

## DECLARATION OF VICE-PRESIDENT TOMKA

*The Court should have exercised its discretion and declined to respond to the General Assembly's request — The Security Council's silence cannot be interpreted as implying any tacit approval of the declaration — The General Assembly does not have "sufficient interest" in requesting this opinion — The Advisory Opinion is prejudicial to the exercise of the Security Council's powers — The conclusion of the Court has no basis in the facts relating to the adoption of the declaration of independence — Important Kosovo actors and United Nations officials equally considered that the Assembly of Kosovo authored the declaration of independence — The legal framework applicable in Kosovo — Final settlement to be determined by the agreement between the parties or by the Security Council, but not merely by one party.*

1. The majority of the Court has decided to reply to the request of the General Assembly for the advisory opinion. It provided its answer albeit only after having "adjusted" the question. That "adjustment" was of critical importance to the answer given; in fact, it was outcome-determinative. As those in the majority admit, "[t]he identity of the authors of the declaration of independence . . . is a matter which is capable of affecting the answer to the question whether [the] declaration was in accordance with international law" (Advisory Opinion, para. 52). In my judicial conscience, although being fully aware of the "realities on the ground"<sup>1</sup>, I am unable to join my colleagues in the majority in this "adjustment" exercise.

## DISCRETION AND PROPRIETY

2. This is a case in which the Court should have exercised its discretion as to whether to reply to a question put to it. Article 65 of the Statute, providing that "[t]he Court *may* give an advisory opinion" (in French it reads: "*La Cour peut donner un avis consultatif*") leaves no doubt that the Court is under no legal obligation to comply with a request. The

---

<sup>1</sup> These realities are succinctly described in the Report of Mr. Ahtisaari, the Special Envoy of the Secretary-General on Kosovo's future status (UN doc. S/2007/168). They led him, once his effort to achieve a negotiated settlement failed, to submit his recommendation: that Kosovo's status be independence, supervised by the international community. Despite his urging that the Security Council endorse his settlement proposal, it received no such endorsement by the Council.

## DÉCLARATION DE M. LE JUGE TOMKA, VICE-PRÉSIDENT

[Traduction]

*La Cour aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser de répondre à la demande de l'Assemblée générale — Le silence du Conseil de sécurité ne peut être interprété comme une approbation tacite de la déclaration — L'Assemblée générale n'avait pas un « intérêt suffisant » pour solliciter cet avis — L'avis consultatif porte atteinte à l'exercice de ses pouvoirs par le Conseil de sécurité — La conclusion de la Cour ne trouve aucun fondement dans les faits ayant entouré l'adoption de la déclaration d'indépendance — D'importantes parties prenantes au Kosovo et des fonctionnaires de l'Organisation des Nations Unies ont estimé les unes et les autres que l'Assemblée du Kosovo était l'auteur de la déclaration d'indépendance — Le cadre juridique applicable au Kosovo — Le règlement final doit être décidé par accord entre les parties ou par le Conseil de sécurité, mais pas par une partie uniquement.*

1. A la majorité de ses membres, la Cour a décidé de répondre à la demande d'avis consultatif de l'Assemblée générale. Elle n'a toutefois donné sa réponse qu'après avoir « ajusté » la question. Il s'agissait d'un ajustement décisif pour que la Cour puisse parvenir à la réponse qui a été donnée — il a en fait été déterminant. Comme l'admettent les membres de la majorité, « l'identité des auteurs de la déclaration d'indépendance [était] un point [pouvant] avoir une incidence sur la réponse à la question de la conformité au droit international de cette déclaration » (avis consultatif, par. 52). En toute conscience judiciaire, bien qu'ayant pleinement connaissance des « réalités sur le terrain »<sup>1</sup>, je ne suis pas en mesure d'accompagner mes collègues de la majorité dans cet exercice d'« ajustement ».

### POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE ET OPPORTUNITÉ JUDICIAIRE

2. Il s'agit d'une affaire dans laquelle la Cour aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire et se demander s'il convenait de répondre à la question qui lui était posée. Les termes de l'article 65 du Statut, à savoir que « [l]a Cour *peut* donner un avis consultatif » (en anglais: « [t]he Court *may* give an advisory opinion »), ne laissent aucun doute sur le fait que la

<sup>1</sup> Ces réalités sont résumées dans le rapport de M. Ahtisaari, l'envoyé spécial du Secrétaire général, sur le statut futur du Kosovo (Nations Unies, doc. S/2007/168). Elles ont amené ce dernier, après l'échec de ses efforts pour parvenir à un règlement négocié, à recommander que le Kosovo devienne indépendant sous la supervision de la communauté internationale. Bien qu'il ait demandé instamment que le Conseil de sécurité approuve sa proposition de règlement, le Conseil ne l'a pas fait.

Court possesses such discretion in order to protect the integrity of its judicial function and its nature as a judicial organ.

3. To answer the question put to the Court requires it not only to interpret Security Council resolution 1244 but also to make a *determination* whether an act adopted by the institutions of Kosovo, which has been put under a régime of international territorial administration, is or is not in conformity with the legal framework applicable to and governing that régime, i.e., Security Council resolution 1244 and the measures adopted thereunder, in particular the Constitutional Framework.

4. The Security Council, which remains actively seized of matters relating to Kosovo, has made no such determination and its silence cannot be interpreted as implying the tacit approval of, or acquiescence with, the act adopted on 17 February 2008, in view of the disagreements on this issue publicly voiced by its members, in particular, its permanent members<sup>2</sup>. These disagreements persist and have been reaffirmed in the course of this advisory proceeding, both in the written and oral submissions.

5. The request for an advisory opinion was addressed to the Court by the General Assembly. The Assembly did not deal with the situation in Kosovo when a proposal to request an advisory opinion was made by Serbia. A new item had to be included in the General Assembly's agenda. Now, when the majority's opinion is delivered, the Assembly is free to discuss it, but certainly as long as the Security Council remains actively seized of the situation in Kosovo and exercises its function with respect to it, Article 12, paragraph 1, of the Charter prevents the General Assembly from making any recommendation with regard to the status of Kosovo. I fail to see any "sufficient interest" for the Assembly in requesting the opinion and agree with the view of Judge Keith, expressed in his separate opinion, on this point.

6. Through the question put to it by the *General Assembly*, the Court has become immersed in the disagreements prevailing in the *Security Council* on this issue, the Council having been still actively seized of the matter but not requesting any advice from the Court. With the answer offered by the majority, the Court takes sides while it would have been judicially proper for it to refrain from doing so.

7. As the former President of this Court, the late Manfred Lachs, wisely observed in the case relating to the situation in which the Security Council had been actively exercising its powers, as in the present one,

"it is important for the purposes and principles of the United Nations

---

<sup>2</sup> See statements by the Members of the Security Council at the meeting, held on 18 February 2008, convened some 24 hours upon the issuance of the declaration of independence (UN doc. S/PV.5839, *passim*).

Cour n'est pas juridiquement tenue de donner suite à une demande. La Cour s'est vu conférer ce pouvoir discrétionnaire pour protéger l'intégrité de sa fonction judiciaire et sa nature d'organe judiciaire.

3. Pour répondre à la question qui lui avait été posée, la Cour devait non seulement interpréter la résolution 1244 du Conseil de sécurité, mais aussi *déterminer* si un acte adopté par les institutions du Kosovo, lequel avait été placé sous un régime international d'administration territoriale, était ou non conforme au cadre juridique applicable à ce régime et le réglementant, c'est-à-dire à la résolution 1244 du Conseil de sécurité et aux mesures adoptées en vertu de celle-ci, en particulier le cadre constitutionnel.

4. Le Conseil de sécurité, qui demeure activement saisi de questions touchant au Kosovo, ne s'est pas prononcé sur ce point et son silence ne peut être interprété comme une approbation tacite de l'acte adopté le 17 février 2008 ni comme un acquiescement à cet acte, étant donné les désaccords sur ce point exprimés publiquement par ses membres, en particulier ses membres permanents<sup>2</sup>. Ces désaccords persistent et ont été réaffirmés dans le cadre de la présente procédure consultative, aussi bien dans les pièces écrites qu'aux audiences.

