*ibid.*, pp. 111 and 126).

190. The fundamental principle of equality and non-discrimination is indeed of the utmost importance in the framework of the *Law of the United Nations*. When the United Nations engaged itself in the protection of the inhabitants of trust territories (Chapter XII of the UN Charter), or else of non-self-governing territories (Chapter XI), its humanitarian initiatives intended to bring about changes in the international legal order itself, as part of the historical process of its *humanization*. In its outlook, sovereignty “resided with the people, was at their service”; such “people-centered vision of sovereignty” was remindful of the preamble of the United Nations Charter, evoking “We the peoples of the United Nations”; this outlook is further illustrated by some rather novel conceptions, such as States’ automatic succession into human rights treaties, or extra-territorial application of human rights²⁰⁷.

191. International law, freed from the strictness and reductionism of the inter-State paradigm of the past, is nowadays conceived with due account of the fundamental principle of equality and non-discrimination. The UN Human Rights Committee itself, supervisory organ under the UN Covenant on Civil and Political Rights, has pronounced on States’ automatic succession into human rights treaties (*general comment* No. 26, of 1997, on “continuity of obligations”, para. 4) and on extra-territorial application of human rights (*general comment* No. 31, of 2004, on “the nature of the general legal obligation imposed on States Parties”, para. 10)²⁰⁸.

²⁰⁷ As timely recalled by Carsten Stahn, *The Law and Practice of International Territorial Administration — Versailles to Iraq and Beyond*, Cambridge University Press, 2008, pp. 112 and 755-756; and cf. pp. 753 and 759, for the UN proactive State-building practice developed as from the nineties.

²⁰⁸ Cf. text in: United Nations, *International Human Rights Instruments — Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, Vol. I, doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), of 27 May 2008, pp. 223 and 245. As to State succession, may it be recalled that, a resolution of the Institut de droit international (of 26 August 2001), though covering State succession in matters of property and debts rather than treaties, nevertheless acknowledged the need “to clarify and improve the situation of individuals” (Article 5 (2)), and affirmed, in the preamble, that “all situations

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

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

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

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

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

192. There is nowadays a considerable number of international instruments informed by, and conformed on the basis of, the fundamental principle of equality and non-discrimination. It is the case, *inter alia*, of the 1965 UN Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, of the 1973 UN Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, of the 1979 UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, of the 1985 Convention against Apartheid in Sports, of the 1990 UN Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, of the 1981 Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief, of the 1992 UN Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, the 1958 ILO Convention (No. 111) concerning Discrimination in Respect of Employment and Occupation and the 1960 Unesco Convention against Discrimination in Education, to name a few.

193. It goes beyond the scope of the present separate opinion to proceed to an examination of these instruments. At this stage, I limit myself to add that, parallel to this impressive law-making work on the basis of the fundamental principle of equality and non-discrimination, this latter has generated in recent decades much doctrinal writing (on pertinent provisions of human rights treaties in force)²⁰⁹ and an equally impressive jurisprudential construction on the principle at issue. As a result of all that, contemporary international law does not lose sight at all of the fundamental principle of equality and non-discrimination, keeps it in mind all the time and in distinct circumstances, with all the implications of this new posture.

194. Attention has thereby been rightly shifted from unaccountable “sovereign” prerogatives of the past to people-centered rights and accountability of territorial authorities. And it was about time that human conscience awakened to the imperative of doing so, so as to avoid the repetition of the atrocities of the recent past. The fundamental prin-

leading to a succession of States should take place in full conformity with public international law, and in particular with humanitarian law and human rights”. Cf. 69 *Annuaire de l’Institut de droit international — Session de Vancouver (2000-2001)* pp. 715 and 717. And, in relation to State succession as well as extra-territorial application of human rights, cf. further, *inter alia*, comments in: F. Pocar, “Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici ed Estradizione”, in *Diritti dell’Uomo, Estradizione ed Espulsione* (Atti del Convegno di Ferrara di 1999 per Salutare G. Battaglini, ed. F. Salerno), Padua/Milan, Cedam, 2003, pp. 89-90.

²⁰⁹ Cf., *inter alia*, e.g., J. Symonides (ed.), *The Struggle against Discrimination*, Paris, Unesco, 1996, pp. 3-43; T. Opsahl, *Law and Equality — Selected Articles on Human Rights*, Oslo, Ad Notam Gyldendal, 1996, pp. 165-206; M. Bossuyt, *L’interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l’homme*, Brussels, Bruylant, 1976, pp. 1-240; N. Lerner, *Group Rights and Discrimination in International Law*, 2nd ed., The Hague, Nijhoff, 2003, pp. 1-187.

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

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

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

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

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

ciple of equality and non-discrimination provides the foundation of an impressive series of human rights treaties (*supra*) which integrate the corpus *juris gentium* of contemporary international law. It is, however, by no means only a contemporary phenomenon, as the secular *principle of equality of treatment* in the relations among individuals as well as among peoples is deeply rooted in the *droit des gens* (*jus gentium*)²¹⁰.

195. Last but not least, on this particular point, I have had the occasion to dwell upon the incidence of the fundamental principle of equality and non-discrimination in a recent decision of this Court. In my dissenting opinion in the Court's Order of 6 July 2010 in the case concerning *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, *I.C.J. Reports 2010 (I)*, (original claim and counter-claim), I have deemed it fit to observe that

“As proclaimed, in the aftermath of the Second World War, by the 1948 Universal Declaration of Human Rights, ‘[a]ll human beings are born free and equal in dignity and rights’ (Article 1). This prohibition derives from the fundamental principle of equality and non-discrimination. This fundamental principle, according to Advisory Opinion No. 18 of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) on the *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants* (of 17 September 2003), belongs to the domain of *jus cogens*.

