

Non-Corrigé
Uncorrected

Traduction
Translation

CR 2009/32 (traduction)

CR 2009/32 (translation)

Jeudi 10 décembre 2009 à 10 heures

Thursday 10 December 2009 at 10 a.m.

8 Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. L'audience est ouverte. La Cour se réunit ce matin pour entendre les Pays-Bas, la Roumanie et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord s'exprimer sur la question qui lui est posée. Je donne donc à présent la parole au premier intervenant, Mme Liesbeth Lijnzaad, au nom des Pays-Bas.

Mme LIJNZAAD :

1. Introduction

1. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, c'est un honneur pour moi de m'adresser à la Cour et de préciser les vues de mon gouvernement sur la question qui vous est soumise. Je m'estime particulièrement privilégiée de m'adresser à vous en ce jour des droits de l'homme : une réponse affirmative à la question dont est saisie la Cour apportera aux Etats un message clair, à savoir qu'il est possible de recourir à des remèdes efficaces, dissuasifs et proportionnés s'ils violent les droits fondamentaux des peuples vivant à l'intérieur de leurs frontières.

2. Le droit devrait être à notre service, au service du peuple du monde. Le droit s'est développé pour faciliter et réglementer l'interaction entre les individus et les groupes d'individus, comme les peuples ou les Etats. Pour atteindre son objectif, le droit doit apporter la stabilité. Cependant, il doit aussi faire preuve de souplesse pour tenir compte d'ajustements sociétaux lorsque l'évolution de la société l'exige, et il doit aussi prévoir des remèdes efficaces, dissuasifs et proportionnés lorsque ses règles sont violées. Dans la présente affaire, le droit autorisait la proclamation de l'indépendance par le peuple du Kosovo.

3. Dans mon exposé, j'aborderai les points suivants :

- l'existence et l'exercice du droit à l'autodétermination dans un contexte postcolonial, et en particulier les conditions qui doivent être remplies pour qu'un peuple exerce le droit à l'autodétermination externe ;
- l'exercice licite du droit à l'autodétermination externe par le peuple du Kosovo.

2. Le droit à l'autodétermination dans un contexte postcolonial

4. Dans l'avis consultatif qu'elle a rendu sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, la Cour a reconnu pour la première fois un droit à

9 l'autodétermination en dehors du contexte de la décolonisation. Le droit à l'autodétermination inclut le droit des peuples à déterminer librement leur statut politique. La proclamation de l'indépendance par un peuple n'est qu'un moyen parmi d'autres d'exercer de droit à l'autodétermination politique.

5. L'exercice par un peuple de son droit à l'autodétermination politique doit être en conformité avec le droit international. Le principe de l'intégrité territoriale fait partie du droit international. Il faut donc établir si le droit à l'autodétermination a été exercé d'une manière qui préserve les frontières internationales, auquel cas il s'agit d'autodétermination interne, ou d'une manière qui donne lieu à une modification de ces frontières, ce qui correspond à l'autodétermination externe. La proclamation d'indépendance par le peuple du Kosovo visait une modification des frontières internationales et, par conséquent, elle est un exemple de l'exercice du droit à l'autodétermination externe.

6. Dans un contexte postcolonial, un peuple doit commencer par chercher à exercer son droit à l'autodétermination politique en accordant tout le respect qui est dû au principe de l'intégrité territoriale, c'est-à-dire sans remettre en cause les frontières internationales existantes. Dans des circonstances exceptionnelles, le droit à l'autodétermination politique peut toutefois évoluer pour faire place à un droit à l'autodétermination externe. Il s'agit là d'une exception à la règle, qui doit par conséquent faire l'objet d'une interprétation stricte. Le recours à l'autodétermination externe est un dernier recours et il est soumis à des conditions.

7. Il est soumis en premier lieu à des conditions de fond. Un droit à l'autodétermination externe ne prend naissance qu'en cas de violations graves :

- soit de l'obligation de respecter et promouvoir le droit à l'autodétermination, ces violations se manifestant par l'absence d'un gouvernement représentant l'ensemble du peuple vivant sur le territoire ou par le déni des droits fondamentaux d'un peuple ;
- soit de l'obligation de s'abstenir de recourir à toute mesure de coercition qui priverait le peuple de ce droit.

8. Il y a aussi une condition procédurale. Tous les remèdes efficaces doivent avoir été épuisés dans le cadre de la recherche d'un règlement avant qu'un peuple puisse recourir à l'exercice du droit à l'autodétermination externe. En conséquence, il faut avoir exploré toutes les

voies permettant d'assurer, par les moyens existants, le respect et la promotion du droit à l'autodétermination, notamment les négociations bilatérales, l'assistance de tiers et, sous réserve d'un accord ou de conditions d'accessibilité, le recours aux juridictions internes ou même internationales, ainsi qu'aux tribunaux arbitraux.

10 9. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, au cours de ces audiences, on a entendu dire que l'existence du droit postcolonial à l'autodétermination externe n'a pas été démontrée par les Etats qui invoquent ce droit. Les études consacrées au droit de l'autodétermination abondent. Elles apportent un grand nombre d'éléments, notamment sur l'exercice du droit à l'autodétermination externe. Elles sont instructives mais ne font sans doute pas autorité. Les divergences d'opinions exprimées dans la doctrine empêchent à notre avis que celle-ci soit utilisée comme une source de droit international comme le prévoit l'article 38 du Statut de la Cour. Pour répondre à la question qui lui est soumise, la Cour devra interpréter les dispositions conventionnelles relatives à l'autodétermination et évaluer les opinions juridiques ainsi que la pratique des Etats dans ce domaine. De fait, c'est précisément ce que la Cour pourra faire sur la base des exposés écrits, des observations écrites et des déclarations orales en l'instance.

10. Il n'est guère surprenant que les exemples d'exercice licite du droit à l'autodétermination externe soient peu nombreux en dehors du contexte des territoires non autonomes ou de l'occupation étrangère. Premièrement, le droit à l'autodétermination externe dans un contexte postcolonial ne s'est fait jour que dans la seconde moitié du siècle dernier. Deuxièmement, comme on l'a mentionné plus haut, des conditions de fond et de procédure doivent être remplies avant qu'un peuple puisse recourir à l'autodétermination externe. Au cours de cette instance, on a cité de nombreux cas dans lesquels le peuple considéré n'avait effectivement pas réuni ces conditions et ne pouvait donc pas exercer licitement le droit à l'autodétermination externe. Il existe pourtant plusieurs cas dans lesquels la communauté internationale a accepté l'exercice de ce droit. Nous citerons à titre d'exemples la création du Bangladesh et celle de la Croatie.

11. Les cas dans lesquels des Etats se sont désintégrés sur la base d'un accord consensuel différent du cas présent, mais ils ne sont pas nécessairement dénués de pertinence au regard de celui-ci. Dans certains de ces cas, les peuples intéressés ont reconnu que la violation passée du

droit à l'autodétermination avait rendu impossible la poursuite de leur coexistence dans un seul Etat. Nous citerons à titre d'exemples la création de l'Erythrée et celle de la Slovénie.

3. L'exercice du droit à l'autodétermination par le peuple du Kosovo

11 12. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, la violation des droits de l'homme au Kosovo à la fin du siècle dernier a été dument attestée, en particulier par le rapporteur spécial de l'ONU sur l'ex-Yougoslavie et elle a été reconnue par plusieurs organes de l'Organisation, y compris l'Assemblée générale, le Conseil de Sécurité et le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. Même la Yougoslavie a reconnu au cours de cette audience que des violations des droits de l'homme avaient eu lieu au Kosovo.

13. Ces violations sont la raison profonde pour laquelle nous estimons que le peuple du Kosovo peut prétendre, en tant que peuple, à l'autodétermination externe. Dans nos observations écrites, nous avons soutenu qu'il existe un peuple au Kosovo. Nous ferons observer que contrairement à ce qu'a indiqué la Serbie pendant la présente instance, le Gouvernement suisse a adopté la même position au cours de ces débats et à l'occasion de débats parlementaires intérieurs. Aujourd'hui, je ferai en outre valoir que le droit à l'autodétermination externe en l'espèce trouve son origine dans les graves violations par la Serbie du droit à l'autodétermination du peuple du Kosovo et de ses obligations connexes, à savoir celle de respecter et promouvoir ce droit et celle de s'abstenir de recourir à toute mesure de coercition qui priverait dudit droit le peuple du Kosovo.

3.1. La violation de l'obligation de respecter et de promouvoir le droit à l'autodétermination

14. Il y a ainsi eu une violation grave de l'obligation de respecter et de promouvoir le droit du peuple du Kosovo à l'autodétermination, parce que :

— aucun gouvernement ne représentait l'ensemble de la population en République fédérale de Yougoslavie ;

et

— il y a eu déni des droits fondamentaux de l'homme au Kosovo.

3.1.1. L'absence d'un gouvernement représentant l'ensemble de la population

15. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, permettez-moi d'aborder le premier point. Il n'y avait pas de gouvernement représentant l'ensemble de la population dans la République fédérale de Yougoslavie. Dans la République fédérative socialiste de Yougoslavie, le Kosovo avait le statut d'une province autonome. Les autorités yougoslaves et serbes ont peu à peu mis fin à l'autonomie du Kosovo et cherché à prendre le contrôle de celui-ci. Leur réussite à cet égard a abouti à une marginalisation totale, au Kosovo, des Albanais de souche. La façon dont les choses se sont déroulées est relatée dans le jugement *Milutinović*, rendu en février dernier par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie¹.

12

16. Au début des années 1980, après la mort du président Tito, les Albanais du Kosovo cherchèrent à obtenir que le Kosovo soit reconnu comme une république à part entière. Cela donna lieu à des manifestations, parfois violentes, et les forces de police ainsi que l'armée yougoslave furent déployées. Dans le même temps, les Serbes demandaient de plus en plus instamment une restriction de l'autonomie du Kosovo. Les mesures qui furent prises, dans le contexte général de l'éclatement de la Yougoslavie, prirent la forme d'une usurpation par les autorités fédérales des responsabilités concernant la sécurité à l'intérieur du Kosovo. Le Tribunal a conclu comme suit :

«à partir de 1989 environ, les divergences entre d'une part les aspirations de la majorité de la population albanaise du Kosovo et, d'autre part, les visées de la [République fédérale de Yougoslavie] et des autorités de l'Etat serbe créèrent un climat tendu et instable. Les mesures que prirent les autorités pour exercer un contrôle plus strict sur la province et pour réduire le rôle des Albanais du Kosovo dans la gestion des affaires locales, les services publics et la vie économique polarisèrent la communauté. En effet, les lois, les politiques et les pratiques qui furent mises en place étaient discriminatoires pour les Albanais, alimentant la rancœur et le sentiment de persécution de la population locale.

.....

Un système dit «parallèle» se développa donc, avec un «gouvernement» non officiel et la prestation de services à la population albanaise du Kosovo, financés par les contributions d'une forte communauté émigrée et par un «impôt de solidarité» volontaire.» [*Traduction du Greffe.*]

17. Ces constatations démontrent l'absence d'un gouvernement représentant l'ensemble de la population de la République fédérale de Yougoslavie, ce qui équivaut à une violation de l'obligation de respecter et de promouvoir le droit à l'autodétermination au Kosovo. Cette

¹ On pourra noter que des appels, qui restent à trancher, ont été formés après le 17 avril 2009, date à laquelle le Royaume des Pays-Bas a déposé son exposé écrit.

violation était grave parce que systématique : l'abrogation des pouvoirs autonomes, conjuguée au caractère discriminatoire des lois, politiques et pratiques mises en place, prouvent que la violation était organisée et délibérée. La gravité de la violation tenait aussi à son énormité : la nécessité pour les Albanais du Kosovo de mettre en place un système de gouvernement parallèle prouve le caractère flagrant de la violation, qui constituait une atteinte directe et caractérisée portée aux valeurs protégées par le principe de la représentativité du gouvernement.