5. La demande d'avis consultatif a été adressée à la Cour par l'Assemblée générale. L'Assemblée ne s'occupait pas de la situation au Kosovo lorsque la Serbie a présenté une proposition tendant à ce qu'un avis consultatif soit sollicité. Un nouveau point a dû être inscrit à l'ordre du jour de l'Assemblée générale. L'avis de la majorité ayant été rendu, l'Assemblée est libre d'en débattre, mais, assurément, aussi longtemps que le Conseil de sécurité demeure activement saisi de la situation au Kosovo et exerce ses fonctions en ce qui la concerne, le paragraphe 1 de l'article 12 de la Charte empêche l'Assemblée générale de faire une quelconque recommandation sur le statut du Kosovo. Je ne pense pas que l'Assemblée générale avait «suffisamment intérêt» à demander cet avis consultatif et je souscris à l'appréciation portée à cet égard par le juge Keith dans son opinion individuelle.

6. Par le biais de la question que lui a posée l'*Assemblée générale*, la Cour s'est trouvée impliquée dans les désaccords qui existent au *Conseil de sécurité* à ce propos, le Conseil étant encore activement saisi de celle-ci mais n'ayant pas demandé d'avis à la Cour. Avec la réponse donnée par la majorité, la Cour prend parti alors qu'il aurait été judiciairement approprié qu'elle s'abstint de le faire.

7. Ainsi que le regretté Manfred Lachs, ancien président de la Cour, l'a sagement fait observer dans une affaire concernant une situation face à laquelle le Conseil de sécurité exerçait activement ses pouvoirs, comme en la présente espèce,

«[i]l importe ... dans le contexte des buts et des principes des

<sup>2</sup> Voir les déclarations des membres du Conseil de sécurité lors de la séance tenue le 18 février 2008, convoquée quelque vingt-quatre heures après la publication de la déclaration d'indépendance (Nations Unies, doc. S/PV.5839, *passim*).

that the two main organs with specific powers of binding decision act in harmony — though not, of course, in concert — and that each should perform its functions with respect to a situation or dispute, different aspects of which appear on the agenda of each, *without prejudicing the exercise of the other's powers*" (*Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, *Provisional Measures, Order of 14 April 1992*, *I.C.J. Reports 1992*, p. 27; emphasis added).

8. The majority's answer given to the question put by the General Assembly prejudices the determination, still to be made by the Security Council, on the conformity *vel non* of the declaration with resolution 1244 and the international régime of territorial administration established thereunder.

9. Therefore, in my view, only if the Court were asked by the Security Council to provide its legal advice, would it have been proper for the Court to reply.

#### THE QUESTION

10. The question for the Court, approved by the General Assembly in its resolution 63/3, reads as follows: "Is the unilateral declaration of independence by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo in accordance with international law?" The question "is clearly formulated", and "narrow and specific" (Advisory Opinion, para. 51). There was, therefore, no need to "adjust" the question, if only for the outcome sought.

11. The majority, in its opinion, comes to the conclusion that

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

12. This conclusion has no sound basis in the facts relating to the adoption of the declaration, and is nothing more than a *post hoc* intellectual construct. The majority's conclusion implies that all relevant actors did not know correctly who adopted the declaration on 17 February 2008 in Pristina: Serbia, when it proposed the question; other States which were present in the General Assembly when it adopted resolution 63/3; the Secretary-General of the United Nations and his Special Representative; and, most importantly, the Prime Minister of Kosovo

Nations Unies, que les deux organes principaux spécifiquement habilités à prendre des décisions obligatoires agissent dans l'harmonie — bien que pas, évidemment, de concert — et que chacun d'entre eux s'acquitte de ses fonctions concernant une situation ou un différend dont divers aspects figurent à l'ordre du jour de chacun d'entre eux *sans porter préjudice à l'exercice des pouvoirs de l'autre*» (*Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, C.I.J. Recueil 1992, p. 27; les italiques sont de moi).

8. La réponse donnée par la majorité à la question posée par l'Assemblée générale préjuge de la décision que doit encore prendre le Conseil de sécurité sur la conformité ou non de la déclaration avec la résolution 1244 et le régime international d'administration territoriale mis en place par celle-ci.

9. C'est pourquoi, selon moi, c'est uniquement si la demande d'avis juridique avait émané du Conseil de sécurité qu'il eût été approprié que la Cour y réponde.

#### LA QUESTION

10. La question posée à la Cour, et approuvée par l'Assemblée générale dans sa résolution 63/3, se lit comme suit: «La déclaration unilatérale d'indépendance des institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo est-elle conforme au droit international?» Cette question est «clairement formulée», en même temps que «circonscrite et précise» (avis consultatif, par. 51). Il n'était donc pas nécessaire de l'«ajuster», si ce n'est pour arriver au résultat recherché.

11. Dans son avis, la majorité conclut, compte tenu de

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

12. Cette conclusion n'a pas de fondement solide dans les faits ayant entouré l'adoption de la déclaration, et n'est rien d'autre qu'une construction intellectuelle relevant du sophisme *post hoc*. Elle implique qu'aucun des acteurs intéressés ne savait exactement qui a adopté la déclaration le 17 février 2008 à Pristina: ni la Serbie, lorsqu'elle a proposé la question; ni les autres Etats qui étaient présents à l'Assemblée générale lorsque celle-ci a adopté la résolution 63/3; ni le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies et son représentant spécial; ni, enfin et

when he introduced the text of declaration at the special session of the Assembly of Kosovo!

13. The Foreign Minister of Serbia addressed a letter, dated 15 August 2008, to the Secretary-General of the United Nations, requesting the inclusion in the agenda of the Sixty-third Session of the General Assembly of a supplementary item entitled “Request for an advisory opinion of the International Court of Justice on whether the unilateral declaration of independence of Kosovo is in accordance with international law”. In the explanatory memorandum, attached to his letter, he opens with the following paragraph:

*“The Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo, a province of the Republic of Serbia under United Nations administration, pursuant to United Nations Security Council resolution 1244 (1999), unilaterally declared independence on 17 February 2008.”* (A/63/195, Enclosure; emphasis added.)

14. The letter was issued as an official document by the United Nations Secretariat on 22 August 2008. The issue was considered and resolution 63/3 was adopted by the General Assembly on 8 October 2008. The Member States of the United Nations thus had some seven weeks to consider the Serbian request and its explanatory memorandum. None of the other 191 Member States took issue with the Serbian identification of “the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo” as those who adopted the declaration of independence on 17 February 2008.

15. On 1 October 2008 the Permanent Representative of the United Kingdom, which is well known for the highly competent and fine international legal service in its Foreign Office, wrote a letter to the President of the General Assembly (A/63/461). With reference to agenda item 71, “Request for an advisory opinion”, and to the draft resolution submitted by Serbia (A/63/L.2), “[i]n order to assist in the consideration of this item, the United Kingdom . . . submit[ted] a note of issues . . . , raising a number of questions on which members of the General Assembly may wish to reflect”. Nowhere in that Note of Issues is a doubt expressed that the declaration was adopted by the Provisional Institutions. Actually, the Note of Issues first points out that

“[t]he agenda item proposed by Serbia requests an advisory opinion on the question whether ‘the unilateral declaration of independence of Kosovo is in accordance with international law’ and then contrasts it with the question formulated in the draft resolution, whether ‘the unilateral declaration of independence by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo [is] in accordance with international law’”.

The Note expresses the view that

surtout, le premier ministre du Kosovo lorsqu'il a présenté le texte de la déclaration à la session extraordinaire de l'Assemblée du Kosovo!

13. Le ministre serbe des affaires étrangères a, le 15 août 2008, adressé au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies une lettre dans laquelle il demandait l'inscription à l'ordre du jour de la soixante-troisième session de l'Assemblée générale d'un point supplémentaire, intitulé «Demande d'avis consultatif à la Cour internationale de Justice sur la question de savoir si la déclaration unilatérale d'indépendance du Kosovo est conforme au droit international». Le premier paragraphe du mémoire explicatif joint à cette lettre est ainsi libellé:

*«Les institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo, province de la République de Serbie sous administration des Nations Unies en application de la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité, ont unilatéralement déclaré l'indépendance du Kosovo le 17 février 2008.» (A/63/195, pièce jointe; les italiques sont de moi.)*

14. Cette lettre a été publiée sous forme de document officiel par le Secrétariat de l'ONU le 22 août 2008. Le point a été examiné et l'Assemblée générale a adopté la résolution 63/3 le 8 octobre 2008. Les Etats Membres de l'ONU ont donc ainsi disposé de quelque sept semaines pour examiner la demande serbe et le mémoire explicatif qui l'accompagnait. L'identification par la Serbie de ceux qui avaient adopté la déclaration d'indépendance le 17 février 2008 comme étant «les institutions provisoires d'administration autonome» n'a posé problème à aucun des 191 autres Etats Membres.