In that transcendental Advisory Opinion of 2003, the IACtHR, in line with the humanist teachings of the ‘founding fathers’ of the *droit des gens* (*jus gentium*), pointed out that, under that fundamental principle, the element of equality can hardly be separated from non-discrimination, and equality is to be guaranteed without discrimination of any kind. This is closely linked to the essential dignity of the human person, ensuing from the unity of the human kind. The basic principle of equality before the law and non-discrimination permeates the whole operation of the State power, having nowadays entered the domain of *jus cogens*²¹¹. In a concurring opinion, it was stressed that the fundamental principle of equality and non-discrimination permeates the whole *corpus juris* of the international law of human rights, has an impact in public international law, and projects itself onto general or customary international law itself, and integrates nowadays the expanding material content of *jus cogens*²¹².” (P. 381, paras. 134-135.)

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

²¹¹ IACtHR, Advisory Opinion No. 18 (of 17 September 2003), on the *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*, Series A, No. 18, paras. 83, 97-99 and 100-101.

²¹² *Ibid.*, concurring opinion of Judge A. A. Cañado Trindade, paras. 59-64 and 65-73. In recent years, the IACtHR, together with the *ad hoc* International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, have been the contemporary international tribunals

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

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

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

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

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

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

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

4. *The Fundamental Principle of Humanity in the Framework of the Law of the United Nations*

196. In the present separate opinion, I have already pointed out that the experiments of international organizations of mandates, minorities protection, trust territories, and, nowadays, international administration of territory, have not only turned closer attention to the “people” or the “population”, to the fulfilment of the needs, and the empowerment, of the inhabitants, but have also fostered — each one in its own way — their access to justice at international level (para. 90, *supra*). Such access to justice is understood *lato sensu*, i.e., as encompassing the *realization of justice*. Those experiments of international organizations (rendered possible by the contemporary expansion of the international legal personality, no longer a monopoly of States) have contributed to the vindication by individuals of their own rights, emanated directly from the *droit des gens*, from the law of nations itself.

197. In my perception, this is one of the basic features of the new *jus gentium* of our times. After all, every human being is an end in himself or herself, and, individually or collectively, is entitled to enjoy freedom of belief and “freedom from fear and want”, as proclaimed in the preamble of the Universal Declaration of Human Rights (para. 2). Every human person has the right to respect for his or her dignity, as part of the humankind. The recognition of this fundamental *principle of humanity* is one of the great and irreversible achievements of the *jus gentium* of our times. At the end of this first decade of the twenty-first century, the time has come to derive the consequences of the manifest non-compliance with this fundamental principle of humanity.

198. Rights inherent to the human person are endowed with universality (the unity of the humankind) and timelessness, in the sense that, rather than being “conceded” by the public power, they truly precede the formation of the society and of the State. Those rights are independent of any forms of socio-political organization, including the State created by society. The rights inherent to the human person precede, and are superior to, the State. All human beings are to enjoy the rights inherent to them, belonging to humankind. As a corollary of this, the safeguarding of such rights is not exhausted — it cannot be exhausted — in the action of States. By the same token, States are not to avail themselves of their entitlement to territorial integrity to violate systematically the personal integrity of human beings subject to their respective jurisdictions.

199. States, created by human beings gathered in their social *milieu*,

which have most contributed, in their case law, to the conceptual evolution of *jus cogens* (well beyond the law of treaties), and to the gradual expansion of its material content; cf. A. A. Cançado Trindade, “*Jus Cogens*: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case Law”, in XXXV *Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* — OAS (2008), pp. 3-29.

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

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

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

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

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

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

are bound to protect, and not at all to oppress, all those who are under their respective jurisdictions. This corresponds to the ethical minimum, universally reckoned by the international community of our times. States are bound to safeguard the integrity of the human person from systematic violence, from discriminatory and arbitrary treatment. The conception of fundamental and inalienable human rights is deeply engraved in the universal juridical conscience; in spite of variations in their enunciation or formulation, their conception marks presence in all cultures, and in the history of human thinking of all peoples²¹³.

200. This was captured in one of the rare moments — if not glimpses — of lucidity in the twentieth century (marked by successive atrocities victimizing millions of human beings), namely, that of the proclamation, by the UN General Assembly, of the Universal Declaration of Human Rights, on 10 December 1948. In the present Advisory Opinion on *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, the ICJ did not even mention — not even once — the Universal Declaration of Human Rights; as one of the Members of the Court, I feel, however, obliged to dwell upon it, given the considerable importance that I attribute to the Universal Declaration, in interaction with the United Nations Charter, for the consideration of a subject-matter like the one raised before the Court for the present Advisory Opinion.

201. I feel not only obliged, but likewise entirely free to do so, since, unlike the Advisory Opinion of the Court, in the present separate opinion I made a point of filling a void, by not eluding the *cause* of the grave humanitarian crisis in Kosovo, underlying not only the adoption of Security Council resolution 1244 (1999), but also the following declaration of independence of Kosovo, one decade later, of 17 February 2008. In fact, it should be kept in mind that the acknowledgement of the principle of respect for human dignity was introduced by the 1948 Universal Declaration, and is at the core of its basic outlook. It firmly asserts: “All human beings are born free and equal in dignity and rights” (Article 1). And it recalls that “disregard and contempt for human rights have resulted in barbarous acts which have outraged the conscience of mankind” (preamble, para. 2). The Universal Declaration warns that

“it is essential, if man is not compelled to have recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression, that human rights should be protected by the rule of law” (preamble, para. 3);

and it further acknowledges that

²¹³ Cf., e.g., [Various Authors] *Universality of Human Rights in a Pluralistic World (Proceedings of the 1989 Strasbourg Colloquy)*, Strasbourg/Kehl, N. P. Engel Verlag, 1990, pp. 45, 57, 103, 138, 143 and 155.

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

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

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

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

et aussi que

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

“recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world” (preamble, para. 1).

202. Since the adoption of the Universal Declaration in 1948, one could hardly anticipate that a historical process of generalization of the international protection of human rights was being launched, on a truly universal scale. Throughout more than six decades of remarkable historical projection, the Declaration has gradually acquired an authority which its draftsmen could not have foreseen. This happened mainly because successive generations of human beings, from distinct cultures and all over the world, recognized in it a “common standard of achievement” (as originally proclaimed), which corresponded to their deepest and most legitimate aspirations²¹⁴.