3.2. Le déni des droits de l'homme fondamentaux

13 18. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, j'en viens maintenant au deuxième point. Il y a aussi eu déni des droits fondamentaux du peuple du Kosovo. A partir du milieu de l'année 1998, la crise politique au Kosovo a conduit à un conflit armé entre les forces de la République fédérale de Yougoslavie et de Serbie et celles de l'armée de libération du Kosovo. Le conflit armé s'est poursuivi tout au long de la campagne de bombardements aériens de l'OTAN menée entre le 24 mars et le 10 juin 1999. Pendant toute la durée du conflit armé, des incidents eurent lieu, au cours desquels l'armée yougoslave et les forces du ministère serbe de l'intérieur firent un usage excessif et indiscriminé de la force. Ces incidents occasionnèrent des dommages subis par des biens à caractère civil, un déplacement de la population ainsi que la mort de civils. Le tribunal a conclu que :

«l'objectif de l'entreprise criminelle commune était de placer le Kosovo sous contrôle permanent des autorités de la [République fédérale de Yougoslavie] et des autorités serbes, et il devait être réalisé par des moyens criminels. Par le moyen d'une campagne de terreur et de violence généralisée et systématique, la population albanaise du Kosovo devait être déplacée par la force à l'intérieur et à l'extérieur du Kosovo ; les membres de l'entreprise criminelle commune avaient conscience qu'on ne pouvait espérer, de manière réaliste, pouvoir déplacer chaque Albanais du Kosovo et l'en chasser, et l'objectif commun était donc de les déplacer en nombre suffisant afin de réaliser un rééquilibrage démographique en direction d'une répartition plus égale des groupes ethniques, et d'intimider les Albanais du Kosovo jusqu'à ce qu'ils se soumettent.» (traduction du greffe)

19. Les forces de la République fédérale de Yougoslavie et de la Serbie chassèrent délibérément au moins 700 000 Albanais du Kosovo, soit en leur ordonnant de partir, soit en instaurant un climat de terreur qui les a amenés à partir. Dans tout le Kosovo, les forces de la République fédérale de Yougoslavie et de la Serbie menèrent une vaste campagne de violence à

l'encontre de la population albanaise du Kosovo, marquée par des meurtres, des violences sexuelles et la destruction délibérée de mosquées.

20. Ces constatations du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie démontrent que la campagne de terreur et de violence s'est caractérisée par des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, aboutissant à un déni des droits de l'homme fondamentaux au Kosovo. Partant, il y a eu violation de l'obligation de respecter et de défendre le droit à l'autodétermination au Kosovo, violation grave de par son caractère systématique; l'existence d'une entreprise criminelle commune prouve notamment que la violation était organisée et délibérée. La gravité de la violation tenait aussi à son énormité : le nombre d'Albanais du Kosovo chassés ainsi que la nature et l'étendue de la violence dirigée contre eux témoignent du caractère flagrant de la violation, qui constituait une atteinte directe et absolue aux droits de l'homme fondamentaux.

3.2. La violation de l'obligation de s'abstenir de recourir à toute mesure de coercition

21. Au Kosovo, il y a en outre eu violation grave de l'obligation de s'abstenir de recourir à des mesures de coercition privant les peuples de leur droit à l'autodétermination. Cela ressort aussi des constatations du Tribunal, notamment en ce qui concerne le déplacement forcé des Albanais du Kosovo.

14 3.3. L'épuisement de tous les recours efficaces

22. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, la condition de fond aussi bien que la condition de procédure applicables à l'exercice par le peuple du Kosovo du droit à l'autodétermination ont été remplies. Après tout, tous les recours efficaces qui pouvaient être exercés pour régler le statut du Kosovo avaient été épuisés. Un processus politique avait été engagé à cette fin sous les auspices du Conseil de sécurité. Ce n'est qu'après l'échec de toutes les tentatives visant à parvenir à un règlement que l'envoyé spécial du Secrétaire général conclut, le 26 mars 2007, que les négociations n'avaient plus aucune chance d'aboutir à un résultat mutuellement acceptable sur le statut du Kosovo, et que la seule option viable pour le Kosovo était l'indépendance. Ces conclusions furent pleinement appuyées par le Secrétaire général des Nations Unies.

23. Par la suite, lorsqu'il apparut que le Conseil de sécurité ne pouvait souscrire à une résolution qui aurait approuvé les propositions de l'envoyé spécial, une troïka fut constituée, composée de représentants de l'Union européenne, de la Fédération de Russie et des Etats-Unis, en vue de tenter de trouver une solution. Après quatre mois de travail intensif sur la question du statut futur du Kosovo, la troïka remit son rapport le 4 décembre 2007. Son objectif était de faciliter un accord entre les parties. En dépit des discussions intensives et substantielles de haut niveau que la troïka avait facilitées entre Belgrade et Pristina, un accord sur le statut final du Kosovo ne put être trouvé. Ainsi que la troïka l'a rapporté, aucune des parties n'était prête à céder sur la question fondamentale de la souveraineté sur le Kosovo.

24. De nouveaux débats approfondis eurent lieu au sein du Conseil de sécurité, sans toutefois déboucher sur une solution. Ce n'est par conséquent qu'après l'épuisement du processus politique et en l'absence de nouvelle indication du Conseil de sécurité que l'indépendance du Kosovo fut proclamée le 17 février 2008.

15 25. L'affirmation faite dans les observations écrites de la Serbie, selon laquelle la condition procédurale d'épuisement de tous les recours effectifs n'a pas été remplie, du fait même de la tenue de cette procédure consultative, est hors de propos. La demande d'avis consultatif ne constituait certainement pas un recours *effectif* pour le peuple du Kosovo, puisque ce peuple n'aurait pas pu soumettre une proposition à cet effet à l'Assemblée générale, n'aurait pas pu négocier les modalités de la demande avec les membres de l'Organisation des Nations Unies à l'Assemblée générale et obtenir un vote en faveur d'une telle demande. Ç'aurait été à la Serbie de proposer, lors des négociations sur le statut, de demander à la Cour de donner un avis consultatif, ou bien de soumettre la question de l'exercice du droit à l'autodétermination par le peuple du Kosovo à un tribunal arbitral. Elle ne l'a toutefois pas fait à ce moment-là.

26. On a dit également que le peuple du Kosovo ne pouvait exercer son droit à l'autodétermination externe en 2008, car la situation au Kosovo ne s'était pas aggravée depuis 1999. Nous avons déjà indiqué dans notre exposé écrit que, dans ce cas-là, le droit à l'autodétermination n'était pas remis en cause par l'écoulement du temps compte tenu des violations graves de ce droit. Ce temps a servi, premièrement, à établir des présences civiles et de sécurité internationales au Kosovo et, deuxièmement, à faciliter un processus politique permettant

de parvenir à un règlement politique de la situation au Kosovo. Ainsi le temps a-t-il été employé pour satisfaire la condition procédurale de l'exercice du droit à l'autodétermination, à savoir l'épuisement de tous les recours efficaces visant à régler le statut du Kosovo.

4. Réflexions

27. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, l'émergence du droit à l'autodétermination externe n'a pas été sans susciter de controverses. D'une part, l'exercice de ce droit entraîne une reconfiguration de la communauté internationale et peut influencer sur la condition essentielle de stabilité mentionnée par la Cour dans l'affaire du *Différend frontalier*. D'autre part, compte tenu des événements passés, il peut arriver que la stabilité passe forcément par le changement. Le droit, en particulier le droit relatif à l'autodétermination, donne des indications quant à ce difficile processus de changement.

28. Dans l'affaire qui nous occupe, le droit soutient le peuple du Kosovo. Dès lors que la Serbie avait gravement manqué à ses obligations touchant l'autodétermination du peuple du Kosovo, il ne fallait plus s'attendre à que ce dernier vive avec le peuple de Serbie dans un seul et même Etat. Dans le cas présent, le peuple du Kosovo a fait un usage légitime du recours qu'offre le droit international en cas de violations très graves des droits de l'homme.

29. Y a-t-il une raison de craindre, comme il a été allégué à l'occasion de cette procédure, que la reconnaissance par la Cour du droit à l'autodétermination externe du peuple du Kosovo crée un précédent dangereux — précédent dont pourraient aisément s'inspirer d'autres groupes de personnes déclarant constituer un peuple pouvant prétendre à l'autodétermination ? Selon nous, cette crainte n'est pas justifiée. Au contraire, ce serait l'absence de recours efficace, dissuasif et proportionné en cas de violation du droit à l'autodétermination qui menacerait la paix et la stabilité. La reconnaissance par la Cour de ce dernier recours, y compris des conditions devant être satisfaites pour l'exercer, contribuera à la paix et la stabilité. Elle empêchera les Etats de violer les droits de l'homme, et les peuples de chercher trop facilement à faire usage de ce recours. Ces conditions placent la barre haut. Elles la placent vraiment très haut.

5. Conclusions

30. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, l'avis juridique du Royaume des Pays-Bas est que le droit à l'autodétermination politique inclut le droit à l'autodétermination externe en cas de violation grave de l'obligation de respecter et de promouvoir le droit à l'autodétermination, ou de l'obligation de s'abstenir de toute mesure de coercition qui prive les peuples de ce droit après l'épuisement de tous les recours efficaces. La reconnaissance du Kosovo par le Royaume des Pays-Bas est fondée sur cette idée et constitue un exemple de la pratique des Etats où, exceptionnellement, les conditions de l'exercice du droit à l'autodétermination externe ont été satisfaites.

31. Nous maintenons les arguments présentés dans notre exposé écrit et dans nos observations écrites. En particulier, dans notre exposé, nous avons invoqué et réaffirmé :

- l'existence et l'exercice du droit à l'autodétermination dans un contexte postcolonial, en particulier les conditions qui doivent être satisfaites pour un recours au droit à l'autodétermination externe ; et
- l'exercice licite du droit à l'autodétermination externe par le peuple du Kosovo.

32. En outre, nous avons réaffirmé et démontré que le peuple du Kosovo a fait un usage licite du droit à l'autodétermination externe, parce que :

- il y a eu violation grave de l'obligation de respecter et de défendre le droit à l'autodétermination au Kosovo ;
- il y a eu également violation grave de l'obligation de s'abstenir de toute mesure de coercition qui prive les peuples de leur droit à l'autodétermination au Kosovo ; et
- tous les recours efficaces visant à régler le statut du Kosovo étaient épuisés.

17

33. Par conséquent, mon gouvernement estime que la réponse à la question posée est que la proclamation d'indépendance du Kosovo le 17 février 2008 est conforme au droit international.

Je vous remercie de votre attention.

Le PRESIDENT : Je remercie Mme Liesbeth Lijnzaad de son exposé. Je donne maintenant la parole à S. Exc. M. Bogdan Aurescu, pour qu'il présente l'exposé oral de la Roumanie.

M. AURESCU :

1. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, c'est pour moi un grand honneur et un grand privilège que de me présenter de nouveau devant la Cour.

2. En septembre 2008, j'ai eu l'honneur de plaider pour mon pays en tant qu'agent, conseil et avocat dans la première affaire contentieuse de la Roumanie portée devant la Cour, l'affaire relative à la *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*. L'arrêt, qui a été rendu à l'unanimité le 3 février 2009, a démontré que, pour un pays tel que le mien, dont la politique étrangère tout entière repose sur le respect des principes du droit international, le recours à la voie judiciaire constituait le meilleur instrument de règlement des différends internationaux. La décision de la Cour a été accueillie avec la plus grande satisfaction par le peuple roumain.

3. Monsieur le président, la Roumanie maintient tous les arguments qu'elle a présentés pendant la phase écrite de la présente instance. Aujourd'hui, nous n'examinerons toutefois que certains points essentiels : premièrement, la question de l'opportunité judiciaire de l'avis consultatif et le sens de la question posée ; deuxièmement, l'applicabilité du droit international à la présente affaire ; et, troisièmement, la pertinence des résolutions du Conseil de sécurité. Mon collègue Cosmin Dinescu examinera ensuite l'applicabilité en l'espèce du droit international relatif à l'autodétermination.

La question de l'opportunité judiciaire de l'avis consultatif

18

4. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, il a été soutenu que des raisons décisives² — telles que l'absence d'effet juridique de l'avis sur le statut du Kosovo ou l'impossibilité pour l'Assemblée générale d'en tirer quelque conséquence que ce soit — pouvaient empêcher la Cour d'exercer sa compétence. Sans remettre nullement en cause le pouvoir discrétionnaire de la Cour de décider de rendre ou non un avis consultatif, nous considérons qu'elle devrait rester cohérente avec sa pratique, telle qu'elle a été exposée dans l'avis consultatif sur le *Mur* : «la Cour actuelle n'a jamais, dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, refusé de répondre à une demande d'avis consultatif» (*Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien*

² CR 2009/25, p. 31, par. 5 (auteurs de la déclaration unilatérale d'indépendance).

occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 156, par. 44). De plus, ainsi qu'elle l'a précisé dans l'avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, «l'effet qu'aurait [un] avis est une question d'appréciation» pour l'organe des Nations Unies qui le demande, l'Assemblée générale étant habilitée à décider elle-même de l'utilité d'un avis (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 237, par. 16-17). Par conséquent, la Cour ne devrait pas refuser de répondre à la question posée au motif que son avis n'aurait aucun effet juridique ou aucune utilité³.