15. Le 1<sup>er</sup> octobre 2008, le représentant permanent du Royaume-Uni, bien connu pour ses hautes compétences et les services remarquables qu'il a rendus au Foreign Office dans le domaine du droit international, a adressé une lettre au président de l'Assemblée générale (A/63/461). Se référant au point 71 de l'ordre du jour, «Demande d'avis consultatif», et au projet de résolution présenté par la Serbie (A/63/L.2), il déclarait dans cette lettre que, «[c]ontribuant à l'examen de ce point de l'ordre du jour, le Royaume-Uni a élaboré ... [une] note ... dans laquelle il soulève plusieurs questions que les membres de l'Assemblée générale souhaiteront peut-être examiner». Nulle part dans cette note n'est exprimé un doute sur le fait que la déclaration a été adoptée par les institutions provisoires. En fait, le Royaume-Uni y fait d'abord observer:

*«Le point de l'ordre du jour proposé par la Serbie demande un avis consultatif sur la question de savoir si «la déclaration unilatérale d'indépendance du Kosovo est conforme au droit international». Par contre, la question formulée dans le projet est posée de manière à déterminer si «la déclaration unilatérale d'indépendance par les institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo [est] conforme au droit international.»»*

Il considère ensuite que



“[i]t would be useful to know whether Serbia is seeking to focus on a narrower question about the *competence of the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo*, and, if so, how that question relates to Kosovo’s status at the present time” (A/63/461, p. 4, para. 7; emphasis added).

There is thus no doubt that the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo were, in October 2008, some eight months after the adoption of the declaration, considered by the United Kingdom as those who adopted the declaration. Otherwise there would have been no point in asking whether the request concerns “a narrower question about the competence of the Provisional Institutions”.

16. The question to the Court was approved as contained in draft resolution (A/63/L.2), i.e., specifically mentioning the Provisional Institutions of Self-Government. The draft was introduced in the General Assembly by the Minister of Foreign Affairs of Serbia. He expressly mentioned that “the *provisional institutions of self-government . . . of Kosovo and Metohija* unilaterally declared independence” (A/63/PV.22, p. 1; emphasis added). No delegation taking part in the debate contested that the declaration was adopted by the Provisional Institutions of Self-Government. To the contrary, the United Kingdom’s Permanent Representative said that “Kosovo’s *Assembly* declared Kosovo independent” (*ibid.*, p. 3; emphasis added). The United States delegate referred to “the declaration of independence of Kosovo *Provisional Institutions of Self-Governance*” (*ibid.*, p. 5; emphasis added). The Permanent Representative of France opened his statement with the following sentence: “On 17 February 2008, the *Assembly of Kosovo* declared the independence of the Republic of Kosovo.” (*Ibid.*, p. 8; emphasis added.) Finally, the General Assembly itself, in the second preambular paragraph of its resolution 63/3, recalls “that on 17 February 2008 the *Provisional Institutions of Self-Government* of Kosovo declared independence from Serbia”.

17. The Secretary-General of the United Nations announced the following to the Security Council, when it met on 18 February 2008 to consider the situation in Kosovo in light of the issuance of the declaration of independence a day earlier:

“Yesterday, my Special Representative for Kosovo informed me that the *Assembly of Kosovo’s Provisional Institutions of Self-Government* held a session during which *it* adopted a declaration of independence, which declares Kosovo an independent and sovereign State.” (S/PV.5839, p. 2; emphasis added.)

He stated the same in his very first report on UNMIK, submitted to the Security Council after the declaration of independence was adopted, informing the Council that “[o]n 17 February, the *Assembly* of Kosovo

«il serait utile de savoir si la Serbie cherche à se concentrer sur la question plus étroite de la *compétence des institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo* et, dans l'affirmative, de se demander précisément de quelle manière cette question est liée au statut actuel du Kosovo» (A/63/461, p. 4, par. 7; les italiques sont de moi).

Il n'est donc pas douteux que, en octobre 2008, soit quelque huit mois après la déclaration, le Royaume-Uni considérait que celle-ci avait été adoptée par les institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo. Si tel n'avait pas été le cas, il n'aurait eu aucune raison de demander si la requête concernait «la question plus étroite de la compétence des institutions provisoires».

16. La question posée à la Cour a été approuvée telle qu'elle figure dans le projet de résolution (A/63/L.2), c'est-à-dire désignant précisément les institutions provisoires d'administration autonome. Le ministre serbe des affaires étrangères a présenté le projet à l'Assemblée générale, indiquant expressément que «les *institutions provisoires d'administration autonome ... du Kosovo-Metohija* [avaient] unilatéralement déclaré l'indépendance» (A/63/PV.22, p. 1; les italiques sont de moi). Aucune délégation ayant participé au débat n'a contesté que la déclaration avait été adoptée par les institutions provisoires d'administration autonome. Au contraire, le représentant permanent du Royaume-Uni a indiqué que «l'*Assemblée du Kosovo* a déclaré l'indépendance du Kosovo» (*ibid.*, p. 3; les italiques sont de moi). La représentante des États-Unis a mentionné «la déclaration d'indépendance des *institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo*» (*ibid.*, p. 5; les italiques sont de moi). Le représentant permanent de la France a commencé comme suit sa déclaration: «Le 17 février 2008, l'*Assemblée du Kosovo* a déclaré l'indépendance de la République du Kosovo» (*ibid.*, p. 8; les italiques sont de moi). Enfin, l'Assemblée générale elle-même, au deuxième alinéa du préambule de sa résolution 63/3, rappelle que, «le 17 février 2008, les *institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo* ont déclaré leur indépendance vis-à-vis de la Serbie».

17. Lorsque le Conseil de sécurité s'est réuni le 18 février 2008 pour examiner la situation au Kosovo à la lumière de la publication, intervenue la veille, de la déclaration d'indépendance, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies lui a annoncé:

«Hier, mon représentant spécial pour le Kosovo m'a informé que l'*Assemblée des institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo* s'était réunie pour adopter une déclaration d'indépendance par laquelle le Kosovo a été déclaré Etat souverain et indépendant.» (S/PV.5839, p. 2; les italiques sont de moi.)

Il a indiqué la même chose dans le tout premier rapport sur la MINUK qu'il a présenté au Conseil de sécurité après la déclaration d'indépendance, informant le Conseil que, «le 17 février, l'*Assemblée du Kosovo*

held a session during which *it adopted* a ‘declaration of independence’, declaring Kosovo as an independent and sovereign State” (S/2008/211; p. 1, para. 3; emphasis added)<sup>3</sup>.

18. Who could have better determined the capacity in which those who adopted the declaration acted at that critical moment in Kosovo’s history than its Prime Minister, in his solemn statement introducing the text of the declaration and reading it to those assembled? He said:

“Today, the President of Kosovo and myself, as the Prime Minister of Kosovo, have officially requested [] the President of the Assembly, Mr. Krasniqi[,] to call for a *special session* with two agenda items.

This invitation for a *special session* is extended *in accordance with the Kosovo Constitutional Framework*, whereby we present two items on the agenda:

1. Declaration of Independence for Kosovo, and
2. Presentation of Kosovo State symbols.”<sup>4</sup>

The President of the Kosovo Assembly was also of the view that he was presiding over the Assembly meeting when he “invite[d] the Prime Minister of Kosovo, Mr. Hashim Thaçi, to provide justification for the request for the *special* and solemn *Assembly* session”<sup>5</sup>.

19. The majority had, at the end of the day, to concede that the President of the Kosovo Assembly and the Prime Minister of Kosovo “made reference to the Assembly of Kosovo and the Constitutional Framework” (Advisory Opinion, para. 104), while maintaining its intellectual construct that the authors of the declaration “acted together in their capacity as representatives of the people of Kosovo outside the framework of the interim administration” (*ibid.*, para. 109). The Members of the Assembly, are they not “representatives of the people of Kosovo”? The President of Kosovo, is he not the representative of the people of Kosovo? They met, as the Prime Minister stated, “in accordance with the Kosovo Constitutional Framework”; they thus wished to act in accordance with that framework and not outside of it, as the majority asserts.