203. The Universal Declaration is widely recognized as having inspired, and paved the way for, the adoption of more than 70 human rights treaties²¹⁵, and having served as a model for the enactment of numerous human rights norms in national constitutions and legislations, while helping to ground decisions of national and international courts. The Declaration has been incorporated into the domain of customary international law, much contributing to render human rights the common language of humankind.

204. The Universal Declaration, moreover, is today widely recognized as an authoritative interpretation of human rights provisions of the Charter of the United Nations itself, heralding the transformation of the

²¹⁴ Already throughout the *travaux préparatoires* of the Universal Declaration (particularly in the 13 months between May 1947 and June 1948), the holistic view of all rights to be proclaimed promptly prevailed. Such an outlook was espoused in the official preparatory work of the Declaration, i.e., the debates and drafting in the former UN Commission on Human Rights (Rapporteur, René Cassin) and subsequently in the Third Committee of the General Assembly. In addition, in 1947, in a contribution to the work then in course in the UN Commission on Human Rights, Unesco undertook an examination of the main theoretical problems raised by the elaboration of the Universal Declaration; it circulated, to some of the most influential thinkers of the time around the world, a questionnaire on the relations between rights of individuals and groups in societies of different kinds and in distinct historical circumstances, as well as the relations between individual freedoms and social or collective responsibilities. For the answers provided, cf. *Los Derechos del Hombre — Estudios y Comentarios en torno a la Nueva Declaración Universal Reunidos por la Unesco*, Mexico/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1949, pp. 97-98 (Teilhard de Chardin), pp. 181-185 (Aldous Huxley), pp. 14-22 and pp. 69-74 (Jacques Maritain), pp. 24-27 (E. H. Carr), pp. 129-136 (Quincy Wright), pp. 160-164 (Levi Carneiro), pp. 90-96 (J. Haesaert), pp. 75-87 (H. Laski), pp. 143-159 (B. Tchechko), pp. 169-172 (Chung-Shu Lo), p. 23 (M. K. Gandhi), pp. 177-180 (S. V. Puntambekar), and pp. 173-176 (H. Kabir). The two UN World Conferences on Human Rights (Teheran, 1968; and Vienna, 1993) have given concrete expression to the interdependence of all human rights and to their universality, enriched by cultural diversity.

²¹⁵ Applied today on a permanent basis at global (UN) and regional levels, and all containing references to it in their preambles.

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

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

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

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

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

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

social and international order to secure the enjoyment of the proclaimed rights. In the preamble of the United Nations Charter, “the peoples of the United Nations” express their determination “to save succeeding generations from the scourge of war” (para. 1), and “to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person” (para. 2). This last assertion is repeated in the 1948 Universal Declaration (para. 5). The UN Charter, furthermore, repeatedly calls for universal respect for all, without distinction as to race, sex, language, or religion (Articles 1 (3), 13 (1) (b), 55 (c), and 76 (c)).

205. Grave breaches of fundamental human rights (such as mass killings, the practice of torture, forced disappearance of persons, ethnic cleansing, systematic discrimination) are in breach of the *corpus juris gentium*, as set forth in the UN Charter and the Universal Declaration (which stand above the resolutions of the United Nations political organs), and are condemned by the universal juridical conscience. Any State which systematically perpetrates those grave breaches acts criminally, loses its legitimacy, and ceases to be a State for the victimized population, as it thereby incurs into a gross and flagrant reversal of the humane ends of the State.

206. Under contemporary *jus gentium*, no State can revoke the constitutionally guaranteed autonomy of a “people” or a “population” to start then discriminating, torturing and killing innocent persons, or expelling them from their homes and practising ethnic cleansing — without bearing the consequences of its criminal actions or omissions. No State can, after perpetrating such heinous crimes, then invoke or pretend to avail itself of territorial integrity; the fact is that any State that acts this way ceases to behave like a State vis-à-vis the victimized population.

207. An international organization of universal vocation and scope of action like the United Nations, created on behalf of the peoples of the world (*supra*), is fully entitled to place under its protection a population that was being systematically discriminated against, and victimized by grave breaches of human rights and international humanitarian law, by war crimes and crimes against humanity. It is fully entitled, to my understanding, to assist that population to become master of its own destiny, and is thereby acting in pursuance of its Charter and the dictates of the universal juridical conscience.

208. In a historical context such as the one under review, the claim to territorial integrity, applicable in *inter-State relations*, is not absolute as some try to make one believe. If one turns to *intra-State relations*, territorial integrity and human integrity go together, with State authority

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

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

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

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

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

being exercised harmoniously with the condition of the population, aiming to fulfil their needs and aspirations. Territorial integrity, in its *intra-State* dimension, is an entitlement of States which act truly like States, and not like machines of destruction of human beings, of their lives and of their spirit²¹⁶. By the same token, self-determination is an entitlement of “peoples” or “populations” subjugated in distinct contexts (not only that of decolonization) systematically subjected to discrimination and humiliation, to tyranny and oppression. Such condition of inhumane subjugation goes against the Universal Declaration and the United Nations Charter altogether. It is in breach of the *Law of the United Nations*.