Le sens de la question posée

5. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, j'en viens maintenant au sens de la question posée. Il a été soutenu qu'en soi, une déclaration d'indépendance était un simple fait et que, en tant que tel, elle n'était ni autorisée ni interdite par le droit international⁴. Cependant, si nous devons souscrire à une interprétation aussi restrictive de la question — ce qui n'est pas le cas —, alors la Cour devrait confirmer la conclusion formulée par la délégation de l'Autriche à l'audience : «Comme [cela a] déjà [été] indiqué, une déclaration d'indépendance n'entraîne pas en tant que telle la sécession ou la création d'un Etat.»⁵

6. Quoi qu'il en soit, la Cour ne devrait pas se contenter d'analyser la déclaration d'indépendance, elle devrait également s'intéresser aux conséquences juridiques directes susceptibles d'en découler. Je formulerai trois observations sur ce point.

7. Premièrement, la Cour ne saurait faire abstraction du libellé de la déclaration, puisque son aspect le plus important est la proclamation d'un «Etat indépendant et souverain». La déclaration est intrinsèquement liée à la prétendue création d'un Etat, et c'est cette prétendue création d'un Etat qui, selon les auteurs, est censée en être la conséquence juridique directe et immédiate. Cette question devrait donc être examinée par la Cour. En effet, ainsi que M. Crawford l'a précisé dans son précieux ouvrage *The Creation of States in International Law*, la création d'Etats ne saurait

19

³ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 163, par. 62.

⁴ CR 2009/25, p. 38, par. 18 (auteurs de la déclaration unilatérale d'indépendance) ; CR 2009/26, p. 12, par. 12, 13 (Albanie) ; CR 2009/27, p. 7, par. 5 (Autriche) ; CR 2009/28, p. 23, par. 22 (Bulgarie) ; CR 2009/30, p. 29, par. 18 (Etats-Unis d'Amérique).

⁵ CR 2009/27, p. 8, par. 10 (Autriche) ; voir également CR 2009/30, p. 29, par. 18 (Etats-Unis d'Amérique) : «La déclaration d'indépendance du Kosovo exprimait une aspiration politique».

aujourd'hui être considérée comme une simple question de fait, mais comme étant soumise à certaines règles et principes internationaux⁶. La question n'est donc pas seulement de savoir si la simple proclamation de l'indépendance est autorisée ou interdite par le droit international, mais si ce dernier autorise ou interdit la *sécession unilatérale* dans les circonstances de l'espèce⁷.

8. Deuxièmement, tout en gardant à l'esprit la nécessité d'examiner la question qui est au cœur de l'affaire, c'est-à-dire celle de la licéité de la sécession unilatérale, la Cour ne devrait pas interpréter la question qui lui est posée de manière restrictive. Par le passé, la Cour a souvent été amenée à élargir, à interpréter, voire à reformuler la question qui lui était posée⁸. Ainsi qu'elle l'a précisé dans son avis consultatif sur l'*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)*, il lui est loisible de définir la «véritable question juridique» qui lui est soumise. En la présente espèce, la «véritable question juridique» est de savoir si la création d'un Etat par voie de sécession unilatérale est, compte tenu des circonstances, licite. A cet égard, rien ne saurait empêcher la Cour de faire usage de ses pouvoirs bien établis.

9. Troisièmement, l'avis devrait fournir un éclairage utile à l'Assemblée générale et aux autres organes compétents des Nations Unies. Ainsi qu'il ressort de la jurisprudence constante de la Cour, comme par exemple de l'affaire du *Sahara occidental*, l'objet d'une demande d'avis consultatif est «d'éclairer les Nations Unies dans leur action propre» et d'aider l'Assemblée générale à «exercer comme il convient ses fonctions» (*Sahara occidental, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975, p. 27, par. 39, 41, 42*). Comme je l'ai précisé ci-dessus⁹, les organes des Nations Unies décident eux-mêmes et pour eux-mêmes de l'utilité d'un avis consultatif ainsi que de la possibilité d'agir sur cette base. La réponse de la Cour pourrait être réellement utile à l'exercice des fonctions de l'Assemblée générale, telles que celles fondées sur les articles 4 ou 10 de la Charte des Nations Unies, à la condition toutefois que l'avis porte sur la «véritable question juridique» —

20

⁶ Voir James Crawford, *The Creation of States in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 2006, p. 6.

⁷ Voir également l'exposé écrit du Royaume-uni, p. 24, par. 1.14.

⁸ *Jaworzina, avis consultatif, 1923, C.P.J.I. série B n° 8 ; Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1956, p. 25 ; Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1962, p. 157-162 ; Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 154, par. 38.*

⁹ Voir ci-dessus, par. 7, notes de bas de page 6 et 7.

celle qui est au cœur de la présente instance —, c'est-à-dire la question de la licéité de la création d'un Etat par voie de sécession unilatérale, dans les circonstances de l'espèce.

Le droit international applicable

10. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, je tiens à souligner un point important concernant le droit applicable. Il a été soutenu que le droit international n'interdisait pas la sécession, que le principe de l'intégrité territoriale ne s'appliquait qu'entre Etats et ne protégeait pas les Etats contre les mouvements sécessionnistes, et que les acteurs non étatiques n'étaient pas liés par ce principe¹⁰. Souscrire à cette thèse aurait des conséquences extrêmement graves pour l'ordre juridique international. Cela signifierait que la moindre province, le moindre district ou le moindre comté, voire le plus petit hameau du coin le plus reculé d'un Etat est, du point de vue du droit international, autorisé à déclarer son indépendance et à faire sécession.

11. Le principe de l'intégrité territoriale oblige les Etats à ne prendre aucune mesure qui risquerait de compromettre l'intégrité territoriale d'autres Etats. Cela comprend l'obligation de ne pas reconnaître un changement territorial qui serait contraire au droit international¹¹. Le principe de l'intégrité territoriale renferme donc deux éléments juridiques : premièrement, la reconnaissance, et, deuxièmement, la licéité du changement territorial. Or, un raisonnement erroné a été présenté dans cette grande salle de justice. Il s'articule en trois étapes. Premièrement, il a été soutenu que la reconnaissance *n'entraîne pas dans le champ de la question posée à la Cour* et que celle-ci ne pouvait donc pas l'examiner. Deuxièmement — et par conséquent —, la Cour ne pourrait pas non plus examiner le changement territorial susceptible de faire l'objet de cette reconnaissance. Troisièmement, on a fait valoir que ce changement territorial n'était pas régi par le droit international mais, tout au plus, par le droit interne de certains Etats. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, par le biais de ce raisonnement, plusieurs participants invoquent la prétendue portée limitée de la question afin de démontrer que la sécession n'est pas régie par le droit international. Cette thèse ne saurait être acceptée; l'interdiction de la sécession unilatérale est l'un des deux éléments de l'intégrité territoriale.

¹⁰ CR 2009/25, p. 30, par. 2 ; p. 43, par. 26 (auteurs de la déclaration unilatérale d'indépendance) ; CR 2009/26, p. 13, par. 19 (Albanie) ; CR 2009/30, p. 30, par. 20 (Etats-Unis d'Amérique).

¹¹ Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale des Nations Unies, principe 1, par. 9 ; principe 5, par. 7.

21 12. Même certains Etats qui soutiennent la déclaration d'indépendance reconnaissent l'existence d'une règle générale interdisant la sécession, et je cite l'exposé de l'Albanie :

«il ne fait aucun doute que l'autodétermination ne donne pas lieu à un droit général de faire sécession. Néanmoins, lorsque ces conditions ne sont systématiquement, et de manière flagrante, pas respectées, et qu'un peuple se voit refuser une participation complète à la vie politique [rien] n'interdi[t] de faire sécession.»¹²

Monsieur le président, cela revient clairement à admettre que la sécession *est bien* régie par le droit international. L'interdiction de la sécession est la règle ; *la sécession à titre de remède peut, dans des circonstances exceptionnelles, y déroger*. Mon collègue Cosmin Dinescu reviendra sur ce point dans un moment.

Les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité des Nations Unies

13. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, j'en arrive à la partie suivante de mon exposé, qui a trait à la pertinence des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies.

14. Je ne me livrerai pas à un examen approfondi des dispositions de la résolution 1244. Je me contenterai simplement d'examiner quatre points essentiels : premièrement, l'effet conjugué de la résolution 1244 et des résolutions antérieures ; deuxièmement, la prétendue distinction entre le «règlement intérimaire» et le «règlement définitif» ; troisièmement, le prétendu «épuisement des voies de négociation» ; et, quatrièmement, la pertinence de l'absence de réaction de la part des organes des Nations Unies.

Effet conjugué des résolutions — le statut du Kosovo doit respecter la souveraineté de la Serbie

15. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, la résolution 1244 devrait être lue conjointement avec les résolutions 1160, 1199, 1203 et 1239, dont elle fait mention au deuxième alinéa de son préambule. Comme la Cour l'a indiqué dans son avis consultatif sur l'affaire de la Namibie (*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. 51, par. 108*), avant de procéder à l'analyse d'une résolution, la

¹² CR 2009/26, p. 20, par. 8 (Albanie).

Cour doit se référer aux résolutions antérieures dont l'effet se conjugue et s'ajoute à celui du texte considéré.

22

16. Ainsi, c'est au paragraphe 5 de la résolution 1160 que le Conseil, pour la première fois, «souscrit [à la proposition selon laquelle] le règlement du problème du Kosovo doit reposer sur le principe de l'intégrité territoriale de la République fédérale de Yougoslavie». Ce paragraphe n'est assorti d'aucune condition. Le Conseil va encore plus loin dans la résolution 1199, dans laquelle il réaffirme, aux douzième et treizième alinéas du préambule, «l'attachement de tous les Etats Membres à la souveraineté et à l'intégrité territoriale de la RFY», attachement qui est réitéré dans les résolutions 1203 et 1239.

17. Cet attachement à la souveraineté et à l'intégrité territoriale de la RFY, le Conseil le réaffirma encore au dixième alinéa du préambule de la résolution 1244. On a fait valoir que cette référence, qui figure dans le préambule de la résolution, ne créait aucun effet juridique¹³. Pareil argument est indéfendable. Premièrement, il ressort de la jurisprudence internationale qu'un effet juridique a toujours été donné aux préambules des résolutions et des traités — voir, par exemple, l'avis consultatif en l'affaire de la *Namibie*¹⁴ ou la sentence arbitrale en l'affaire du *Canal de Beagle*¹⁵ — et, deuxièmement, le préambule de la résolution 1244 doit être lu conjointement avec le paragraphe 5 de la résolution 1160¹⁶.

18. De plus, d'aucuns ont fait valoir que la confirmation de l'intégrité territoriale ne valait que pour la période intérimaire, en raison de la référence à «l'annexe 2»¹⁷. Je ferai deux remarques à ce propos. Premièrement, avant de renvoyer à «l'annexe 2», le paragraphe 10 se réfère à l'acte final d'Helsinki, qui a énoncé, entre autres, deux principes clés : l'intégrité territoriale et l'inviolabilité des frontières. Deuxièmement, l'effet conjugué des résolutions 1160, 1199 et 1244 a nécessairement pour conséquence juridique que le statut du Kosovo doit respecter la souveraineté

¹³ Contribution écrite des auteurs de la déclaration unilatérale d'indépendance concernant les exposés écrits, p. 71 de la traduction française, par. 4.15.

¹⁴ *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. 24, par. 32 ; p. 46, par. 92 ; p. 51, par. 107 ; p. 52, par. 109 ; p. 53, par. 115.

¹⁵ *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au canal de Beagle*, 18 février 1977, *RSA*, vol. XXI, p. 89.

¹⁶ *Supra*, par. 17.

¹⁷ CR 2009/30, p. 32, par. 26.

de la Serbie, ce qui, comme je l'ai dit précédemment, vaut interdiction de l'indépendance sans le consentement des deux parties concernées.