<sup>3</sup> The majority had to “accept” this statement of the Secretary-General, in his Report trying to minimize its relevance, stating that it was just “the normal periodic report on UNMIK activities . . . not intended as a legal analysis of the declaration or the capacity in which those who adopted it had acted” (Advisory Opinion, para. 108).

<sup>4</sup> Written contribution of the Republic of Kosovo, 17 April 2009, Ann. 2 — Extraordinary session of the Assembly of Kosovo held on 17 February 2008 (Transcript, p. 228; emphasis added).

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 227; emphasis added.

a[*vait*] adopté une « déclaration d'indépendance » proclamant le Kosovo Etat indépendant et souverain » (S/2008/211; p. 1, par. 3; les italiques sont de moi)<sup>3</sup>.

18. Qui était mieux placé pour déterminer en quelle qualité ceux qui avaient adopté la déclaration avaient agi à ce moment critique de l'histoire du Kosovo que le premier ministre de celui-ci, lorsqu'il a solennellement présenté le texte de la déclaration et en a donné lecture à ceux qui étaient assemblés, déclarant à cette occasion :

«Aujourd'hui, le président du Kosovo et moi-même, en ma qualité de premier ministre du Kosovo, avons officiellement demandé ... au président de l'Assemblée, M. Krasniqi[,] de convoquer une *session extraordinaire* dont l'ordre du jour comporte deux points.

Cette invitation à une *session extraordinaire* vous est adressée conformément au cadre constitutionnel pour le Kosovo, en vertu duquel nous présentons les deux points de l'ordre du jour suivants :

1. déclaration d'indépendance du Kosovo,
2. présentation des symboles d'Etat du Kosovo.»<sup>4</sup>

Le président de l'Assemblée du Kosovo considérait également qu'il présidait l'Assemblée lorsqu'il a «invit[é] le premier ministre du Kosovo, M. Hashim Thaçi, à justifier la demande de convocation d'une session *extraordinaire* et solennelle de l'Assemblée»<sup>5</sup>.

19. La majorité a finalement dû admettre que le président de l'Assemblée du Kosovo et le premier ministre du Kosovo avaient «fait référence à l'Assemblée du Kosovo et au cadre constitutionnel» (avis consultatif, par. 104), tout en maintenant son échafaudage intellectuel selon lequel les auteurs de la déclaration avaient «agi de concert en leur qualité de représentants du peuple du Kosovo, en dehors du cadre de l'administration intérimaire» (*ibid.*, par. 109). Les membres de l'Assemblée ne sont-ils pas des «représentants du peuple du Kosovo»? Le président du Kosovo n'est-il pas le représentant du peuple du Kosovo? S'étant réunis, selon les termes du premier ministre, «conformément au cadre constitutionnel pour le Kosovo», ils tenaient à agir conformément à ce cadre et non, comme l'affirme la majorité, en dehors de celui-ci.

<sup>3</sup> La majorité a dû «reconnai[tre]» que le Secrétaire général avait déclaré cela dans son rapport, en essayant de minimiser la pertinence de cette affirmation, en disant qu'il s'agissait «du rapport périodique normal consacré aux activités de la MINUK ... [qui] n'était pas censé constituer une analyse juridique de la déclaration ou de la qualité en laquelle avaient agi ceux qui l'avaient adoptée» (avis consultatif, par. 108).

<sup>4</sup> Procès-verbal de la session plénière extraordinaire de l'Assemblée du Kosovo tenue le 17 février 2008, contribution écrite de la République du Kosovo, 17 avril 2009, annexe 2, p. 228; les italiques sont de moi.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 227; les italiques sont de moi.

20. Although the majority engaged itself in the search for “the identity of the authors of the declaration of independence”<sup>6</sup>, finally “having established [their] identity” (Advisory Opinion, para. 110), no such search was needed, as their “identity” is well known and documented in the procès-verbal of the special plenary session of the Assembly of Kosovo<sup>7</sup>. Nor was there any need to search for “the capacity” in which those who adopted the declaration acted (*ibid.*, para. 109). The President of the Kosovo Assembly, who presided over its special session and conducted the vote on the declaration, announced the result in the following terms:

“I state that with all votes ‘in favour’ of the present members, *Members of the Assembly of Kosovo*, today, on February 17, 2008 *have expressed their will* and the will of the citizens of Kosovo, for Kosovo an independent, sovereign and democratic state.”<sup>8</sup>

Each of those who signed the declaration, in addition to the President of Kosovo, its Prime Minister and the President of its Assembly, was “invite[d]” to sign it in his/her capacity of either “the member of Kosovo Assembly” or “the member of Chairmanship” of the Assembly<sup>9</sup>. They added their signatures below the declaration as members of the Kosovo Assembly as *verbis expressis* confirmed on the original papyrus version of the declaration, in the Albanian language<sup>10</sup>. The assertion of the majority in the Advisory Opinion that “[n]owhere in the original Albanian text of the declaration (which is the sole authentic text) is any reference made to the declaration being the work of the Assembly of Kosovo” (*ibid.*, para. 107) is thus plainly incorrect, not enhancing the credibility of the majority’s intellectual construct.

21. The Assembly of Kosovo, consisting of its members, the President of Kosovo and its Government, headed by the Prime Minister, constituted, on 17 February 2008, the *Provisional Institutions of Self-Government*<sup>11</sup> of Kosovo, and they together issued the declaration. The question was therefore correctly formulated in the request of the General Assembly and there was no reason to “adjust” it and subsequently to modify the title itself of the case.

<sup>6</sup> See the title of Chapter IV, Sec. B. 2 (a) of the Advisory Opinion.

<sup>7</sup> See Transcript of the Special Plenary Session of the Assembly of Kosovo on the Declaration of Independence held on 17 February 2008, in: Written Contribution of the Republic of Kosovo, 17 April 2009, Ann. 2, pp. 238-245.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 238; emphasis added.

<sup>9</sup> *Ibid.*, pp. 239-245.

<sup>10</sup> See *ibid.*, pp. 207 and 209 (the text in Albanian indicates: “Deputetët e Kuvendit të Kosovës”, meaning “Deputies of the Kosovo Assembly”).

<sup>11</sup> See Chapter 9 of the Constitutional Framework for Provisional Self-Government. The Advisory Opinion confirms that the Constitutional Framework was in force on 17 February 2008 (para. 91).

20. Bien que la majorité ait cherché à établir «l'identité des auteurs de la déclaration d'indépendance»<sup>6</sup> et «a[ï]t [finalement] établi [cette] identité» (avis consultatif, par. 110), une telle recherche n'était pas nécessaire, car l'«identité» des intéressés était bien connue, et elle est attestée dans le procès-verbal de la session plénière extraordinaire de l'Assemblée du Kosovo<sup>7</sup>. Il n'était pas non plus nécessaire de chercher à déterminer en quelle «qualité» avaient agi ceux qui avaient adopté la déclaration (*ibid.*, par. 109). Le président de l'Assemblée du Kosovo, qui a présidé la session extraordinaire de celle-ci et fait procéder au vote sur la déclaration, a annoncé les résultats de ce vote dans les termes suivants :

«Je déclare que *les membres de l'Assemblée du Kosovo* ont, ce jour, 17 février 2008, à l'unanimité, *exprimé leur volonté* et celle des citoyens du Kosovo de voir en celui-ci un Etat indépendant, souverain et démocratique.»<sup>8</sup>

Chacun de ceux qui ont signé la déclaration, outre le président du Kosovo, le premier ministre et le président de l'Assemblée, a été «invité» à signer en sa qualité soit de «membre de l'Assemblée du Kosovo», soit de «membre de la présidence» de l'Assemblée<sup>9</sup>. Ils ont apposé leur signature sous la déclaration en qualité de membres de l'Assemblée du Kosovo, comme cela est confirmé *verbis expressis* sur le texte authentique de la déclaration, sur papyrus, en langue albanaise<sup>10</sup>. L'affirmation exprimée par la majorité dans l'avis consultatif selon laquelle «[d]ans le texte original albanais (qui constitue le seul texte faisant foi) il n'est indiqué nulle part que la déclaration émane de l'Assemblée du Kosovo» (*ibid.*, par. 107) est donc manifestement inexacte, ce qui ne sert pas la crédibilité de la théorie qu'elle a élaborée.