209. Last but not least, the fundamental principle of humanity has been asserted also in the case law of contemporary international tribunals. In the case of the *Massacre of Plan de Sánchez* (Judgment of 29 April 2004), concerning Guatemala, for example, at a certain stage of the proceedings before the IACtHR, the respondent State accepted its international responsibility for violations of rights guaranteed under the

²¹⁶ Already the ancient Greeks were aware of the devastating effects of the indiscriminate use of force and of war over both winners and losers, revealing the great evil of the substitution of the ends by the means: since the times of *The Iliad* by Homer until today — as so perspicaciously pondered by Simone Weil, one of the great thinkers of the twentieth century — all “belligerents” are transformed in means, in things, in the senseless struggle for power, incapable even to “subject their actions to their thoughts”. The terms “oppressors and oppressed” almost lose meaning, in face of the impotence of everyone in front of the machine of war, converted into a machine of destruction of the spirit and of fabrication of the “inconscience” (S. Weil, *Reflexiones sobre las Causas de la Libertad y de la Opresión Social*, Barcelona, Ed. Paidós/Universidad Autónoma de Barcelona, 1995, pp. 81-82, 84 and 130-131). As in *The Iliad* by Homer, there are no winners and losers, all are taken by force, possessed by war, degraded by brutalities and massacres; S. Weil, “L’Iliade ou le poème de la force (1940-1941)”, in *Oeuvres*, Paris, Quarto Gallimard, 1999, pp. 527-552. Homer’s perennial message — as to “the butchery of men” and the “wretched lives” of all those involved in endless fighting (cf. Homer, *The Iliad*, New York/London, Penguin Books, 1991 (re-ed.), pp. 222 and 543-544, verses 275-281 and 83-89) — is as valid and poignant in his times in ancient Greece as in our days. Throughout the centuries, the “butchery of men” has continued endlessly (cf., e.g., Bartolomé de Las Casas, *Tratados*, Vol. I, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1997 (reprint), pp. 14-199, and cf. pp. 219, 319 and 419), and lessons do not yet seem to have been sufficiently learned — in particular the pressing need and duty to secure the primacy of law over brute force. Thus, already in ancient Rome, M. T. Cicero pondered, in his *De Legibus* (*On the Laws*, Book II, circa 51-43 BC), that there was “nothing more destructive for States, nothing more contrary to right and law, nothing less civil and humane, than the use of violence in public affairs” (M. T. Cicero, *On the Commonwealth and On the Laws* (ed. J. E. G. Zetzel), Cambridge University Press, 2003 (re-ed.), Book III, *ibid.*, p. 172). And in his *De Republica* (circa late 50s-46 BC), Cicero added that nothing was “more damaging to a State” and “so contrary to justice and law” than recourse “to force through a measure of violence”, where a country had “a settled and established constitution” (M. T. Cicero, *The Republic — The Laws*, Oxford University Press, 1998, p. 166, Book III, para. 42). All those warnings sound, centuries later, in our days, quite contemporary.

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

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

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

American Convention on Human Rights, and, in particular, for “not guaranteeing the right of the relatives of the . . . victims and members of the community to express their religious, spiritual and cultural beliefs” (para. 36). In my separate opinion in that case, I pondered that the primacy of the principle of humanity is identified with the very end or ultimate goal of the law, of the whole legal order, both domestic and international, in recognizing the inalienability of all rights inherent to the human person (para. 17).

210. That principle marks its presence — I added — not only in the international law of human rights, but also in international humanitarian law, being applied in all circumstances. Whether it is regarded as underlying the prohibition of inhuman treatment (established by Article 3 common to the four Geneva Conventions on International Humanitarian Law of 1949), or else by reference to humankind as a whole, or still to qualify a given quality of human behaviour (*humaneness*), the principle of humanity is always and ineluctably present (paras. 18-20). The *ad hoc* International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY — Trial Chamber) likewise devoted attention to that principle in its judgments in, for example, the cases of *Mucic et alii* (of 20 February 2001) and of *Celebici* (of 16 November 1998). It may further be recalled that the *Martens clause*, which permeates the *corpus juris* of international humanitarian law from the times of the I Hague Peace Conference (1899) to our days, invokes and sustains the continued applicability of the principles of the law of nations, the “principles of humanity” and the “dictates of the public conscience”²¹⁷.

211. The same principle of humanity — I concluded in the aforementioned separate opinion in the case of the *Massacre of Plan de Sánchez* — also has incidence in the domain of international refugee law, as disclosed by the facts of the *cas d’espèce*, involving massacres and the State-policy of *tierra arrasada*, i.e., the destruction and burning of homes, which generated a massive forced displacement of persons (para. 23). Cruelties of the kind occur in different latitudes, in Europe as in the Americas, and in the other regions of the world — human nature being what it is. The point I wish to make here is that the principle of humanity operates, in my view, in a way to foster the convergences among the three trends of the international protection of the rights inherent to the human person (international law of human rights, international humanitarian law and international refugee law).

²¹⁷ Cf. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy), Counter-Claim, Order of 6 July 2010, I.C.J. Reports 2010 (I)*, dissenting opinion of Judge Cançado Trindade, p. 378, para. 126 and pp. 381-383, paras. 136-139.

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

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

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

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

XIV. TOWARDS A COMPREHENSIVE CONCEPTION OF THE INCIDENCE
OF *JUS COGENS*

212. May I now refer back to my brief reflections on the principle *ex injuria jus non oritur* (cf. *supra*, paras. 132-137), in order to address another point touched upon by the present Advisory Opinion of the ICJ on *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*. As I pointed out therein, in the years preceding the adoption of Security Council resolution 1244 (1999) — in the decade 1989-1999 — the United Nations as a whole was deeply concerned with all sorts of *injuriae* perpetrated against the population of Kosovo; there were successive grave breaches of human rights and of international humanitarian law, committed by all concerned and coming from all sides, seriously victimizing that population, and aggravating Kosovo's humanitarian crisis.

213. Yet, the invocation of the principle *ex injuria jus non oritur* by a couple of participants during the advisory proceedings before the Court referred only, in an atomized way, to one or another of the successive grave breaches committed in that period, and none of them referred to the successive *injuriae* as a whole (cf. *supra*). In paragraph 81 of the present Advisory Opinion, the ICJ has expressed concern with, and has drawn attention to, unlawful use of force, or other egregious violations of international law, in particular of peremptory norms of international law. I fully endorse the Court's concern with violations of *jus cogens*, and I go further than the Court in this respect.