Distinction entre «règlement provisoire» et «règlement définitif»

23

19. On a également fait valoir¹⁸ qu'une distinction devrait être établie entre le «règlement définitif» — alinéas *e)* et *f)* du paragraphe 11 de la résolution 1244, et le «règlement provisoire» — alinéa *a)* du paragraphe 11, au sens où seul ce dernier doit s'inscrire dans le cadre juridique d'«une autonomie et [d']une auto-administration substantielles» au sein de la Serbie. On a de plus affirmé¹⁹ que le processus final ne devait tenir compte que des principes énoncés dans les accords de Rambouillet, qui se réfèrent à «la volonté du peuple». Je ferai quatre observations sur ce point.

20. Premièrement, comme l'énonce le premier alinéa du préambule de la résolution 1244, le Conseil de sécurité réaffirme l'appel qu'il a lancé dans des résolutions antérieures en vue d'une «autonomie substantielle et d'une véritable auto-administration» au Kosovo sans faire de distinction entre une solution provisoire et une solution définitive. En même temps, tant l'alinéa *a)* que l'alinéa *e)* du paragraphe 11 du dispositif renvoient aux accords de Rambouillet. Cette distinction ne s'impose donc pas.

21. Deuxièmement, les accords de Rambouillet eux-mêmes, dont il faut «tenir compte» aux termes de la résolution 1244, réaffirment dans un certain nombre de leurs dispositions la souveraineté et l'intégrité territoriale de la RFY²⁰. Ainsi, aux termes de l'article premier du «cadre», «les communautés nationales ne doivent pas utiliser leurs droits complémentaires pour porter préjudice à ... l'intégrité territoriale de la République fédérale de Yougoslavie».

22. Le fait que le chapitre final de l'accord de Rambouillet se réfère en son article 1.3 à la «volonté du peuple» ne saurait être interprété comme signifiant que «seule» la volonté du peuple doit être prise en considération. Ce n'est qu'un critère. N'oublions pas que pendant les négociations de Rambouillet, la délégation de Pristina a indiqué qu'«une référence à la

¹⁸ Exposé écrit de la France, p. 47, par. 2.33 ; CR 2009/25, p. 51, par. 24 (auteurs de la déclaration unilatérale d'indépendance).

¹⁹ CR 2009/25, p. 52, par. 27 (auteurs de la déclaration unilatérale d'indépendance) ; CR 2009/30, p. 61, par. 22.

²⁰ Le préambule de «l'accord de Rambouillet», l'article premier du cadre, le préambule du chapitre 1 du cadre, l'article premier de son chapitre 7.

souveraineté obligerait la délégation du Kosovo à exiger que l'obligation d'organiser un référendum» soit formulée plus clairement, et elle a proposé l'ajout de la disposition suivante dans le préambule : «Le peuple du Kosovo a le droit de disposer de lui-même.» Mais ces propositions n'ont pas été acceptées. La référence à la souveraineté a été conservée²¹. En outre, le même paragraphe 1.3 renvoie également à l'acte final d'Helsinki dont on sait parfaitement que deux des principes fondamentaux sont l'intégrité territoriale et l'inviolabilité des frontières.

24

23. Quatrièmement, le Conseil de sécurité n'aurait pu en aucune façon obliger un Etat à accepter la sécession d'une partie de son territoire, en l'absence de l'accord des parties concernées ou dans des situations autres que celles auxquelles le droit à l'autodétermination s'appliquait, dans le contexte colonial. Comme l'a rappelé le juge Fitzmaurice dans son opinion dissidente en l'affaire de la *Namibie*, le Conseil de sécurité n'a le pouvoir «ni d'abroger ni de modifier des droits territoriaux, qu'il s'agisse de droits de souveraineté ou de droits d'administration» (*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. 294, par. 115, opinion dissidente du juge Fitzmaurice*).

L'obligation de négocier

24. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, certains participants à la présente instance ont affirmé que le fait que «toutes les possibilités de négociation ont été épuisées»²² rendait inapplicable le principe d'une solution négociée d'un commun accord.

25. Dans l'affaire qui nous occupe, l'obligation faite en droit international général de négocier de bonne foi exclut cette hypothèse. Comme la Cour l'a rappelé dans les affaires du *Plateau continental de la Mer du Nord*²³ et en l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*²⁴, les parties sont tenues d'engager une négociation «en vue de réaliser

²¹ Déclaration de la délégation du Kosovo sur la nouvelle proposition de règlement, 18 février 1999, in Mark Weller, *The Crisis in Kosovo 1989-1999*, Documents and Analysis Publishing Ltd., Cambridge, p. 444-445 («la proposition n'a pas été acceptée»).

²² Par exemple, exposé écrit du Royaume-Uni, p. 43, 47, 78, 79 de la traduction française.

²³ Affaire du *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.

²⁴ *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 31 ; *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/Etats-Unis d'Amérique)*, nomination d'expert, ordonnance du 30 mars 1984, C.I.J. Recueil 1984, p. 299.

un accord et non pas simplement de procéder à une négociation formelle». Il est manifeste que cette obligation n'a pas été pleinement respectée en l'espèce. Permettez-moi de citer la contribution écrite des auteurs de la déclaration : «la position du Kosovo était claire elle aussi. Pristina a insisté sur le fait que le règlement devrait aboutir à l'indépendance du Kosovo.»²⁵ La position du Kosovo n'était donc pas seulement «claire», elle était aussi prédéterminée et immuable, dès le tout début des négociations. Il est vrai bien sûr que l'obligation de négocier n'emporte pas celle de parvenir à un accord, comme la Cour permanente de Justice internationale l'a relevé en l'affaire du *Trafic ferroviaire entre la Lituanie et la Pologne*²⁶. Elle implique néanmoins le devoir d'accepter la possibilité d'un accord, au lieu de se contenter de la refuser en s'en tenant à un comportement unilatéral systématiquement inflexible.

Absence de réaction des organes des Nations Unies après la déclaration d'indépendance

26. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, on a fait observer²⁷ que l'absence de réaction du Conseil de sécurité après la déclaration d'indépendance pouvait être interprétée comme une reconnaissance de sa part — ou de la communauté internationale en général — que la sécession n'était pas contraire aux règles du droit international.

27. Le compte rendu des débats de la réunion du Conseil de sécurité du 18 février 2008 donne une idée claire de la situation : il n'y avait pas accord parmi ses membres sur la licéité de la tentative de créer un nouvel Etat.

28. Certains Etats ont alors dénoncé l'illicéité de la déclaration d'indépendance, estimant que les organes des Nations Unies devaient agir. Aucune décision n'a cependant été prise. A ce propos, je rappelle la jurisprudence de la Cour, plus précisément son avis consultatif en l'affaire *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies (avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p. 9)*, selon lequel «la Cour ne saurait admettre la suggestion

²⁵ Contribution écrite des auteurs de la déclaration unilatérale d'indépendance, p. 76 de la traduction française, par. 5.12.

²⁶ *Trafic ferroviaire entre la Lituanie et la Pologne, avis consultatif, 1931, C.P.J.I. série A/B n° 42*, p. 116.

²⁷ Par exemple, contribution écrite des auteurs de la déclaration unilatérale d'indépendance, p. 129 de la traduction française, par. 9.27. Egalement déclarations orales : CR 2009/25, p. 60-61, par. 56-61 (auteurs de la déclaration unilatérale d'indépendance) ; CR 2009/26, p. 13, par. 16 (Albanie).

d'après laquelle ... l'absence d'une recommandation [pourrait être considérée comme une] «recommandation défavorable». L'absence d'une recommandation ne représente donc rien d'autre que l'absence d'une recommandation.

29. D'ailleurs, la position des Nations Unies au sujet du statut du Kosovo est celle de la «neutralité»²⁸. Le fait que le représentant spécial du Secrétaire général n'a pas déclaré la déclaration d'indépendance nulle et non avenue, comme la Serbie le demandait, ne doit en aucune façon être interprété comme une confirmation de la déclaration, mais comme une affirmation de cette «neutralité». Comme dans le cas du Conseil de sécurité, cette absence d'action ne signifie rien de plus qu'une absence d'action sans effets juridiques.

26

30. Que doit-on entendre par la position de «neutralité quant au statut» des Nations Unies ? Premièrement, il y a désaccord entre les Etats Membres quant à la situation de fait et sur le plan juridique, comme l'Assemblée générale l'a rappelé dans le préambule de la résolution 63/3 ; deuxièmement, le fait que les Nations Unies n'appuient pas la position de l'une ou l'autre des parties tant qu'il n'y a pas de solution négociée entre Belgrade et Pristina, ce qui confirme la conclusion de mon argument précédent, à savoir que la solution dans l'affaire du Kosovo doit être négociée d'un commun accord.

31. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, permettez-moi de résumer mon argumentation : i) premièrement, aucune raison décisive ne devrait empêcher la Cour d'exercer sa compétence ; ii) deuxièmement, la Cour devrait user de ses pouvoirs pour interpréter la question, afin de répondre à la «véritable question juridique» ; iii) troisièmement, le droit international général interdit la sécession ; iv) quatrièmement, les résolutions du Conseil de sécurité sur la question prévoient le respect de l'intégrité territoriale de la Serbie ; v) cinquièmement, la solution au processus de détermination du statut du Kosovo ne peut être trouvée que par la négociation et d'un commun accord entre les parties.

32. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, permettez-moi de vous remercier pour votre aimable attention. Mon collègue, M. Dinescu, va poursuivre la présentation de la Roumanie.

²⁸ S/2009/300 ; S/2009/149 ; S/2008/692 ; voir, par exemple, la déclaration du représentant spécial devant le Conseil de sécurité le 17 juin 2009 : «*notre neutralité quant au statut* nous donne la possibilité de mettre nos efforts au service de l'enrichissement et de la promotion de la coopération régionale», doc. SC/9683, Conseil de sécurité, 6144^e séance, 17 juin 2009.

Mr. DINESCU:

1. Mr. President, Members of the Court, it is a great honour for me to appear before you once again to present the second oral statement of Romania. I shall be referring in my statement to the applicability in this case of the right of peoples to self-determination, a question dealt with by a good many delegations, who have clearly arrived at different, not to say opposite conclusions. Before examining that question, I shall refer briefly to a number of related issues.

The existence or otherwise of a right of secession in international law

27 2. The first point is the question of secession. Some of the participants in these proceedings have asserted that, like declarations of independence, which are neither regulated nor prohibited by international law, secession too is neither regulated nor prohibited by international law²⁹. Of course, secession is very frequently prohibited by internal constitutional law, but it has been questioned whether such prohibitions are relevant, given that it is international law which is being applied by the Court, and not municipal law³⁰.

3. Romania does not share that approach. My friend and colleague Bogdan Aurescu has already dealt with some aspects of this issue, to which I shall add a number of important points. In terms of the relationship between secession and international law, we regard as entirely valid the principles set forth by the Supreme Court of Canada in its opinion on the secession of Quebec:

“international law places great importance on the territorial integrity of nation States and, by and large, leaves the creation of a new State to be determined by the domestic law of the existing State of which the seceding entity presently forms a part . . . Where, as here, unilateral secession would be incompatible with the domestic Constitution, international law is likely to accept that conclusion subject to the right of peoples to self-determination.”³¹

4. Therefore, in situations where States' internal law does not permit secession, the latter would only be compatible with international law if *it were a manifestation of the right of peoples to self-determination*. In other words: the presumption is not that secession is in accordance with international law and that cases where it is not so occur only where the breaching of that law is

²⁹See, for example, Written Statement of the United Kingdom, pp. 87-93, paras. 5.12-5.33.

³⁰See, for example, *ibid.*, p. 87, para. 5.13.

³¹*Reference re Secession of Quebec*, Supreme Court of Canada, 1998, para. 112, available at <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/1998/1998scr2-217/1998scr2-217.pdf>.

established; on the contrary, *the presumption is that secession is not in accordance with international law, and cases where it is so may be established only if they are based either on the internal law of the State in question, or on the right of peoples to self-determination.*

5. In this context, it is relevant to quote the writings of Rosalyn Higgins, who, referring to the words of Judge Dillard in the *Western Sahara* case, cited two days ago in the oral statement of Finland³², pointed out that “it still has to be said that the territorial issue *does* come first. Until it is determined where territorial sovereignty lies, it is impossible to see if the inhabitants have a right of self-determination.”³³

28

The critical date

6. The second point I shall discuss concerns the question of the critical date. This question is a relevant one when it comes to analysing the applicability in the present case of the right of peoples to self-determination. Romania notes that some of the participants in the oral proceedings have attached relevance to numerous elements of fact or of law which were either obsolete before the date on which the Declaration of Independence was adopted, or appeared afterwards. In our opinion, an analysis based solely on facts which occurred almost a decade before the critical date, in fundamentally different circumstances, represents a completely artificial construction which is not acceptable. Such a construction would contravene the general legal principle of *tempus regit actum*.