21. L'Assemblée du Kosovo constituée de ses membres, le président du Kosovo et le Gouvernement du Kosovo, dirigé par le premier ministre, formaient ensemble, le 17 février 2008, les *institutions provisoires d'administration autonome*<sup>11</sup> du Kosovo, et ils ont ensemble adopté la déclaration. La question avait donc été correctement formulée dans la demande de l'Assemblée générale et il n'y avait aucune raison de l'«ajuster», puis de modifier ensuite le titre de l'affaire lui-même.

<sup>6</sup> Voir le titre du chapitre IV, section B.2 a), de l'avis consultatif.

<sup>7</sup> Voir le procès-verbal de la session plénière extraordinaire de l'Assemblée du Kosovo sur la déclaration d'indépendance tenue le 17 février 2008, contribution écrite de la République du Kosovo, 17 avril 2009, annexe 2, p. 238-245.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 238 ; les italiques sont de moi.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 239-245.

<sup>10</sup> Voir *ibid.*, p. 207 et 209 (le texte en albanais indique : «Deputetët e Kuvendit të Kosovës», qui signifie «députés de l'Assemblée du Kosovo»).

<sup>11</sup> Voir chapitre 9 du cadre constitutionnel d'administration autonome provisoire. L'avis consultatif confirme que le cadre constitutionnel était en vigueur le 17 février 2008 (par. 91).

LEGAL FRAMEWORK APPLICABLE TO KOSOVO AT THE MOMENT OF  
ADOPTION OF THE DECLARATION

22. The international legal régime in Kosovo has been governed since 10 June 1999 by resolution 1244 (1999), adopted by the Security Council acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations, and by the Constitutional Framework.

Under resolution 1244 Kosovo has been placed under an international territorial administration. As a result, although the Federal Republic of Yugoslavia remained the territorial sovereign, it ceased to exercise effective control in that territory<sup>12</sup>.

23. Security Council resolution 1244 did not displace the Federal Republic of Yugoslavia's title to the territory in question. To the contrary, the resolution expressly states, in paragraph 10 of its preamble, that the Security Council reaffirms "the commitment of all Member States to the sovereignty and territorial integrity of the Federal Republic of Yugoslavia and the other States of the region, as set out in the Helsinki Final Act and annex 2" of the said resolution. The preamble, an integral part of resolution 1244, is central to ascertaining the context in which the resolution was adopted and the intention of the Security Council when adopting it. The preamble thus has to be taken into account when interpreting the resolution.

24. By establishing an international territorial administration over Kosovo, which remained legally part of the FRY, the United Nations assumed its responsibility for this territory.

25. The Security Council, in its resolution 1244, decided that "a political solution to the Kosovo crisis shall be based on the general principles in annex 1 and as further elaborated in the principles and other required elements in annex 2" (operative para. 1). Both annexes refer to the principles of sovereignty and territorial integrity of the Federal Republic of Yugoslavia.

26. When the Security Council authorized the Secretary-General to establish an international civil presence in Kosovo in order to provide an interim administration for Kosovo, under which the people of Kosovo can enjoy substantial autonomy within the Federal Republic of Yugoslavia (operative para. 10), it decided that the main responsibilities of this international civil presence would include:

— promoting the establishment, pending a final settlement, of substan-

---

<sup>12</sup> The Permanent Representative of the United Kingdom, during the debate of the Security Council on Kosovo, held on 18 February 2008, the day following the adoption of the declaration of independence by Kosovo, said: "At the heart of today's controversy is a resolution adopted at this table in June 1999. In that resolution, the Council took an unprecedented step: it effectively *deprived* Belgrade of the *exercise of authority* in Kosovo." (S/PV.5839, p. 12; emphasis added.)

CADRE JURIDIQUE APPLICABLE AU KOSOVO  
AU MOMENT DE L'ADOPTION DE LA DÉCLARATION

22. Le régime juridique international du Kosovo est, depuis le 10 juin 1999, régi par la résolution 1244 (1999) adoptée par le Conseil de sécurité au titre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies et par le cadre constitutionnel.

Le Kosovo a été placé sous administration territoriale internationale en vertu de la résolution 1244. De ce fait, bien que la République fédérale de Yougoslavie demeure le souverain territorial, elle avait cessé d'exercer un contrôle effectif sur le territoire<sup>12</sup>.

23. La résolution 1244 du Conseil de sécurité n'a pas évincé la République fédérale de Yougoslavie de son titre sur le territoire en question. Au contraire, elle indique expressément, à l'alinéa 10 de son préambule, que le Conseil de sécurité réaffirme «l'attachement de tous les Etats Membres à la souveraineté et à l'intégrité territoriale de la République fédérale de Yougoslavie et de tous les autres Etats de la région, au sens de l'acte final d'Helsinki et de l'annexe 2 à la présente résolution». Le préambule, qui fait partie intégrante de la résolution 1244, est essentiel pour savoir quels étaient le contexte dans lequel celle-ci a été adoptée et l'intention du Conseil de sécurité lorsqu'il l'a adoptée. Il faut donc prendre en considération le préambule pour interpréter la résolution.

24. En établissant une administration territoriale internationale sur le Kosovo, qui juridiquement demeurerait partie intégrante de la RFY, l'Organisation des Nations Unies a assumé la responsabilité de ce territoire.

25. Le Conseil de sécurité, dans sa résolution 1244, a décidé que «la solution politique de la crise au Kosovo reposera[it] sur les principes généraux énoncés à l'annexe 1 et les principes et conditions plus détaillés figurant à l'annexe 2» (dispositif, par. 1). Les deux annexes renvoient aux principes de la souveraineté et de l'intégrité territoriale de la République fédérale de Yougoslavie.

26. Lorsque le Conseil de sécurité a autorisé le Secrétaire général à établir une présence internationale civile au Kosovo afin d'y assurer une administration intérimaire dans le cadre de laquelle la population du Kosovo pourrait jouir d'une autonomie substantielle au sein de la République fédérale de Yougoslavie (dispositif, par. 10), il a décidé que les principales responsabilités de la présence internationale civile seraient notamment les suivantes :

— faciliter, en attendant un règlement définitif, l'instauration au Kosovo

<sup>12</sup> Le représentant permanent du Royaume-Uni, durant le débat du Conseil de sécurité sur le Kosovo tenu le 18 février 2008, soit le lendemain de l'adoption de la déclaration d'indépendance du Kosovo, devait déclarer : «Au cœur de la controverse d'aujourd'hui, il y a la résolution adoptée à cette table en juin 1999. Dans cette résolution, le Conseil a pris une mesure sans précédent : il a effectivement *privé* Belgrade de son *autorité* sur le Kosovo.» (S/PV.5839, p. 13; les italiques sont de moi.)



tial autonomy and self-government in Kosovo, taking full account of annex 2 and of the Rambouillet accords (para. 11 (a));

- organizing and overseeing the development of provisional institutions for democratic and autonomous self-government pending a political settlement, including the holding of elections (para. 11 (c));
- facilitating a political process designed to determine Kosovo's future status, taking into account the Rambouillet accords (para. 11(e));
- in a final stage, overseeing the transfer of authority from Kosovo's provisional institutions to institutions established under a political settlement (para. 11 (f)).

27. By deciding on the main responsibilities of the international civilian presence, the Security Council has not abdicated on its overall responsibility for the situation in Kosovo; it has remained actively seized of the matter (paragraph 21 of resolution 1244). The role of the Security Council in respect of the final settlement issue has been preserved. The Guiding Principles of the Contact Group for a Settlement of the Status of Kosovo, which supported the recommendation of the Secretary-General to the Security Council to launch a process to determine the future status of Kosovo in accordance with Security Council resolution 1244, are telling. They confirm that “[t]he Security Council will remain actively seized of the matter. *The final decision on the status of Kosovo should be endorsed by the Security Council*”<sup>13</sup>.

28. The notion of a “final settlement” cannot mean anything else than the resolution of the dispute between the parties (i.e., the Belgrade authorities and the Pristina authorities), either by an agreement reached between them or by a decision of an organ having competence to do so. But the notion of a settlement is clearly incompatible with the unilateral step-taking by one of the parties aiming at the resolution of the dispute against the will of the other.

It suffices to mention a few statements made by several States — particularly involved in Kosovo-related issues — in the Security Council.

#### The United Kingdom condemned

“unilateral statements on Kosovo’s final status from either side. We will not recognize any move to establish political arrangements for the whole or part of Kosovo, either unilaterally or in any arrangement that does not have the backing of the international community.” (S/PV.4742, p. 16, United Kingdom.)