214. The Court's *obiter dictum* appears (in paragraph 81) at the end of its reasoning addressing specifically one aspect, namely, that of the territorial integrity of States, a basic principle applicable at *inter-State* level. The Court, given the classic features of its own Statute and of its Rules (*interna corporis*), is used to reasoning in the straightjacket of the *inter-State* dimension. Yet, the incidence of *jus cogens* transcends that dimension. Egregious violations of international law, in particular of peremptory norms of general international law, have most regrettably taken place both at *inter-State* level (e.g., unlawful use of force, such as the 1999 bombings of Kosovo outside the framework of the UN Charter, resulting in many victims), and at *intra-State* level (e.g., the grave violations of human rights and of international humanitarian law perpetrated in Kosovo throughout the decade of 1989-1999, victimizing its population).

215. As to these latter, in contemporary international law it is clear that the prohibitions of torture, of ethnic cleansing, of summary or extra-legal executions, of forced disappearance of persons, are *absolute* prohibitions, in any circumstances whatsoever: they are prohibitions of *jus cogens*. Breaches (at *intra-State* level) of those prohibitions, such as those which occurred in Kosovo during its grave humanitarian crisis, are violations of peremptory norms of general international law (i.e., of *jus*

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

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

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

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

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

cogens), promptly engaging the responsibility of their perpetrators (States and individuals), with all the juridical consequences ensuing therefrom (which have not yet been sufficiently elaborated by international case law and legal doctrine to date).

216. By bearing in mind only the inter-State dimension, the Court's aforementioned *obiter dictum* has pursued also an unsatisfactory atomized outlook. The truth is that *jus cogens* has an incidence at both *inter-State* and *intra-State* levels, in the relations between States *inter se*, as well as in the relations between States and all human beings under their respective jurisdictions. We may here behold *horizontal* (inter-State) and *vertical* (intra-State) dimensions. This is the comprehensive conception of the incidence of *jus cogens* that, to my understanding, the Court should from now on espouse.

217. In this latter (vertical) dimension, in our times, the State's territorial integrity goes hand in hand with the State's respect of, and guarantee of respect for, the human integrity of all those human beings under its jurisdiction. A State's territory cannot be used by its authorities for the pursuance of criminal policies, in breach of *jus cogens* prohibitions (such as the ones aforementioned). A State's territorial borders cannot be used by its authorities, responsible for grave breaches of human rights or of international humanitarian law, as a shelter or shield to escape from the reach of the law and to enjoy impunity, after having committed atrocities which shocked the conscience of humankind. After all, *hominum causa omne jus constitutum est* (all law is created, ultimately, for the benefit of human beings); this maxim, originated in Roman law, is nowadays common to both the national and the international legal orders (the *jus gentium* of our times).

XV. FINAL CONSIDERATIONS: KOSOVO'S INDEPENDENCE WITH UNITED NATIONS SUPERVISION

218. In view of the Court's reasoning being almost entirely based on Security Council resolution 1244 (1999), I feel obliged to make a couple of further points in the present separate opinion. First, no one would deny the central position here of Security Council resolution 1244 (1999), but the fact is that resolution 1244 (1999) is the outcome of a political compromise²¹⁸, and, above it and above all resolutions of the Security Council (and of other political organs of the UN), lies the *United Nations*

²¹⁸ After its adoption, the debate persisted between, on the one hand, those States which laid emphasis on the reference the "territorial integrity" of the F. R. Yugoslavia, found in a preambular paragraph (and Annex 2, para. 8) of resolution 1244 (1999), and those States which stressed that that preambular paragraph of the resolution at issue did not create binding obligations and applied only to Kosovo's interim phase, and not to its final status, which was not determined by resolution 1244 (1999); cf. A. Tancredi, "Neither Authorized nor Prohibited? Secession and International Law after Kosovo, South

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

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

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

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

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

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

Charter. It is the UN Charter that is ultimately to guide any reasoning. Secondly, the Court's argument that it "sees no need to pronounce" on other Security Council resolutions adopted "on the question of Kosovo" (as stated in paragraph 86) prior to resolution 1244 (1999) (and anyway "recalled" in the preamble of this latter) is, in my view, not well founded: it simply begs the question.

219. It simply enables the Court to proceed to a "technical" and aseptic examination of Kosovo's declaration of independence of 17 February 2008, making abstraction of the complex and tragic factual background of the *grave humanitarian crisis of Kosovo*, which culminated in the adoption by the Security Council of its resolution 1244 (1999). While not "pronouncing" on other resolutions of the Security Council (and certainly not of the General Assembly, the importance of which it clearly appears to unduly minimize in paragraph 38), the Court appears at pains when it reckons the need to at least take into account other Security Council resolutions (without "pronouncing" on them), prior to resolution 1244 (1999), just to illustrate one aspect of the crisis (in paragraph 116), in an incomplete way²¹⁹.

220. The result is that the Court has found it sufficient just to refer briefly and *in passim* to the Kosovo crisis²²⁰, without explaining anywhere in the Advisory Opinion what caused that crisis, and what it consisted of; this is exactly what has been addressed in detail by the Security Council resolutions prior to resolution 1244 (1999), and by General Assembly resolutions, and by manifestations of other organs of the United Nations. As I do not accompany nor endorse the Court's reasoning, I have felt obliged, as a Member of the Court, to lay down in the present separate opinion my own reasoning, which includes a consideration of the reiterated *expressions of grave concern with the humanitarian tragedy in Kosovo* on the part of the Security Council, of the General Assembly, of ECOSOC, of the Secretary-General (cf. *supra*), in sum, of the *United Nations as a whole*.

221. To me, the whole factual background should have been treated by the Court with the same zeal and attention to detail which prompted it to consider the factual circumstances that surrounded the act of adoption by the Assembly of Kosovo of the declaration of independence. I have concluded, like the Court, that the ICJ has jurisdiction to deliver the

Ossetia and Abkhazia", 18 *Italian Yearbook of International Law* (2008), pp. 55-56. In effect, operative paragraph 11 (*a*) of that resolution expressly referred to the promotion of "the establishment, pending a final settlement, of substantial autonomy and self-government in Kosovo".

²¹⁹ Further brief references to those other resolutions of the Security Council are found in paragraphs 91 and 98.

²²⁰ E.g., paras. 95, 97-98 and 116.