7. Consequently, the date to be taken into consideration in analysing the applicability or otherwise of the right of peoples to self-determination is the date on which the Declaration of Independence was adopted by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo. One can only agree with the conclusion of Denmark in this respect: “17 February 2008 is the crucial date”³⁴.

³²“It is for the people to determine the destiny of the territory and not the territory the destiny of the people”, *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, p. 122, in CR 2009/30, p. 54, para. 7 (Finland).

³³Rosalyn Higgins, “International Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes. General Course on Public International Law”, *RCADI*, 1991, Vol. 230, p. 174.

³⁴CR 2009/29, p. 68 (Denmark).

The status of Kosovo in the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia

8. Mr. President, Members of the Court, several delegations have referred in their oral argument to the status of Kosovo within the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY), and to the events which led to the ending of that status³⁵. Romania gives no opinion on these aspects of Yugoslav constitutional law, and makes no claim to have better knowledge of them than certain delegations representing countries which are former members of the Yugoslav Federation.

29 9. However, Romania cannot agree with the conclusion that Kosovo's specific status within the former SFRY might justify the unilateral secession of the province or the applicability of the right of self-determination on the critical date. Whether Kosovo's status in the former SFRY would have allowed it to invoke such a right successfully at the time of the former SFRY lies outside the debate: on the date when the Declaration of Independence was adopted, Kosovo was no longer part of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia; by then, the former Yugoslav Federation had long since disappeared, the Badinter Commission having confirmed its "death" in its eighth opinion 16 years previously. In this context, I should also like to express Romania's disagreement with certain arguments according to which the process of the dissolution of the former Yugoslav Federation continued after 1992³⁶, including also the independence of Montenegro or the secession of Kosovo. The process of the dissolution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, in a particular set of circumstances, ended in 1992, as was established by the Badinter Commission, and the events of the years following 2000 took place in completely different circumstances.

10. In conclusion, on the critical date, Kosovo was an integral part of Serbia, the continuator State of the former Federal Republic of Yugoslavia, but not of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia. As the Court has already ruled, the former FRY was not the continuator of the former SFRY, but one of the five successor States. Therefore, even if Kosovo may have had a particular status within the former SFRY, that status was no longer applicable within the framework of the new State. And it is from that new State that Kosovo is attempting to secede by

³⁵For example, the oral statement of Croatia, CR 2009/29, pp. 54-60, paras. 13-45 (Croatia).

³⁶See, for example, the oral statement of the United States, CR 2009/30, p. 25, para. 7.

means of the Declaration of Independence. Consequently, the previous status of Kosovo in the former Yugoslav Federation cannot be invoked to justify a right of unilateral secession or the applicability of rights to self-determination. At the same time, I should like to mention in passing that the assertion that, after the dissolution of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia, Kosovo did not remain, *de jure*, part of the new Federal Republic of Yugoslavia³⁷ seems strange to us, to say the least.

The capacity of the authors of the Declaration of Independence

30 11. Another aspect that must be clarified concerns the capacity in which the authors of the Declaration of Independence were acting when they adopted the instrument in question. A good many participants in the hearings³⁸ have drawn a distinction between the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo and the authors of the Declaration, who are said not to represent those institutions, but a constituent authority representing Kosovo.

12. For the sake of argument, let us say that we accept such an interpretation. But does that alter the facts of the matter? In our opinion, the answer is no. Regardless of the capacity of the authors of the Declaration of Independence, that Declaration, together with the secession which it proclaims, has to satisfy the same criteria that are required by the international law applicable in the case; independence, as a solution for the status of Kosovo, even though proclaimed by the Provisional Institutions of Self-Government or by the constituent authority of Kosovo, cannot be unilateral. At the same time, the capacity of Kosovo as the possessor or otherwise of the right to self-determination does not depend on the capacity of the authors of the Declaration; there are other criteria to be applied.

Right of peoples to self-determination — the rule

13. Mr. President, Members of the Court, I shall now examine the applicability in the present case of the right of peoples to self-determination. Our position is based on two premises:

³⁷CR 2009/31, pp. 34 and 41, paras. 27-28 and 53 (Jordan).

³⁸See, for example, the oral statement by the authors of the Declaration of Independence, CR 2009/25, pp. 34-37, paras. 11-17 (Müller); and the oral statement of Norway, CR 2009/31, pp. 45-46, paras. 13-15.

- (a) first, outside the colonial context, the right of peoples to self-determination is exercised, as a rule, within the existing States;
- (b) and, second, a possible exception to that rule is “remedial secession”, whereby the right of peoples to self-determination could apply to certain parts of existing States, as a last resort, in strictly defined circumstances.

I shall deal with these two issues in the remainder of the time available to me.

31 14. The doctrine and case law are in agreement that, outside the colonial context and cases of occupation, the rule established by the principle of self-determination is that peoples exercise this right within the existing States. The dictum of the Supreme Court of Canada that “the right to self-determination of a people is normally fulfilled through *internal* self-determination — a people's pursuit of its political, economic, social and cultural development within the framework of an existing State”³⁹ remains entirely valid and has not been contested by any of the participants in these proceedings.

15. Furthermore, the same conclusion was clearly stated by the eminent jurist James Crawford, in his monumental work *The Creation of States in International Law*. I am sure Mr. Crawford will tell us more on this subject later today, but in the meantime I would take the liberty of quoting him:

“[the principle of self-determination] applies to existing States . . . In this case the principle of self-determination normally takes the well-known form of the rule preventing intervention in the internal affairs of a State, a central element of which is the right of the people of the State to choose for themselves their own form of government.”⁴⁰

16. Under this rule, there is no conflict between the right to self-determination and the right of States to territorial integrity; on the contrary, the two reinforce one another. As the Supreme Court of Canada put it, “international law expects that the right to self-determination will be exercised by peoples within the framework of existing sovereign States and consistently with the maintenance of the territorial integrity of those States”⁴¹.

³⁹*Reference re Secession of Quebec*, Supreme Court of Canada, 1998, para.126, available at <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/1998/1998scr2-217/1998scr2-217.pdf>

⁴⁰James Crawford, *The Creation of States in International Law*, 2nd edition, Clarendon Press, Oxford, 2006, p. 126.

⁴¹*Reference re Secession of Quebec*, Supreme Court of Canada, 1998, para.122, available at <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/1998/1998scr2-217/1998scr2-217.pdf>

17. This approach was confirmed quite recently by the Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, in its report published in September 2009: “outside the colonial context, self-determination is basically limited to internal self-determination. A right to external self-determination in form of a secession is not accepted in State practice.”⁴²

32 18. Applying the principle of self-determination to the present case, therefore, the outcome is that Kosovo is not and has not been, on the critical date or at any time in the past, an entity with the right to self-determination implying unilateral secession from Serbia. The right of peoples to self-determination is enjoyed by all the inhabitants of the Serbian State, including those of Kosovo, within the framework of the State of Serbia.

19. In this context, Mr. President, Members of the Court, I should like to refer to another argument put forward at these hearings: the reference to “the will of the people” in the Rambouillet Accords has been said to constitute a basis for Kosovo to possess the right to self-determination implying secession. I quote the representative of Norway, who stated yesterday that:

“There is, therefore, incidentally no need in this case to undertake any further analysis of the principle of self-determination in international law. Resolution 1244 establishes, in the confined context of Kosovo, the unequivocal relevance of the will of the people of Kosovo in the determination of Kosovo’s future status.”⁴³

20. However, the reference to “the will of the people” does not mean the same thing as a reference to the right to self-determination. Firstly, “the will of the people” is not the only criterion to be taken into account in the process of establishing a final settlement for Kosovo. Several other criteria are mentioned, including “opinions of relevant authorities” and “the Helsinki Final Act”. There is nothing even to suggest the existence of any hierarchy among these criteria which might have put “the will of the people” at its head as the *principal* criterion to be considered. Secondly, it must not be forgotten that, during the negotiations on the Rambouillet Accords, the representatives from Pristina specifically proposed the inclusion of the fact that “the people of Kosovo” has the right to self-determination; that proposal was rejected⁴⁴.

⁴²Report of the Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, available at <http://www.ceiig.ch/Report.html>, p. 141.

⁴³CR 2009/31, p. 51, para. 30 (Norway).

⁴⁴Kosovo Delegation Statement on a New Proposal for a Settlement, 18 February 1999, in Mark Weller, *The Crisis in Kosovo 1989-1999*, Documents and Analysis Publishing Ltd., Cambridge, pp. 444-445.

21. Consequently, the notion of “the will of the people” is not synonymous with “the right of peoples to self-determination”, and the reference in the text of the Rambouillet Accords cannot be read as establishing that Kosovo possesses the external facet of that right. However, it remains to be determined whether the specific circumstances of Kosovo on the critical date justified the application of a possible exception to the rule regarding self-determination.

33

Right of peoples to self-determination — a possible exception

22. “Scholarship has remained divided on the question of whether international law allows secession outside the colonial context in extreme circumstances.”⁴⁵ This text from the Report of the Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia reflects the continuing uncertainty in doctrine and case law as to the existence and scope of an exception to the rule concerning application of the principle of self-determination in the case of existing States.

23. This exception — “remedial secession” — if one accepts its existence, is applied only as a last resort in situations where there is an absence of sovereignty. “[A]s a matter of international law as it stands . . . the savings clause does not imply that whenever the principles of non-discrimination and adequate representation are violated a ‘people’ can lawfully claim a right to secession.”⁴⁶ That extract from the Report of the Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia concludes as follows:

“A limited, conditional extraordinary allowance to secede as a last resort in extreme cases is debated in international legal scholarship. However, most authors opine that such a remedial ‘right’ or allowance does not form part of international law as it stands.”⁴⁷

24. Whatever the status of “remedial secession” in contemporary international law, it is clear that, for it to be possible to apply this exception in a particular situation, two conditions have to be fulfilled:

⁴⁵Report of the Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, available at <http://www.ceiig.ch/Report.html>, p. 136.

⁴⁶*Ibid.*, p. 138.

⁴⁷*Ibid.*, p. 141.

- firstly, the population of a particular part of the State in question must be subject to serious violations of human rights or other forms of oppression which, internally, prevent it from exercising its right to self-determination together with the rest of the population of that State;
- 34** — secondly, in such a situation, there is no other valid option available to remedy these deficiencies within the framework of the State concerned.

These two conditions are cumulative. However, the second need only be considered if the first is fulfilled: only if the population of a particular part of a State is abusively denied the meaningful exercise of its right to internal self-determination does the assessment of remedial options come into play, with secession as the last resort.

25. Applying this theory to the case of Kosovo, it must first be answered whether, *on the critical date*, the population of Kosovo was subject to a flagrant violation of human rights or to any other form of oppression which denied it the exercise of its right to internal self-determination within the framework of the State of Serbia.

26. That answer can only be in the negative: when the Declaration of Independence was adopted, the population of Kosovo was not subject to any such violation. Although Kosovo was under interim international administration, in accordance with resolution 1244, Serbia, as sovereign, ensured respect for the right to self-determination of its people (including the population of Kosovo) by complying fully with the legal arrangements in force — in particular, in the case of Kosovo, resolution 1244. By complying with resolution 1244, the Serbian State was in fact doing what was within its power at the time to ensure respect for the fundamental rights of the population of Kosovo, including the right to self-determination.

27. Furthermore, there is nothing to suggest that, even if Kosovo had been under the effective control of the Serbian State on the critical date, its population might have been subject to serious violations of its rights such as to justify remedial secession: although the references to the positive reports on the human rights situation in Serbia produced by impartial institutions, as included in Romania's Written Statement⁴⁸, have been described as "selective" by some of the participants in these proceedings⁴⁹, it cannot be denied that, in terms of respect for the rule of law,

⁴⁸See Written Statement of Romania, pp. 43-44, paras. 151-156.

⁴⁹See Further Written Contribution of the authors of the Unilateral Declaration of Independence, footnote 293.