<sup>13</sup> In French, “Le Conseil de sécurité demeurera activement saisi de la question et *devra approuver la décision finale sur le statut du Kosovo*”; see letter of 10 November 2005 addressed to the Secretary-General by the President of the Security Council, S/2005/709, annex; emphasis added.

d'une autonomie et d'une auto-administration substantielles compte pleinement tenu de l'annexe 2 et des accords de Rambouillet (par. 11 *a*));

- organiser et superviser la mise en place d'institutions provisoires pour une auto-administration autonome et démocratique en attendant un règlement politique, notamment la tenue d'élections (par. 11 *c*));
- faciliter un processus politique visant à déterminer le statut futur du Kosovo, en tenant compte des accords de Rambouillet (par. 11 *e*));
- à un stade final, superviser le transfert des pouvoirs des institutions provisoires du Kosovo aux institutions qui auront été établies dans le cadre d'un règlement politique (par. 11 *f*)).

27. Lorsqu'il a arrêté les responsabilités principales de la présence internationale civile, le Conseil de sécurité n'a pas abdiqué sa responsabilité d'ensemble à l'égard de la situation au Kosovo; il est resté activement saisi de la question (paragraphe 21 de la résolution 1244). Son rôle, en ce qui concerne le règlement final, a été préservé. Les principes directeurs établis par le groupe de contact en vue d'un règlement du statut du Kosovo, qui appuyaient la recommandation du Secrétaire général au Conseil de sécurité tendant à ce que soit lancé un processus visant à déterminer le statut futur du Kosovo conformément à la résolution 1244 du Conseil de sécurité, sont révélateurs. Ils confirment que «[l]e Conseil de sécurité demeurera activement saisi de la question et *devra approuver la décision finale sur le statut du Kosovo*»<sup>13</sup>.

28. Un «règlement final» ne peut être qu'un règlement du différend opposant les parties (c'est-à-dire les autorités de Belgrade et les autorités de Pristina), soit par voie d'accord entre elles, soit par décision d'un organe ayant compétence pour se prononcer. Mais la notion de règlement est manifestement incompatible avec toute mesure unilatérale prise par une des parties en vue de régler le différend contre la volonté de l'autre.

Il suffit de mentionner quelques déclarations faites par plusieurs Etats — particulièrement intéressés par les questions touchant au Kosovo — au Conseil de sécurité.

Le Royaume-Uni a condamné

«les déclarations unilatérales sur le statut final du Kosovo, de quelle partie qu'elles viennent. Nous ne reconnaitrons aucune initiative visant à instaurer des arrangements politiques pour l'ensemble ou une partie du Kosovo, que ce soit unilatéralement ou dans le cadre d'un arrangement qui ne recueille pas l'appui de la communauté internationale» (S/PV.4742, p. 18, Royaume-Uni).

<sup>13</sup> En anglais, «[t]he Security Council will remain actively seized of the matter. *The final decision on the status of Kosovo should be endorsed by the Security Council*»; voir lettre du 10 novembre 2005 adressée au Secrétaire général par le président du Conseil de sécurité, S/2005/709, annexe; les italiques sont de moi.

A few months later, the same government stated in the Security Council that “[u]nilateral statements on status by any side seem to the United Kingdom to be totally unacceptable” (S/PV.5017, p. 21). The French Government stated in 2003 that “[n]o progress can be achieved in Kosovo on the basis of unilateral action that is contrary to resolution 1244 (1999) or that flouts the authority of UNMIK and KFOR” (S/PV.4770, p. 5). The German Permanent Representative was unequivocal when he stated in 2003:

“The question of Kosovo’s final status will be addressed at the appropriate time and through the appropriate process. *Only the Security Council* has the power to assess the implementation of resolution 1244 (1999), and it *has the final word in settling the status issue*. No unilateral move or arrangement intended to predetermine Kosovo’s status — either for the whole or for parts of Kosovo — can be accepted.” (S/PV.4770, pp. 13-14; emphasis added.)

A few weeks later, the same government expressed its view that “[c]oncerning the future status of Kosovo, the parties have to understand that no unilateral act can change the status of Kosovo as laid down in Security Council resolution 1244 (1999)” (S/PV.4809).

29. The negotiations on determining Kosovo’s future status, led by the Special Envoy of the Secretary-General, produced no agreement. The Special Envoy reported that “[t]hroughout the process and on numerous occasions, both parties have reaffirmed their *categorical*, diametrically opposed positions: Belgrade demands Kosovo’s autonomy within Serbia, while Pristina will accept *nothing short of independence*”<sup>14</sup>. One may ask whether the parties negotiated in good faith because, as this Court observed, negotiating in good faith means that

“the parties are under an obligation to enter into negotiations with a view to arriving at an agreement, and not merely to go through a formal process of negotiation . . . ; they are under an obligation so to conduct themselves that the negotiations are meaningful, which will not be the case when either of them insists upon its own position without contemplating any modification of it” (*North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 47, para. 85; recalled in *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 78, para. 141, and in *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010 (I), p. 67, para. 146).

<sup>14</sup> Report of the Special Envoy of the Secretary-General on Kosovo’s future status, S/2007/168, p. 2, para. 2; emphasis added.

Quelques mois plus tard, le même gouvernement a déclaré au Conseil de sécurité que «[t]oute déclaration unilatérale sur le statut, prononcée par l'un ou l'autre camp, paraît totalement inacceptable aux yeux du Royaume-Uni» (S/PV.5017, p. 23). Le Gouvernement français a déclaré en 2003 qu'«[a]ucune avancée ne sera possible au Kosovo sur la base d'actions unilatérales qui seraient contraires à la résolution 1244 (1999) ou qui bafoueraient l'autorité de la MINUK et de la KFOR» (S/PV.4770, p. 6). Le représentant permanent de l'Allemagne a été on ne peut plus clair lorsqu'il a déclaré en 2003 :

«La question du statut final du Kosovo sera traitée en temps opportun et à travers le processus approprié. *Seul le Conseil de sécurité* peut évaluer l'application de la résolution 1244 (1999) et il a le dernier mot en matière de règlement de la question du statut. Aucun arrangement ou mesure unilatérale visant à déterminer d'avance le statut du Kosovo — pour l'ensemble ou une partie du Kosovo — ne peut être accepté.» (S/PV.4770, p. 15; les italiques sont de moi.)

Quelques semaines plus tard, le même gouvernement a estimé que, «[s]'agissant du statut futur du Kosovo, les parties doivent comprendre qu'aucun acte unilatéral ne pourra modifier le statut du Kosovo tel qu'énoncé dans la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité» (S/PV.4809).

29. Les négociations sur le statut futur du Kosovo qui se sont déroulées sous les auspices de l'envoyé spécial du Secrétaire général n'ont pas abouti à un accord. L'envoyé spécial a indiqué dans son rapport que «[t]out au long du processus, les deux parties ont réaffirmé à de nombreuses occasions leurs positions *catégoriques*, diamétralement opposées, Belgrade exigeant que l'autonomie du Kosovo s'exerce à l'intérieur de la Serbie tandis que Pristina n'accepte *rien de moins que l'indépendance*»<sup>14</sup>. On peut se demander si les parties ont négocié de bonne foi car, comme l'a fait observer la Cour, négocier de bonne foi signifie que

«les parties ont l'obligation de se comporter de telle manière que la négociation ait un sens, ce qui n'est pas le cas lorsque l'une d'elles insiste sur sa propre position sans envisager aucune modification» (*Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 47, par. 85; rappelé dans *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 78, par. 141, et dans *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (I), p. 67, par. 146).

<sup>14</sup> Rapport de l'envoyé spécial du Secrétaire général sur le statut futur du Kosovo, S/2007/168, p. 2, par. 2; les italiques sont de moi.

30. The Special Envoy, being himself convinced that “re-integration into Serbia is not a viable option” and that “continued international administration is not sustainable”, concluded that “independence with international supervision is the only viable option”<sup>15</sup>. He therefore submitted “[his] Settlement proposal” and “urge[d] the Security Council to endorse” it<sup>16</sup>.