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

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

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

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

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

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

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

advisory opinion requested by the General Assembly, that it ought to comply with the General Assembly's request for the advisory opinion, and that Kosovo's declaration of independence of 17 February 2008 did not violate international law; but I have so concluded on the basis of my own reasoning, developed in the present separate opinion, which is clearly distinct from the Court's reasoning.

222. Another aspect which cannot pass unnoticed here pertains to the recent practice of the Security Council, as reflected in some of its resolutions, of addressing not only States but also non-State entities, and thus going beyond the strict inter-State dimension. The Court briefly refers to it (paras. 115-117), as well as to the growing need of securing a proper interpretation of resolutions of the Security Council (para. 94). Yet, the Court touches on these two points without further elaboration. Without intending to go deeper into this matter, I shall, however, refer here to one additional point, not touched upon by the Court, which in this connection cannot be overlooked.

223. The Security Council's increasing engagement, from the early nineties onwards, in operations not only of peacekeeping, but also of conflict prevention, peacemaking and peacebuilding, has enlarged its horizon as to the exercise of its functions. This is a well-known contemporary phenomenon within the *Law of the United Nations*²²¹. In this context, the fact that the Security Council has lately started making demands on, besides States, also non-State entities (including groups of individuals), is not so surprising, after all. What, however, needs to be added — as the Court seems to have missed this point — is that the Security Council also has its “constitutional framework”: the United Nations Charter. However broad its powers might be, or might have become nowadays, they remain limited by the United Nations Charter itself.

224. The Security Council is not the legislator of the world, but rather one of the main political organs of the United Nations, and the central organ entrusted with the maintenance of international peace and security under the UN Charter. For the consideration of the question put to the Court by the General Assembly for the present Advisory Opinion, the *Grundnorm* is not Security Council resolution 1244 (1999), but rather the United Nations Charter. And the Charter has placed limits on the action of all its organs, including the Security Council. In the case of Kosovo, the Security Council has acted within those limits, and, by means of its resolution 1244 (1999), has placed the grave humanitarian crisis of Kosovo within the framework of the *Law of the United Nations*. This latter, in turn, has been particularly attentive to the conditions of living of the

²²¹ Cf., *inter alia*, e.g., K. Manusama, *The United Nations Security Council in the Post-Cold War Era — Applying the Principle of Legality*, Leiden, Nijhoff, 2006, pp. 1-320; B. G. Ramcharan, *The Security Council and the Protection of Human Rights*, The Hague, Nijhoff, 2002, pp. 1-213.

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

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

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

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

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

population, in Kosovo as in distinct parts of the world, so as to preserve international peace and security.

225. There is still one remaining line of consideration that I deem proper to add hereto. At the close of the oral proceedings before this Court relating to the present Advisory Opinion on *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, in the public sitting of 11 December 2009, I put to the participants the following question:

“United Nations Security Council resolution 1244 (1999) refers, in its paragraph 11(a), to ‘substantial autonomy and self-government in Kosovo’, taking full account of the Rambouillet accords. In your understanding, what is the meaning of this *renvoi* to the Rambouillet accords? Does it have a bearing on the issues of self-determination and/or secession? If so, what would be the prerequisites of a people’s eligibility into statehood, in the framework of the legal regime set up by Security Council resolution 1244 (1999)? And what are the factual preconditions for the configurations of a ‘people’, and of its eligibility into statehood, under general international law?”

226. Fifteen participants cared to provide their answers to my question: Kosovo²²², Serbia²²³, Albania²²⁴, Argentina²²⁵, Austria²²⁶, Burundi²²⁷, Cyprus²²⁸, Finland²²⁹, France²³⁰, Netherlands²³¹, Romania²³², Spain²³³, United Kingdom²³⁴, United States²³⁵, and Venezuela²³⁶. After a careful reading of those 15 answers, I am led to extract and select a couple of points, made therein, to which I attach particular importance.

227. The *renvoi* of Security Council resolution 1244 (1999) to the Rambouillet accords was meant to create the conditions for substantial autonomy and an extensive form of self-governance in Kosovo²³⁷, in

²²² CR 2009/115.

²²³ CR 2009/111.

²²⁴ CR 2009/106.

²²⁵ CR 2009/110.

²²⁶ CR 2009/116.

²²⁷ CR 2009/117.

²²⁸ CR 2009/109.

²²⁹ CR 2009/107.

²³⁰ CR 2009/118.

²³¹ CR 2009/108.

²³² CR 2009/112.

²³³ CR 2009/114.

²³⁴ CR 2009/119.

²³⁵ CR 2009/113.

²³⁶ CR 2009/120.

²³⁷ Answers by Kosovo (para. 19), Serbia (para. 3.12), United States (pp. 1 and 4), United Kingdom (para. 11), Argentina (para. 4).

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

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

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

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

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

²²² CR 2009/115.

²²³ CR 2009/111.

²²⁴ CR 2009/106.

²²⁵ CR 2009/110.

²²⁶ CR 2009/116.

²²⁷ CR 2009/117.

²²⁸ CR 2009/109.

²²⁹ CR 2009/107.

²³⁰ CR 2009/118.

²³¹ CR 2009/108.

²³² CR 2009/112.

²³³ CR 2009/114.

²³⁴ CR 2009/119.

²³⁵ CR 2009/113.

²³⁶ CR 2009/120.

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

view of the “unique circumstances of Kosovo”²³⁸ (cf. *supra*). In the course of the following decade (1999-2009), the population of Kosovo was able, thanks to resolution 1244 (1999) of the Security Council, to develop its capacity for substantial self-governance, as its declaration of independence by the Kosovar Assembly on 17 February 2008 shows. Declarations of the kind are neither authorized nor prohibited by international law, but their consequences and implications bring international law into the picture.