35 democracy and human rights, the Serbia of February 2008 and of today bears no resemblance to the Serbia of 1999. That fact is borne out by the progress of the dialogue between Serbia and the European Union, leading to the signature, only two months after the critical date⁵⁰, of the Stabilisation and Association Agreement, provisional implementation of which was agreed this very week⁵¹, confirming the respect for the rule of law in Serbia, not least in terms of co-operation with the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, the body which has the task of investigating and prosecuting, amongst other things, the crimes against the population of Kosovo.

28. For it is well known that, in the 1990s, very serious human rights violations, indeed atrocities, took place in Kosovo. However, the response of the international community, in the light of those violations, was not a decision to apply remedial secession; the response was resolution 1244, and to place those acts within the jurisdiction of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Remedial secession cannot be based on acts which took place a decade ago — and nor on future acts, as suggested by some participants in these hearings⁵², including the Netherlands, in the presentation we have just heard.

29. On the critical date, the population of Kosovo was not the object of ill-treatment by the Serbian authorities such as to justify remedial secession. On its side, by complying with and implementing resolution 1244, the Serbian State was fulfilling its obligations to ensure the right of the population of Kosovo to self-determination (i.e., the internal facet). The resolution was the framework for providing substantial autonomy and self-government for Kosovo within Serbia, and the framework for respecting internal self-determination. Having come to this conclusion, there is no need to examine the second condition for allowing remedial secession, namely, whether there were other options for ensuring the exercise of the right to internal self-determination, within Serbia, of the population of Kosovo. *Since no right was being violated, no remedy was required.*

30. In summary, on the critical date, the criteria which might have justified the application of “remedial secession” to Kosovo, as a means for the population of Kosovo to exercise its right to external self-determination, were not satisfied. Kosovo was not an entity entitled to the right to

⁵⁰On 29 April 2008.

⁵¹Conclusions of the General Affairs Council of the European Union, 7 Dec. 2009.

⁵²For example, the oral statement of Germany, CR 2009/26, p. 31, paras. 35-36.

36 self-determination implying unilateral secession from Serbia, and therefore the desired secession, together with the Declaration of Independence which proclaimed it, are not in accordance with international law.

Conclusions

31. Mr. President, Members of the Court, I should now like to present our conclusions, with the observation that these also take account of arguments not dealt with in this oral statement, but which are included in Romania's Written Statement:

- (a) the Court has jurisdiction to deal with the request for an advisory opinion, and there are no "compelling reasons" for it to decline to give such an opinion;
- (b) the Court must establish the "true legal question" posed, by examining that question in its context and in connection with its immediate and intrinsic consequences, in such a way that the reply is useful for the General Assembly and the principal organs of the United Nations;
- (c) the Unilateral Declaration of Independence is not in accordance with the terms of Security Council resolution 1244 or of the other relevant resolutions or documents; it also disregards the legal régime put in place by the relevant United Nations resolutions, in particular resolution 1244, which is fully applicable;
- (d) the Unilateral Declaration of Independence by the Provisional Institutions of Self-Government disregards Serbia's right to territorial integrity and the principle of the inviolability of its borders;
- (e) Kosovo is not an entity entitled to the right to self-determination implying unilateral secession from Serbia, and therefore the Declaration of Independence and the secession of Kosovo are not in accordance with international law.

In conclusion, the Unilateral Declaration of Independence by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo is not in accordance with international law.

Thank you for your attention.

37 Le PRESIDENT : Je remercie M. Cosmin Dinescu de son exposé. Une délégation doit encore prendre la parole. Le moment me semble bien choisi pour faire une pause de 15 minutes. La séance reprendra à 11 h 30.

L'audience est suspendue de 11 h 15 à 11 h 30.

Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. J'appelle maintenant à la barre M. Daniel Bethlehem pour présenter l'exposé du Royaume-Uni.

M. BETHLEHEM :

1. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, c'est un honneur pour moi que de me présenter devant vous aujourd'hui dans le cadre de la présente instance en ma qualité de conseiller juridique du ministère des affaires étrangères du Royaume-Uni et du Commonwealth. Depuis le début des audiences il y a huit jours, nous suivons chacun des exposés avec beaucoup d'attention. Tout, ou presque tout, ce qui pouvait être dit sur le fond l'a été, et avec éloquence. Nous nous efforcerons donc maintenant de prendre du recul par rapport à ces questions pour nous concentrer sur ce que nous estimons être les éléments essentiels aux fins de la délibération de la Cour et nous intéresser à un certain nombre de points soulevés au cours de la procédure orale. Nous renvoyons respectueusement la Cour à nos exposés et observations écrits pour une argumentation plus détaillée.

Questions essentielles aux fins de la présente instance

2. Selon nous, deux questions essentielles se posent : premièrement, la résolution 1244 interdisait-elle la déclaration d'indépendance du Kosovo et, deuxièmement, cette déclaration était-elle interdite par le droit international général ? Certes, d'autres questions se posent, mais elles s'articulent autour de ces deux éléments centraux. Il y a également des aspects plus généraux, tels que l'effet des nombreuses reconnaissances de l'indépendance du Kosovo ou d'autres événements qui se sont produits après l'indépendance, ainsi que le statut actuel du Kosovo. Mais ils n'entrent pas dans le champ de la question posée à la Cour.

3. Monsieur le président, j'examinerai la première de ces deux questions, et M. Crawford, la seconde.

38

Observations générales

4. Avant d'en venir à la résolution 1244, quatre observations d'ordre plus général s'imposent ; elles concernent, *premièrement*, la réponse que la Serbie souhaite obtenir de la Cour à la question qui lui a été posée ; *deuxièmement*, la situation actuelle au Kosovo et le statut de celui-ci ; *troisièmement*, les inquiétudes exprimées par certains Etats quant à l'effet potentiellement déstabilisant de la reconnaissance de l'indépendance du Kosovo ; et, *quatrièmement*, le statut de ceux qui ont proclamé l'indépendance.

5. Intéressons-nous, *premièrement*, à la réponse que la Serbie souhaite obtenir de la Cour. Telle que formulée, la question ne concerne pas le statut actuel du Kosovo ou l'effet de la reconnaissance de son indépendance par d'autres Etats. Néanmoins, au-delà de la question telle que son auteur l'entend, ce sont l'indépendance du Kosovo et son existence en tant qu'Etat qui sont contestées. La semaine dernière, dans son exposé introductif pour la Serbie, M. l'ambassadeur Bataković a fait observer que l'avis consultatif avait pour objet de garantir une issue qui permettrait au Kosovo de dialoguer de bonne foi avec la Serbie en vue de résoudre la question de son statut conformément au droit international⁵³.

6. Compte tenu de cet objectif, la question qui se pose — et c'est une bonne question à adresser à une juridiction — est de savoir où la solution préconisée par la Serbie conduirait les deux parties, et la communauté internationale. Autrement dit, serait-elle viable ? Cherchant à démontrer que le droit international vise désormais, dans certaines circonstances particulières, des entités non étatiques, M. Shaw, qui s'exprimait également au nom de la Serbie, a dit : «On ne peut remonter le temps.»⁵⁴ Or, tel est précisément ce que la Serbie attend de la Cour. Elle demande que soit rendu un avis consultatif obligeant le Kosovo à renouer le dialogue avec elle sur la question de son statut. Rien ne permet cependant de croire que les parties auraient plus de chances aujourd'hui que par le passé de parvenir à une solution négociée d'un commun accord. La Serbie a indiqué très

⁵³ CR 2009/24, par. 35, par. 13.

⁵⁴ CR 2009/24, p. [67], par. 8.

clairement qu'elle n'accepterait jamais un Kosovo indépendant. Quant au Kosovo, il a dit très clairement que, compte tenu des violations commises par le passé, il ne saurait faire de nouveau partie de la Serbie. L'impasse est donc tout aussi évidente aujourd'hui qu'elle l'était pour le groupe de contact, pour l'envoyé spécial du Secrétaire général, pour la troïka, et d'autres encore. On ne peut en faire abstraction.

39

7. Toutes les juridictions doivent avoir pour préoccupation essentielle de déterminer si la décision qui leur est demandée pourra effectivement être mise en œuvre. Elles s'efforcent donc de ne pas rendre des décisions inapplicables. Elles n'ordonnent pas à un couple désuni de demeurer marié. Elles obligent rarement un employeur à réintégrer un salarié mécontent avec qui la relation de travail a été rompue. En la présente espèce, ce que nous devons espérer et chercher à obtenir, c'est un rapprochement progressif entre la Serbie et le Kosovo sous les auspices de l'Union européenne.

8. J'en viens, *deuxièmement*, à la situation actuelle au Kosovo et au statut de celui-ci. Voilà presque deux ans que le Kosovo a proclamé son indépendance. M. Hyseni, ministre des affaires étrangères, a indiqué dans son exposé liminaire que le Kosovo vivait aujourd'hui en paix, jouissait d'institutions politiques stables, avait récemment organisé des élections avec succès et avait établi des relations avec des partenaires internationaux⁵⁵. Cette stabilité est, à bien des égards, une caractéristique et une conséquence de l'indépendance.

9. Dans son exposé liminaire pour la Serbie, M. Bataković a laissé entendre que la plupart des Etats étaient opposés à l'indépendance du Kosovo⁵⁶. Cela est faux. Rien ne témoigne d'une forte opposition à son indépendance. Bien au contraire, comme la Cour le sait, tous les voisins du Kosovo ont — à l'exception de la Serbie — reconnu cette indépendance. La plupart des Etats membres de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe ont fait de même. La majorité des membres du Conseil de sécurité ayant voté pour la résolution 1244 — c'est-à-dire neuf Etats — ont reconnu le Kosovo. Le nombre total de reconnaissances s'élève à 63, une quarantaine d'autres pays ayant voté en faveur de l'admission du Kosovo au Fonds monétaire international et à la

⁵⁵ CR 2009/25, p. 6-9, par. 2-14.

⁵⁶ CR 2009/24, p. 31-32, par. 4.

Banque mondiale⁵⁷. Selon toute vraisemblance, la plupart des Etats qui n'ont pas reconnu le Kosovo n'ont pas un point de vue très arrêté sur la question, hésitent en raison de la présente instance, ou n'ont pas pour habitude de procéder à des reconnaissances formelles. Hormis les 15 à 20 Etats qui ont pris part à la procédure et ont, pour des raisons qui leur sont très particulières, déclaré qu'ils étaient opposés à l'indépendance du Kosovo, rien n'atteste l'existence d'une opposition généralisées à cette indépendance.

40 10. *Troisièmement*, j'en viens aux inquiétudes exprimées par certains Etats quant aux effets potentiellement déstabilisants de la reconnaissance de l'indépendance du Kosovo. Le Royaume-Uni comprend ces inquiétudes et les prend très au sérieux. Elles ne nous apparaissent cependant pas justifiées dans les circonstances de l'espèce. Ce nonobstant, il est important d'en tenir compte. Nous avons tenté de le faire dans notre exposé écrit dans des termes on ne peut plus clairs, que je tiens à répéter aujourd'hui expressément compte tenu de leur importance⁵⁸. La stabilité du système international est essentielle et les Etats d'autres régions du monde doivent bien comprendre que les événements des Balkans, et la déclaration d'indépendance du Kosovo, ne créent pour eux aucun risque d'instabilité. Nous le disons très clairement, la situation au Kosovo ne constitue pas un précédent pour d'autres régions du monde. D'une manière plus générale, l'indépendance du Kosovo n'ouvre pas la voie à une fragmentation des Etats. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, compte tenu de ces inquiétudes, nous invitons la Cour à envisager de dire expressément dans son avis consultatif que le cas du Kosovo s'inscrit dans un contexte très particulier qui ne saurait servir de précédent dans toute autre situation.

11. Permettez-moi de m'attarder un peu plus sur le caractère particulier de la situation du Kosovo. Ce point aussi a fait l'objet d'un examen approfondi dans nos écritures et je n'y reviendrai pas dans le détail⁵⁹. Contrairement à l'interprétation erronée que font certains, nous n'affirmons pas que le cas du Kosovo doit être apprécié à l'aune de règles spéciales du droit international, ou qu'il s'inscrit dans un autre contexte. Nous n'affirmons pas qu'il existe un régime

⁵⁷ CR 2009/25, p. 8, par. 10. Voir également les observations écrites du Royaume-Uni, par. 6.