31. The Ahtisaari settlement proposal was not endorsed by the Security Council, the only United Nations organ competent to do it. Having been divided on the Kosovo final status issue, the Security Council was circumvented, again. The UK Permanent Representative openly stated in the General Assembly that “*in co-ordination with many of the countries most closely involved in stabilizing the Balkans, Kosovo’s Assembly declared Kosovo independent on 17 February 2008*” (United Nations doc. A/63/PV.22, p. 3; emphasis added). The Kosovo declaration of independence has been a way to put, to the extent possible, into practice the unendorsed Ahtisaari plan<sup>17</sup>.

32. The declaration of independence was adopted by the Provisional Institutions of Self-Government, “in co-ordination with many of the countries most closely involved in stabilizing the Bal-

---

<sup>15</sup> United Nations doc. S/2007/168, pp. 3 and 4. It is to be noted why, in his view, re-integration was not a viable option:

“For the past eight years, Kosovo and Serbia have been governed in complete separation. The establishment of the United Nations Mission in Kosovo (UNMIK) pursuant to resolution 1244 (1999), and its assumption of all legislative, executive and judicial authority throughout Kosovo, has created a situation in which Serbia has not exercised any governing authority over Kosovo. This is a reality one cannot deny; it is irreversible. A return of Serbian rule over Kosovo would not be acceptable to the overwhelming majority of the people of Kosovo. Belgrade could not regain its authority without provoking violent opposition. Autonomy of Kosovo within the borders of Serbia — however notional such autonomy may be — is simply not tenable.” (P. 3, para. 7.)

The report mischaracterizes the adoption of resolution 1244 as unanimous (para. 15).

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 5, para. 16.

<sup>17</sup> As one author who “acted as adviser to Kosovo in many, if not most, of the various peace processes and negotiations” wrote:

“The Declaration had been drafted in conjunction with, and checked by, key governments. It was phrased in a way as to have important legal implications for Kosovo. Employing the international legal notion of a ‘unilateral declaration’, it created legal obligations *erga omnes*. These are legal obligations that all other States are entitled to rely on and of which they can demand performance. In this sense, an attempt was made to replace the binding nature of a Chapter VII resolution of the Security Council imposing the limitations on Kosovo’s sovereignty foreseen in the Ahtisaari plan with a self-imposed limitation of sovereignty.” (Marc Weller, *Contested Statehood, Kosovo’s Struggle for Independence*, Oxford University Press, 2009, pp. viii and 231.)

30. L'envoyé spécial, étant lui-même convaincu que la «réincorporation à la Serbie n'est pas une option viable» et que «l'administration internationale ne peut être maintenue», a conclu que «l'indépendance sous supervision internationale est la seule option viable»<sup>15</sup>. Aussi a-t-il présenté «[sa] proposition de règlement» et «exhort[é] le Conseil de sécurité à [l']approuver»<sup>16</sup>.

31. La proposition de règlement Ahtisaari n'a pas été approuvée par le Conseil de sécurité, seul organe de l'ONU compétent pour ce faire. Parce qu'il était divisé sur la question du statut final du Kosovo, le Conseil de sécurité a une nouvelle fois été contourné. Le représentant permanent du Royaume-Uni a déclaré ouvertement à l'Assemblée générale que, «*en coordination avec un grand nombre des pays qui prenaient le plus activement part à la stabilisation des Balkans*, l'Assemblée du Kosovo a déclaré l'indépendance du Kosovo le 17 février 2008» (Nations Unies, doc. A/63/PV.22, p. 3; les italiques sont de moi). La déclaration d'indépendance du Kosovo a constitué une manière de mettre en pratique dans toute la mesure possible le plan Ahtisaari qui n'avait pas été approuvé<sup>17</sup>.

32. La déclaration d'indépendance a été adoptée par les institutions provisoires d'administration autonome «en coordination avec un grand nombre des pays qui prenaient le plus activement part à la stabilisation

<sup>15</sup> Nations Unies, doc. S/2007/168, p. 3-4. Il convient de noter pourquoi, selon l'envoyé spécial, la réincorporation n'était pas une option viable :

«depuis huit ans, le Kosovo et la Serbie sont administrés comme deux entités totalement à part. Par suite de la création de la Mission des Nations Unies au Kosovo (MINUK) par la résolution 1244 (1999), qui a assumé tous les pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaires dans tout le Kosovo, il est de fait que la Serbie n'exerce plus aucune fonction gouvernementale au Kosovo. Cet état de fait indéniab est irréversible. La restauration du pouvoir serbe au Kosovo serait inacceptable pour l'écrasante majorité de sa population. Belgrade ne pourrait rétablir son pouvoir sans provoquer une violente opposition. L'autonomie du Kosovo à l'intérieur des frontières de la Serbie — aussi théorique soit-elle — est tout simplement intenable.» (P. 3, par. 7.)

Le rapport indique à tort que la résolution 1244 a été adoptée à l'unanimité (par. 15).

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 5, par. 16.

<sup>17</sup> Comme l'a écrit un auteur ayant «fait fonction de conseiller du Kosovo dans le cadre d'un grand nombre, si ce n'est de la plupart, des divers processus et négociations de paix» :

«La déclaration a été élaborée en collaboration avec les principaux gouvernements et a été relue par ceux-ci. Elle a été formulée de manière à avoir d'importantes conséquences juridiques pour le Kosovo. En faisant appel à une notion de droit international, celle de «déclaration unilatérale», elle a créé des obligations juridiques *erga omnes*. Ce sont des obligations juridiques susceptibles d'être invoquées par tous les autres Etats et dont ils peuvent exiger l'exécution. En ce sens, on a tenté de remplacer le caractère obligatoire d'une résolution adoptée par le Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII et imposant à la souveraineté du Kosovo les limitations prévues dans le plan Ahtisaari par une autolimitation de sa souveraineté.» (Marc Weller, *Contested Statehood, Kosovo's Struggle for Independence*, Oxford University Press, 2009, p. viii et 231.)

kans”<sup>18</sup> at the moment when the Constitutional Framework was applicable, as confirmed by the Advisory Opinion (para. 91). Under the Constitutional Framework, external relations were the exclusive prerogative of the Special Representative (para. 106).

On previous occasions the Special Representative has not hesitated, in the exercise of his supervisory role, to declare null and void a measure of one of the Provisional Institutions which he considered to be beyond that institution’s powers (*ultra vires*). Thus, on 23 May 2002, the Special Representative of the Secretary-General declared “null and void” a resolution adopted by the Assembly of Kosovo seeking to challenge the border agreement signed in February 2001 between the FRY and the former Yugoslav Republic of Macedonia. On 7 November 2002, the Assembly of Kosovo adopted a resolution in reaction to a draft Constitutional Charter of Serbia and Montenegro (United Nations dossier No. 186). On the same day, the Special Representative of the Secretary-General declared this resolution to have “no legal effect” (United Nations dossier No. 187). Moreover, in February 2003, the Assembly of Kosovo was preparing a “Declaration on Kosova — A Sovereign and Independent State” which, *inter alia*, would have stated that “Kosova is declared a democratic, independent and sovereign state” (United Nations dossier No. 188, 3 February 2003, para. 1). The Principal Deputy Special Representative of the Secretary-General, on behalf of the Special Representative of the Secretary-General, informed the President of the Assembly of Kosovo that the formal consideration of that matter by the Assembly “would be contrary to United Nations Security Council resolution 1244 (1999), the Constitutional Framework for Provisional Self-Government in Kosovo and to the Provisional Rules of Procedure of the Assembly”. He further suggested that it would constitute “[a]ction . . . [of the Assembly of Kosovo] beyond the scope of its competencies” (United Nations dossier No. 189, 7 February 2003). In a similar vein, in November 2005, the Assembly of Kosovo contemplated a declaration of independence, but the Special Representative of the Secretary-General indicated that such a declaration “would be in contravention to the UN Security Council resolution [1244] . . . and it therefore will not be with any legal effect” (United Nations Interim Administration of Kosovo, Press Briefing Notes, 16 November 2005, pp. 4 and 5).

33. The above facts demonstrate that the Special Representative of the Secretary-General, entrusted by the United Nations with the interim administration of Kosovo, qualified a number of acts of the Assembly of Kosovo between 2002 and 2005 as being incompatible with the Constitutional Framework and, consequently, with Security Council resolution 1244. These acts, whether they sought directly to declare the inde-

---

<sup>18</sup> That co-ordination, acknowledged by the United Kingdom Permanent Representative (A/63/PV.22, p. 3), is demonstrated by the (almost) immediate recognition of Kosovo’s independence by those States.

des Balkans»<sup>18</sup> à un moment où le cadre constitutionnel était applicable, comme le confirme l'avis consultatif (par. 91). Or, aux termes du cadre constitutionnel, les relations extérieures étaient la prérogative exclusive du représentant spécial (par. 106).