228. Furthermore, it would not be necessary to indulge into semantics of what constitutes a “people” either. This is a point which has admittedly been defying international legal doctrine to date. In the context of the present subject-matter, it has been pointed out, for example, that terms such as “Kosovo population”, “people of Kosovo”, “all people in Kosovo”, “all inhabitants in Kosovo”, appear indistinctly in Security Council resolution 1244 (1999) itself²³⁹. There is in fact no terminological precision as to what constitutes a “people” in international law²⁴⁰, despite the large experience on the matter. What is clear to me is that, for its configuration, there is a conjugation of factors, of an objective as well as a subjective character, such as traditions and culture, ethnicity, historical ties and heritage, language, religion, sense of identity or kinship, the will to constitute a people²⁴¹; these are all *factual*, not *legal*, elements, which usually overlap each other²⁴².

229. It may be recalled that the UNMIK Constitutional Framework for Kosovo (2001) itself (cf. *supra*), clarifying the UN approach to the

²³⁸ Answer by the United Kingdom (para. 12). The Rambouillet Conference brought Europe — besides the UN itself — into the framework of the Kosovo crisis, in yet another demonstration that the crisis had become a matter of “international concern”; E. Decaux, “La Conférence de Rambouillet — Négociation de la dernière chance ou contrainte illicite?”, in *Kosovo and the International Community — A Legal Assessment* (ed. Ch. Tomuschat), The Hague, Kluwer, 2002, pp. 45-64.

²³⁹ In preamble, para. 5, operative para. 10, and Annex 2, para. 5; in Annex 2, para. 4, operative para. 10; in Annex 1, principle 4; and in Annex 2, para. 5, respectively; answer by Spain (para. 20).

²⁴⁰ It has been argued, for example, that, for a human collectivity or a group to constitute a “people” for eligibility to statehood, it would need: (a) sharing of common background of ethnicity, language, religion, history and cultural heritage; (b) territorial integrity of the area claimed; (c) the subjective element of the group’s self-conscious perception as a distinct “people”, able to form a viable political entity; for the view that the Kosovars meet these requirements and constitute a “people”, and, moreover, their right to internal self-determination was not respected by Milošević-led Serbia, cf., e.g., M. Sterio, “The Kosovar Declaration of Independence: ‘Botching the Balkans’ or Respecting International Law?”, 37 *Georgia Journal of International and Comparative Law* (2008-2009), pp. 277 and 287.

²⁴¹ Answers by the Netherlands (para. 16), and Albania (paras. 20-21).

²⁴² Answer by Finland (p. 3).

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

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

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

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

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

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

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

²⁴² Réponse de la Finlande (p. 3).

matter at issue, pointed out that Kosovo is “an entity” which, “with its people, has unique historical, legal, cultural and linguistic attributes” (para. 1.1)²⁴³. To these elements I would add yet another one — and a significant one — namely, that of *common suffering*: common suffering creates a strong sense of identity. Many centuries ago, Aeschylus (525-circa 456 BC) had an intuition to that, in his penetrating *Oresteian Trilogy*: he made clear — in the third choral Ode in *Agamemnon*, and in the culmination of the final procession in *The Eumenides* — that human beings learn by suffering, and they ultimately learn not simply how to avoid suffering, but how to do right and to achieve justice. Nowadays, in 2010, so many centuries later, I wonder whether Aeschylus was being, perhaps, a bit too confident, but, in any case, I greatly sympathize with his brave message, which I regard as a most valuable and a timeless or perennial one.

230. It is true that UN Security Council resolution 1244 (1999) did not determine Kosovo’s end-status, nor did it prevent or impede the declaration of independence of 17 February 2008 by Kosovo’s Assembly to take place. The UN Security Council has not passed any judgment whatsoever on the chain of events that has taken place so far. There remains the UN presence in Kosovo, under the umbrella of Security Council resolution 1244 (1999). It has operated in favour of Kosovo’s “substantial autonomy” and self-government, and, in the view of some, also of its independence²⁴⁴.

231. This is not, after all, so surprising, if one keeps in mind the special attention of the contemporary UN experiments of international administration of territory to the conditions of living of the population (in the line of the similar concern of the prior experiments of the mandates system under the League of Nations, and of the United Nations trusteeship systems — cf. *supra*), thus disclosing a *humanizing* perspective. The permanence of the UN presence in Kosovo, also from now on, appears necessary, for the sake of human security, and the preservation of international peace and security in the region.

232. In the other contemporary example of UN international administration of territory, that of *East Timor*, even a few years after the completion of the task of UNTAET and the proclamation of independence of East Timor, the UN has been keeping a residual presence in the new State of East Timor until now (mid-2010)²⁴⁵. Would anyone dare to suggest it should be removed? Hardly so. With all the more reason, in the case of Kosovo, given its factual background, the UN presence therein

²⁴³ Cited in answer by Austria (p. 2).

²⁴⁴ Cf., to this effect, e.g., G. Serra, “The International Civil Administration in Kosovo . . .”, *op. cit. supra* footnote 55, pp. 77-78, 81-82 and 87.

²⁴⁵ By means of its resolution 1704 (2006) of 25 August 2006, the Security Council established the new UN Integrated Mission in East Timor (UNMIT), whose mandate has been renewed ever since (Security Council resolutions 1802 (2008) of 25 February 2008,

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

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

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

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

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

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

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

seems to remain quite necessary. Kosovo, as a State *in statu nascendi*, badly needs “supervised independence”, as recommended in the Report on Kosovo’s future Status (2007) presented by the Special Envoy of the UN Secretary-General (Mr. M. Ahtisaari).

233. That Report, accompanied by the Special Envoy’s Comprehensive Proposal for the Kosovo Status Settlement, presented in mid-March 2007²⁴⁶, contains proposals of detailed measures aiming at: (a) ensuring the promotion and protection of the rights of communities and their members; (b) the effective decentralization of government and public administration (so as to encourage public participation); (c) the preservation and protection of cultural and religious heritage. The ultimate goal is the formation and consolidation of a multi-ethnic democratic society. To that end, Kosovo will have no “official” religion, will promote the voluntary and safe return of refugees and internally displaced persons, will secure *direct applicability* in domestic law of provisions of human rights treaties and international instruments, will secure representation of non-majority communities in its Assembly, will have Albanian and Serbian as official languages, will secure the formation and establishment of an independent judiciary based upon the rule of law.