⁵⁸ Exposé écrit, par. 0.19.

⁵⁹ Exposé écrit, par. 0.22 ; observations écrites, par. 11-14.

juridique *sui generis*. Ce que nous voulons dire, c'est qu'en raison de la confluence de *circonstances factuelles* très particulières, la situation du Kosovo ne crée pas de précédent ailleurs.

12. Dans les conclusions qu'il a présentées au nom de la Serbie la semaine dernière, M. Obradović a toutefois affirmé qu'il «[existait] un certain nombre de situations analogues dans le monde et, [qu']à n'en pas douter, l'indépendance du Kosovo servirait de précédent pour des mouvements séparatistes»⁶⁰. Mais il n'a pas donné d'exemples de ces situations analogues. Dans ses conclusions pour la Serbie, M. Zimmermann a donné deux exemples, Chypre et la Palestine, en précisant ce qui suit :

«[s]i l'on acceptait la logique des auteurs de la déclaration unilatérale d'indépendance, on pourrait affirmer que, dans les cas que je viens juste d'évoquer, à savoir ceux de la Palestine et de Chypre, la situation est à ce point inextricable que la communauté internationale devrait céder aux prétendues «réalités sur le terrain»⁶¹.

41

13. Permettez-moi de reprendre ces exemples. Dans le cas de Chypre-Nord, auquel Chypre a également fait référence avec préoccupation dans ses observations devant la Cour, le Conseil de sécurité a expressément conclu que la tentative d'établir un Etat dans le nord de Chypre était contraire au traité de 1960 portant création de la République de Chypre et au traité de garantie de 1960⁶². Le Conseil a donc demandé, là aussi expressément, à tous les Etats de ne pas reconnaître d'Etat chypriote autre que la République de Chypre⁶³. Dans ce cas, il a adopté deux résolutions à cet effet et son appel a été rigoureusement respecté par la communauté internationale. Un avis consultatif affirmant la licéité de la déclaration d'indépendance du Kosovo n'établirait pas de précédent pour Chypre.

14. La déclaration d'indépendance du Kosovo n'est incompatible avec aucun traité. Le Conseil de sécurité n'a pas demandé à la communauté internationale de ne pas reconnaître le Kosovo. Il avait compétence pour le faire. Mais il ne l'a pas fait. Dans la résolution 1244 (1999), il aurait pu dire expressément ce qui, à en croire aujourd'hui certains de ses membres de l'époque, était le but visé, à savoir que l'indépendance du Kosovo n'était pas possible sans le consentement de la Serbie. Or, aucune disposition de la résolution ne l'indique.

⁶⁰ CR 2009/24, p. 92, par. 8.

⁶¹ CR 2009/24, p. 56, par. 38.

⁶² Résolution 541 (1983) du Conseil de sécurité.

⁶³ Résolutions 541 (1983) et 550 (1984) du Conseil de sécurité.

15. L'exemple de la Palestine est intéressant pour d'autres raisons, étant donné qu'il y a débat sur la question de savoir si les institutions gouvernementales palestiniennes pourraient proclamer l'indépendance de la Palestine. Selon le raisonnement de la Serbie, si le Conseil législatif palestinien, ou tout autre organe représentatif des Palestiniens, déclarait l'indépendance, cette déclaration ne serait pas conforme au droit international car elle émanerait des institutions palestiniennes d'administration autonome qui ont été établies en vertu des accords d'Oslo conclus entre Israël et l'Organisation de libération de la Palestine et qui n'ont apparemment pas compétence en la matière. Nous doutons profondément que l'analyse faite par la Serbie soit crédible ou défendable dans le cas de la Palestine. Elle ne l'est pas dans l'affaire dont la Cour est saisie.

42

16. Voilà qui m'amène à mon *quatrième* point général, le statut des auteurs de la déclaration d'indépendance. Celle-ci n'était pas un acte des institutions provisoires d'administration autonome et elle n'était pas non plus censée l'être. C'était une déclaration des représentants du peuple du Kosovo, qui reflétait ce que nous avons appelé dans notre exposé écrit «un moment constitutionnel unique dans l'histoire du Kosovo, au cours duquel les élus du peuple du Kosovo ont exprimé la volonté de ceux qu'ils représentaient»⁶⁴. Les éléments clés à prendre en considération dans de telles circonstances portent sur la question de savoir si les auteurs de la déclaration d'indépendance représentaient ceux au nom desquels ils entendaient parler et si, en agissant ainsi, ils se sont fait entendre. Les auteurs de la déclaration d'indépendance du Kosovo satisfont à ces deux critères.

Kosovo : rétrospective et perspective

17. Monsieur le président, il n'est pas inutile de rappeler les événements qui se sont déroulés il y a 20 ans, en 1989, lorsque des tanks serbes ont pris position à l'extérieur du bâtiment de l'Assemblée du Kosovo, réduisant ainsi à néant l'autonomie du Kosovo au sein de la République fédérale socialiste de Yougoslavie. Je reviens sur cet événement, et sur le temps qui s'est écoulé, pour souligner trois points. Le *premier* est la tragédie qui s'est jouée dans la région, et au Kosovo, au début de cette période et dans les dix années qui allaient suivre. Nous nous devons de ne pas minimiser, de ne pas sous-estimer, la portée de la catastrophe due aux violations des droits l'homme qui s'est abattue sur le peuple de cette région, très largement du fait du régime dictatorial

⁶⁴ Exposé écrit, par. 1. 12.

de Belgrade. Et le jugement en l'affaire *Milutinović* du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie confirme que des atrocités ont été commises à très grande échelle contre le peuple du Kosovo.

18. La *deuxième* raison de rappeler les événements de 1989 et les vingt ans qui se sont écoulés depuis, est de souligner le temps qu'il a fallu pour parvenir à une certaine stabilité aujourd'hui et la manière dont s'est opéré ce retour à la stabilité. Les tanks serbes stationnés devant le bâtiment de l'Assemblée du Kosovo ont marqué le début d'un traumatisme long de dix ans. Dix autres années ont été consacrées à la recherche d'une solution. Il s'agissait non pas de «rafistoler» mais de trouver un arrangement durable. Cette question a été examinée en détail dans notre exposé écrit, et je m'en tiens à l'analyse qui y est faite.

43

19. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, la *troisième* raison de se remémorer l'année 1989 et les vingt années qui se sont écoulées depuis est de se tourner vers l'avenir. Près de deux ans se sont écoulés depuis que le Kosovo a déclaré son indépendance. Le Kosovo est en paix aujourd'hui. Cette stabilité découle de son indépendance. Comme la Bulgarie l'a fait observer dans les conclusions qu'elle a présentées à la Cour, bloquer, en 2007-2008, le règlement du statut du Kosovo aurait conduit à une impasse lourde de conséquences pour la région tout entière⁶⁵. La Croatie a estimé qu'en reconnaissant l'indépendance du Kosovo, elle avait contribué à l'instauration de conditions favorables à la paix et à la stabilité dans la région⁶⁶. Nous espérons que les dix prochaines années apporteront un avenir stable et plus prometteur que les deux décennies qui se sont écoulées.

La résolution 1244 (1999)

20. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, j'en viens maintenant à la résolution 1244 (1999). Un certain nombre des Etats qui sont intervenus devant vous, en l'occurrence l'Argentine et le Brésil, ont rappelé qu'ils étaient membres du Conseil de sécurité en 1999, au moment de l'adoption de la résolution 1244 (1999). Bien entendu, la Chine et la Russie, en tant que membres permanents du Conseil de sécurité, ont été étroitement associées au

⁶⁵ CR 2009/28, p. 18, par. 2.

⁶⁶ CR 2008/29, p. 51, par. 6.

processus, de même que les Etats-Unis et la France, ainsi que les Pays-Bas et la Slovénie, et tous ont également fait part à la Cour de leur point de vue sur l'interprétation de la résolution. Le Royaume-Uni, lui aussi, a étroitement participé à ce processus.

21. Au vu des exposés qui vous ont été présentés, on ne saurait nier que la signification de la résolution 1244 (1999) donne lieu à des interprétations contradictoires.

22. Ce qui est incontestable, en revanche, c'est le texte de la résolution et rien dans ce texte n'interdit l'indépendance du Kosovo. Le désaccord porte sur ce que certains prétendent être le sens implicite de la résolution, ainsi que sur les mesures à prendre pour aller de l'avant dès lors que le processus politique prévu par la résolution a débouché sur une impasse inextricable.

23. Cela dit, je tiens à souligner que ce n'est qu'au terme d'une longue et difficile réflexion que le Royaume-Uni a décidé de soutenir l'indépendance du Kosovo. Ce jugement n'était ni un jugement par défaut ni un jugement *a priori*. La neutralité de la résolution vis-à-vis du statut du Kosovo était claire : elle ne préconisait aucune solution particulière mais, il est important de le rappeler, qu'elle n'en excluait aucune non plus.

24. En adoptant la résolution 1244 (1999), le Conseil de sécurité a en substance agi dans quatre domaines : il a adopté des mesures pour mettre durablement un terme à la violence au Kosovo ; il a établi des institutions *intérimaires* afin de garantir aux habitants du Kosovo des conditions de vie paisibles et normales ; il a créé un cadre *intérimaire* reposant sur l'auto-administration substantielle du Kosovo et tenant pleinement compte de la souveraineté et de l'intégrité territoriale de la République fédérale de Yougoslavie ; et il a mis en place un processus *politique* visant à déterminer le statut futur du Kosovo.

25. La distinction entre la phase *intérimaire* et le processus *politique* ressort clairement des alinéas *a)* et *e)* du paragraphe 11 de la résolution et, ce matin, nos amis et confrères, les représentants de la Roumanie, ont fait des observations à ce sujet. L'alinéa *a)* du paragraphe 11 prévoit l'autonomie et l'auto-administration substantielles du Kosovo, en attendant un règlement définitif et compte pleinement tenu de l'annexe 2 de la résolution ainsi que des accords de Rambouillet. La référence à l'annexe 2 de la résolution renvoie au principe de la souveraineté et de l'intégrité territoriale de la République fédérale de Yougoslavie pendant la période *intérimaire*. En revanche, l'alinéa *e)* du paragraphe 11, qui concerne le processus politique visant à déterminer le

statut futur du Kosovo, est libellé en termes différents : il ne mentionne que les accords de Rambouillet et ne fait ni référence à l'annexe 2 de la résolution, ni à l'intégrité territoriale de la République fédérale de Yougoslavie.

26. L'Espagne et la Russie ont toutes deux évoqué ces dispositions dans leurs exposés oraux⁶⁷, de même que la Roumanie, de manière plus détaillée, ce matin. Néanmoins, aucun de ces pays n'a mentionné la décision, pourtant manifestement intentionnelle, du Conseil de sécurité d'*exclure* toute référence à l'annexe 2 comme élément devant être pris en compte dans le cadre du processus politique visant à déterminer le statut futur du Kosovo. Comme on l'a rappelé au cours de ces audiences, les accords de Rambouillet reposaient sur le projet final d'accord Hill, lequel excluait aussi tout droit de veto serbe sur le statut déterminé. Nous souscrivons à l'analyse de ce processus présentée par M. Murphy la semaine dernière. Je relève en outre que la résolution 1244 (1999) n'a pas réaffirmé les résolutions antérieures du Conseil de sécurité et qu'elle les a simplement rappelées.

45 27. Mes observations ont un triple objectif : *premièrement*, souligner que, dans la résolution 1244 (1999), le Conseil de sécurité envisageait deux processus, un processus *intérimaire* et un processus *politique* visant à déterminer le futur du Kosovo, et qu'il en a parlé en termes différents ; *deuxièmement*, faire valoir le fait que, dans la mesure où il était entendu qu'aucun sujet n'était exclu des discussions, l'intégrité territoriale de la République fédérale de Yougoslavie, et c'était explicite, ne constituait *pas* la pierre angulaire du processus politique ; et, *troisièmement*, souligner que la résolution n'excluait pas l'indépendance du Kosovo ni ne prévoyait l'obligation d'obtenir le consentement de la Serbie dans cette éventualité, alors que les membres du Conseil auraient pu en établir le libellé dans ce sens si telle avait été leur volonté.