Auparavant, le représentant spécial n'avait pas hésité, dans l'exercice de sa fonction de supervision, à déclarer nulle et non avenue telle ou telle mesure de l'une des institutions provisoires dont il estimait qu'elle outrepassait les pouvoirs de cette institution (*ultra vires*). Ainsi, le 23 mai 2002, le représentant spécial du Secrétaire général déclara «nulle et non avenue» une résolution adoptée par l'Assemblée du Kosovo visant à contester l'accord frontalier signé en février 2001 par la RFY et l'ex-République yougoslave de Macédoine. Le 7 novembre 2002, l'Assemblée du Kosovo adopta une résolution en réaction à un projet de charte constitutionnelle de la Serbie-et-Monténégro (Nations Unies, dossier n° 186). Le même jour, le représentant spécial du Secrétaire général déclara que cette résolution n'avait «aucun effet juridique» (Nations Unies, dossier n° 187). En février 2003, l'Assemblée du Kosovo était en train d'élaborer une «déclaration concernant le Kosovo, Etat souverain et indépendant» aux termes de laquelle, notamment, «le Kosovo [serait] proclamé ... Etat démocratique, indépendant et souverain» (Nations Unies, dossier n° 188, 3 février 2003, par. 1). Le représentant spécial adjoint principal du Secrétaire général, au nom du représentant spécial du Secrétaire général, informa le président de l'Assemblée du Kosovo que l'examen officiel de cette question par l'Assemblée «serait contraire à la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, au cadre constitutionnel de l'autonomie provisoire au Kosovo et au règlement intérieur provisoire de l'Assemblée». Il indiquait en outre que cette «mesure prise par l'Assemblée du Kosovo ... dépass[ait] son champ de compétences» (Nations Unies, dossier n° 189, 7 février 2003). Dans le même esprit, en novembre 2005, l'Assemblée du Kosovo envisagea d'adopter une déclaration d'indépendance, mais le représentant spécial du Secrétaire général indiqua qu'une telle déclaration «serait contraire à la résolution [1244] du Conseil de sécurité de l'ONU ... et qu'elle n'aurait donc aucun effet juridique» (administration intérimaire des Nations Unies au Kosovo, compte rendu de la conférence de presse du 16 novembre 2005, p. 4-5).

33. Les faits rappelés ci-dessus démontrent que le représentant spécial du Secrétaire général, à qui l'Organisation des Nations Unies avait confié l'administration intérimaire du Kosovo, a jugé un certain nombre d'actes de l'Assemblée du Kosovo, pris entre 2002 et 2005, incompatibles avec le cadre constitutionnel et, en conséquence, avec la résolution 1244 du Conseil de sécurité. Ces actes, qu'ils visent directement à déclarer l'indé-

<sup>18</sup> Cette coordination, reconnue par le représentant permanent du Royaume-Uni (A/63/PV.22, p. 3), est démontrée par la reconnaissance (presque) immédiate de l'indépendance du Kosovo par ces Etats.



pendence of Kosovo or whether they fell short of it, were deemed to be “beyond the scope of its [i.e., the Assembly’s] competencies” (United Nations dossier No. 189, 7 February 2003), in other words *ultra vires*.

34. The majority briefly mentions the above acts which were beyond the competencies of the Provisional Institutions of Self-Government under the Constitutional Framework (Advisory Opinion, para. 108). It attaches “some significance” to “[t]he silence of the Special Representative of the Secretary-General in the face of the declaration of independence on 17 February 2008” when it takes the view that this silence “suggests that he did not consider that the declaration was an act of the Provisional Institutions of Self-Government designed to take effect within the legal order for the supervision of which he was responsible” (*ibid.*).

But the Advisory Opinion provides no explanation why acts which were considered as going beyond the competencies of the Provisional Institutions in the period 2002-2005, would no longer have any such character in 2008, despite the fact that provisions of the Constitutional Framework on the competencies of these institutions have not been amended and remained the same in February 2008 as they were in 2005.

One is left with the impression that the Special Representative remained silent this time as he knew well the effort to implement, to the extent possible, the unendorsed Ahtisaari plan through the declaration adopted by Kosovo Assembly “in co-ordination with many of the countries most closely involved in stabilizing the Balkans”.

35. The Court, as the principal judicial organ of the United Nations (Article 92 of the Charter), is supposed to uphold the respect for the rules and mechanisms set in the Charter and the decisions adopted thereunder. The legal régime governing the international territorial administration of Kosovo by the United Nations remained, on 17 February 2008, unchanged. What certainly evolved were the political situation and realities in Kosovo. The majority deemed preferable to take into account these political developments and realities<sup>19</sup>, rather than the strict requirement of respect for such rules, thus trespassing the limits of judicial restraint.

(Signed) Peter TOMKA.

---

<sup>19</sup> “The declaration of independence of 17 February 2008 *must* be considered within the *factual context* which led to its adoption” (Advisory Opinion, see para. 57; emphasis added), as if this factual context was determinative in drawing legal conclusions. Similarly, the majority states that “the declaration of independence must be seen *in its larger context*, taking into account the events preceding its adoption, notably relating to the so-called ‘final status process’” (*ibid.*, para. 104; emphasis added), as if such context transformed the Assembly as one of the Provisional Institutions into something else.

pendance du Kosovo ou n'aillent pas jusque-là, ont été considérés comme outrepassant «[le] champ de compétences [de l'Assemblée]» (Nations Unies, dossier n° 189, 7 février 2003), en d'autres termes comme *ultra vires*.

34. La majorité évoque brièvement ces actes outrepassant les compétences des institutions provisoires d'administration autonome au regard du cadre constitutionnel (avis consultatif, par. 108). Elle relève que «[l]e silence du représentant spécial du Secrétaire général face à la déclaration d'indépendance du 17 février 2008» «n'est pas ... dénué d'intérêt», estimant que ce silence «semble indiquer que celui-ci ne la considérerait pas comme un acte des institutions provisoires d'administration autonome censé prendre effet dans le cadre de l'ordre juridique dont la supervision lui incombait» (*ibid.*).

Mais l'avis consultatif n'explique aucunement pourquoi des actes qui étaient considérés comme outrepassant les compétences des institutions provisoires entre 2002 et 2005 n'étaient plus considérés ainsi en 2008, alors même que les dispositions du cadre constitutionnel relatives aux compétences de ces institutions n'avaient pas été modifiées et étaient les mêmes en février 2008 qu'en 2005.

On en retire l'impression que le représentant spécial est cette fois demeuré silencieux parce qu'il était parfaitement au courant des efforts en cours pour donner effet dans la mesure du possible au plan Ahtisaari, qui n'avait pas été approuvé, au moyen de la déclaration adoptée par l'Assemblée du Kosovo «en coordination avec un grand nombre des pays qui prenaient le plus activement part à la stabilisation des Balkans».

35. La Cour, organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies (article 92 de la Charte), est supposée promouvoir le respect des règles et mécanismes définis dans la Charte et les décisions adoptées en vertu de celle-ci. Le régime juridique applicable à l'administration territoriale internationale du Kosovo par l'Organisation des Nations Unies demeurait inchangé le 17 février 2008. Ce qui avait assurément évolué était la situation politique et les réalités au Kosovo. La majorité a jugé préférable de tenir compte de cette évolution et de ces réalités politiques<sup>19</sup> plutôt que de la nécessité impérieuse de respecter ces règles, outrepassant ainsi les limites de la réserve judiciaire.

(Signé) Peter TOMKA.

---

<sup>19</sup> «La déclaration d'indépendance du 17 février 2008 *doit* être appréciée dans le *contexte factuel* qui a conduit à son adoption» (avis consultatif, voir par. 57; les italiques sont de moi), comme si ce contexte factuel déterminait les conclusions juridiques à tirer. De même, la majorité déclare que «la déclaration d'indépendance *doit* être envisagée *dans son contexte plus général*, compte tenu des événements qui ont précédé son adoption, en particulier ceux liés à ce qu'il est convenu d'appeler le «processus de détermination du statut final»» (*ibid.*, par. 104; les italiques sont de moi), comme si ce contexte transformait l'Assemblée, une des institutions provisoires, en quelque chose d'autre.