234. Furthermore, Kosovo will secure the prevalence of the fundamental principle of equality and non-discrimination, the exercise of the right of participation in public life, and of the right of equal access to justice by everyone. In the framework of all these proposed measures, the safeguard of the rights of the members of the Serb community (as a minority) assumes special importance²⁴⁷, as well as the promotion of the preservation of the cultural and religious heritage²⁴⁸ of all communities as an integral part of the heritage of Kosovo.

235. In its declaration of independence of 17 February 2008, Kosovo’s Assembly expressly accepts the recommendations of the UN Special Envoy’s Comprehensive Proposal for the Kosovo Status Settlement²⁴⁹, and adds that

“We declare Kosovo to be a democratic, secular and multi-ethnic Republic, guided by the principles of non-discrimination and equal protection under the law. We shall protect and promote the rights of all communities in Kosovo . . .”²⁵⁰

and 1867 (2009) of 26 February 2009); recently, by its resolution 1912 (2010) of 26 February 2010, the Security Council has again renewed UNMIT’s mandate for one year.

²⁴⁶ Cf. UN docs. S/2007/168 and S/2007/168/Add. 1.

²⁴⁷ As the riots of 2004 indicate.

²⁴⁸ With the continuous and undisturbed existence and operation of the Serbian Orthodox Church in Kosovo.

²⁴⁹ Preamble, para. 12; operative part, paras. 1, 3, 4, 5 and 12.

²⁵⁰ Operative part, para. 2.

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

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

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

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

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

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

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

²⁴⁷ Comme le montrent les émeutes de 2004.

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

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

²⁵⁰ Paragraphe 2 du dispositif.

In the declaration of independence, Kosovo's Assembly, furthermore, accepts the continued presence of the UN in Kosovo, on the basis of Security Council resolution 1244 (1999)²⁵¹, and expresses its commitment to “act consistent with principles of international law and resolutions of the Security Council”, including resolution 1244 (1999)²⁵².

236. The Special Representative of the UN Secretary-General continues, in effect, to exercise his functions in Kosovo to date, as the Court recalls in paragraph 92 of the present Advisory Opinion on *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*; but, contrary to what may be inferred from the Court's brief reference (without any analysis) to the Reports of the Secretary-General on the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo, issued after the declaration of independence by Kosovo's Assembly (period 2008-2010)²⁵³, the situation in Kosovo today is not the same as at the time of its declaration of independence. An examination of the aforementioned Reports indicates that Kosovo's situation has undergone changes in the period 2008-2010.

237. Thus, the Report of the Secretary-General of 24 November 2008, for example, commented that Kosovo's declaration of independence and its new Constitution posed difficulties and challenges to UNMIK's ability to exercise its administrative authority, but it has never stated that the evolving circumstances represented a violation of resolution 1244 (1999) of the Security Council; it has never attempted to “annul” that declaration of independence (para. 21). The Secretary-General admitted making adjustments in UNMIK in the light of the evolving circumstances, rather than opposing these latter, and he added that this would be done by means of a “reconfiguration process” of the international presence in Kosovo (paras. 22-25). He insisted on such UNMIK “reconfiguration” in his Reports of 17 March 2009 (paras. 12-14 and 16-17), and of 10 June 2009 (paras. 18-20).

238. In his following Report, of 30 September 2009, the Secretary-General informed that the “gradual adjustment” and “reconfiguration” of UNMIK had been “successfully concluded” (para. 2), and its role was now that of promotion of security and stability in Kosovo and in the Balkans (para. 3), defusing tensions and facilitating practical co-operation with all communities in Kosovo “as well as between the authorities in Pristina and Belgrade” (paras. 3 and 46-47). The same outlook has been

²⁵¹ Operative part, para. 5.

²⁵² Operative part, para. 12.

²⁵³ Ever since Kosovo's declaration of independence, six Reports of the Secretary-General on the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo have been issued and reproduced in the following documents: United Nations docs. S/2008/692, of 24 November 2008, pp. 1-23; S/2009/149, of 17 March 2009, pp. 1-18; S/2009/300, of 10 June 2009, pp. 1-17; S/2009/497, of 30 September 2009, pp. 1-19; S/2010/5, of 5 January 2010, pp. 1-18; and S/2010/169, of 6 April 2010, pp. 1-19, respectively.

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

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

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

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

²⁵¹ Paragraphe 5 du dispositif.

²⁵² Paragraphe 12 du dispositif.

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

pursued in the two most recent Reports of the Secretary-General (of 2010), which indicate, as areas of priority, those of elections and decentralization, security, rule of law, returns, cultural and religious heritage, community issues, human rights, and Kosovo's representation and engagement in international and regional forums (Reports of 5 January 2010, paras. 15-46, and of 6 April 2010, paras. 16-38). In sum, there has been an apparent acceptance by UNMIK of the new situation, after Kosovo's declaration of independence, in view of its successive endeavours to adjust itself to the circumstances on the ground, so as to benefit the population concerned.

239. In conclusion, States exist for human beings and not vice-versa. Contemporary international law is no longer indifferent to the fate of the population, the most precious constitutive element of statehood. The advent of international organizations, transcending the old inter-State dimension, has helped to put an end to the reversal of the ends of the State. This distortion led States to regard themselves as final repositories of human freedom, and to treat individuals as means rather than as ends in themselves, with all the disastrous consequences which ensued therefrom. The expansion of international legal personality entailed the expansion of international accountability.

240. States transformed into machines of oppression and destruction ceased to be States in the eyes of their victimized population. Thrown into lawlessness, their victims sought refuge and survival elsewhere, in the *jus gentium*, in the law of nations, and, in our times, in the *Law of the United Nations*. I dare to nourish the hope that the conclusion of the present Advisory Opinion of the International Court of Justice will mark the closing chapter of yet another long episode of the timeless saga of humankind in search of emancipation from tyranny and systematic oppression.

(Signed) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

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

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

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

(Signé) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.