28. Le processus politique ayant conduit à une impasse inextricable, la question était de savoir comment interpréter et appliquer correctement la résolution 1244 (1999). Sur ce point, notre analyse était, et demeure, claire. La résolution était neutre quant au statut du Kosovo : elle ne prévoyait ni n'excluait l'indépendance. Pendant huit années, la communauté internationale n'avait pas ménagé sa peine pour parvenir à une solution convenue d'un commun accord entre les parties,

⁶⁷ CR 2009/30, p. 13-14, par. 24-26 et p. 47, par. 36-40, respectivement.

mais en vain. En revanche, ces efforts avaient débouché sur une recommandation dans laquelle l'envoyé spécial du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, après mûre réflexion, préconisait l'indépendance du Kosovo. Rien dans la résolution ne faisait obstacle à l'indépendance dans ces circonstances et rien n'emportait non plus l'obligation d'obtenir le consentement de la Serbie.

29. Monsieur le président, comme d'autres l'ont relevé avant nous, il y a eu un moment où, après l'adoption de la déclaration d'indépendance du Kosovo, le Conseil de sécurité aurait pu se saisir de la question. Or il ne l'a pas fait. Ni le Secrétaire général, ni son représentant spécial n'ont contesté la licéité de cette déclaration, et cet acte, ou plutôt cette absence d'acte vient étayer notre interprétation, à savoir que la déclaration d'indépendance du Kosovo n'était pas exclue par la résolution 1244 (1999).

30. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, avant de céder la parole à M. Crawford, j'aimerais conclure en précisant que nous ne considérons pas que la présente procédure soit dirigée contre la Serbie. Au cours des deux dernières décennies, les Balkans ont subi des traumatismes considérables. La stabilité est fragile et doit être protégée, pour le bien de tous les peuples de la région. La démocratie serbe n'est guère plus ancienne que celle du Kosovo, et dans l'action menée pour renforcer la stabilité et la prospérité dans la région, la Serbie est un partenaire important avec lequel nous nouons des relations d'amitié et de coopération. Nous espérons pouvoir renforcer encore cette coopération, alors même que nous tentons, par le biais de ce processus juridique, de chasser définitivement les fantômes du passé. Dans ses remarques préliminaires, le ministre des affaires étrangères, M. Hyseni, a fait observer que «le futur commun du Kosovo et de la Serbie résid[ait] dans l'adhésion, à terme, des deux Etats à l'Union européenne»⁶⁸. Le Royaume-Uni souscrit à cette vision et continuera à œuvrer pour qu'elle se concrétise.

46

31. Monsieur le président, permettez-moi maintenant d'inviter M. Crawford à aborder le second point qui sera crucial pour les délibérations de la Cour. Avec la déclaration d'indépendance des Etats-Unis, l'ouvrage de M. Crawford a probablement été le texte le plus cité au cours de cette procédure.

⁶⁸ CR 2009/25, p. 9, par. 13.

M. CRAWFORD :

LES DECLARATIONS D'INDEPENDANCE EN DROIT INTERNATIONAL

La question soumise à la Cour

1. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, selon la Serbie, la question qui vous a été posée «est, limitée, dans la mesure où elle porte sur la DUI et non sur des points connexes, mais clairement distincts, tels que la reconnaissance»⁶⁹. La Serbie affirme donc que la licéité de la déclaration du Kosovo doit être appréciée à la date du 17 février 2008⁷⁰. En bref, la Serbie voudrait que la Cour condamne la déclaration d'indépendance seule, et qu'elle la condamne *en tant que telle*.

2. Mais le rôle central que la Serbie fait jouer à la déclaration et à la date du 17 février est de nature à induire en erreur. Car c'est justement de reconnaissance et d'autres «points ... clairement distincts» dont il a été question dans son exposé. M. Zimmerman a traité de la reconnaissance⁷¹. M. Shaw a fait de même⁷², abordant également dans ce cadre la question des conditions devant être réunies pour pouvoir prétendre à la qualité d'Etat⁷³. Et vous avez entendu comment, ce matin, nos amis roumains ont dû reformuler entièrement la question pour pouvoir lui apporter la réponse qu'ils souhaitaient.

3. En réalité, l'importance que la Serbie accorde à la déclaration du 17 février est un artifice. La Serbie veut que la Cour affirme une chose qui appartient au passé historique pour pouvoir en affirmer elle-même une autre qui se rapporte au temps présent. A partir de votre réponse concernant le 17 février, elle veut pouvoir tirer des conclusions portant sur la situation actuelle — tout en excluant de votre compétence les nombreux événements postérieurs à cette date, qui font nécessairement partie de toute appréciation. En d'autres termes, elle veut que vous vous prononciez sur le livre du Kosovo sans lire les derniers chapitres — tout en affirmant que votre décision, circonscrite à la déclaration du 17 février, rendra illicites tous les événements ultérieurs à

47

⁶⁹ CR 2009/24, p. 41, par. 17 (Djerić).

⁷⁰ Serbie, OE, par. 518-522.

⁷¹ CR 2009/24, p. 51-52, par. 8-16 (Zimmerman).

⁷² CR 2009/24, p. 73-74, par. 28-32 (Shaw).

⁷³ CR 2009/24, p. 74, par. 33 (Shaw).

cette date, y compris les reconnaissances. Vous avez entendu le conseil de la Serbie citer Sir Hersch Lauterpacht à l'appui du principe *ex injuria jus non oritur*⁷⁴. L'*injuria* à laquelle la Serbie fait référence est la déclaration d'indépendance. L'*injuria* à laquelle Lauterpacht faisait référence était l'invasion de la Mandchourie — et au paragraphe suivant, l'annexion de l'Ethiopie. Ces actes étaient contraires aux normes les plus fondamentales reconnues à l'époque, dans le domaine des relations internationales ; ils ont amené la communauté internationale à formuler la doctrine Stimson relative à la non-reconnaissance. Ils n'ont pas grand-chose à voir avec ceux qui nous occupent ici.

4. Le point de vue de Lauterpacht lui-même sur les déclarations d'indépendance était à l'exact opposé de la thèse défendue par la Serbie. Je le cite :

«Le droit international ne condamne pas la rébellion ou la sécession tendant à l'accession à l'indépendance. La renonciation formelle à la souveraineté par l'Etat d'origine n'a jamais été tenue pour une condition de la licéité de la reconnaissance.»⁷⁵

5. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, je suis un Australien du sud attaché à mon pays mais mécontent. «Je déclare céans l'indépendance de l'Australie du Sud !» Que s'est-il passé ? Très exactement : rien. Ai-je commis en votre présence un acte internationalement illicite ? Bien sûr que non. Ai-je commis un acte inefficace ? Très probablement. Je n'ai aucun rôle représentatif et nul ne se ralliera à ma cause. Mais le droit international ne condamne-t-il les déclarations d'indépendance que lorsqu'elles sont le fait d'organes représentatifs et non, par exemple, lorsqu'elles sont le fait de mouvements militaires ? Le droit international ne condamne-t-il les déclarations d'indépendance que lorsqu'elles sont susceptibles de prendre effet ? Il ne fait tout bonnement aucun sens d'affirmer que les déclarations unilatérales d'indépendance seraient illicites en tant que telles — et néanmoins, aucun participant à la présente instance n'a donné à entendre que le droit international général les interdirait de manière plus ciblée ; et aucune interdiction plus ciblée n'a été formulée dans aucune source de droit.

6. La raison en est simple. Une déclaration formulée par des individus au sein d'un Etat est un assemblage de mots écrits sur l'eau ; c'est comme applaudir d'une seule main. Ce qui importe,

⁷⁴ CR 2009/24, p. 88, par. 30 (Kohen), citant H Lauterpacht, *Recognition in International Law* (Cambridge, CUP, 1948), p. 421.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 8-10. [Traduction du Greffe.]

48

c'est ce qui vient après, en particulier la réaction de la communauté internationale. Cette réaction peut prendre un certain temps à se faire jour. Mais, ici, la position fondamentale est claire : il n'y a eu aucune condamnation de l'Assemblée générale ni du Conseil de sécurité, tandis que les reconnaissances ont été légion. Nous sommes ici bien loin des cas où la tentative de créer un nouvel Etat s'est accompagnée d'une violation fondamentale du droit international — citons notamment ceux des bantoustans, de la Rhodésie du Sud, du Mandchoukouo ou de la République turque de Chypre–Nord. Dans ces cas, le nombre de reconnaissances se comptait sur les doigts d'une seule main — avec ou sans applaudissements.

7. Dans ce contexte, il convient de souligner que le droit international *possède* une institution ayant pour fonction de statuer sur les prétentions à la qualité d'Etat. Cette institution est la reconnaissance par d'autres Etats, menant en temps voulu à l'établissement de relations diplomatiques et à l'admission au sein d'organisations internationales. L'on a de bonnes raisons de conclure que cette qualité d'Etat existe lorsque les reconnaissances sont nombreuses, de même qu'on a de bonnes raisons de conclure l'inverse lorsqu'elles ne le sont pas. Dans ce contexte, une reconnaissance générale peut également venir pallier certaines défaillances quant aux modalités de formation d'un nouvel Etat.

8. A l'instar de bien d'autres participants venus s'exprimer à cette barre⁷⁶, le Royaume–Uni souligne que la Cour s'est vu poser une question spécifique. Cette question est intelligible et elle n'est pas contradictoire. Le pays qui en a pris l'initiative, la Serbie, a insisté sur la manière dont elle avait été formulée, en réaction à ceux qui, comme le Royaume–Uni, estimaient que la question posée n'était pas la bonne⁷⁷. La question formulée dans ces termes appelle une réponse formulée dans les mêmes termes.

⁷⁶ Etats hostiles à la déclaration : CR 2009/24, p. 41, par. 17 (Djerić, Serbie) ; CR 2009/30, p. 9, par. 7 (Escobar Hernández, Espagne) ; CR 2009/30, p. 40-41, par. 4 (Gevorgian, Fédération de Russie).

Etats favorables à la déclaration : CR 2009/25, p. 14, par. 5 (Wood, Kosovo) ; CR 2009/25, p. 63, par. 71 (Murphy, Kosovo) ; CR 2009/26, p. 10, par. 7 (Frowein, Albanie) ; CR 2009/26, p. 25, par. 4 (Wasum-Rainer, Allemagne) ; CR 2009/28, p. 23, par. 18-20 (Dimitroff, Bulgarie) ; CR 2009/29, p. 52, par. 10 (Metelko-Zgombić, Croatie) ; CR 2009/29, p. 67, 69, 72 (Winkler, Danemark) ; CR 2009/30, p. 23, 36-38, par. 2-3, 35-40 (Koh, Etats–Unis d'Amérique).

Voir aussi l'Argentine, qui exhorte à prendre en considération des questions plus générales, mais admet que la question n'est pas de celles qui concernent «the «legal consequences» of a given situation», CR 2009/26, p. 49, par. 36 (Ruiz Cerutti, Argentine).

Illicéité des déclarations d'indépendance en tant que telles — où sont les preuves ?

9. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, on nous dit que les déclarations d'indépendance sont, en tant que telles, illicites. Or, historiquement, elles ont constitué le principal procédé de formation de nouveaux Etats. Depuis quand, et par quel processus juridique, ont-elles été rendues illicites ?

49

10. Examinons les sources de droit international énumérées au paragraphe [1] de l'article 38 du Statut de la Cour. Nul n'a prétendu que la déclaration du Kosovo serait proscrite par un traité donné, à l'instar du traité de garantie qui interdit la séparation de toute partie de Chypre⁷⁸. Cette source de droit n'est donc pas en cause.

11. Qu'en est-il de la pratique générale acceptée comme étant le droit ? On ne trouvera assurément aucune interdiction de faire sécession dans le droit international d'avant 1919.

12. Et la situation n'a pas changé après 1919. La commission chargée d'examiner la question des îles Åland a contesté le droit de tout groupe national à «se séparer par un simple acte de volonté de l'Etat dont [il fait] partie»⁷⁹, mais n'a nullement donné à entendre que le droit international érigeait l'expression d'une telle volonté en acte internationalement illicite.

13. La situation n'a pas non plus changé sous le régime de la Charte. Afin d'assurer l'intégrité territoriale des Etats, celle-ci interdit le recours à la menace ou à l'emploi de la force contre l'intégrité territoriale d'Etats Membres, mais cette interdiction vise les autres Etats. La Charte ne dit rien de la licéité des déclarations d'indépendance adoptées par des groupes ou des individus au sein d'un Etat.

14. La pratique étatique, depuis 1945, est allée dans le même sens. Pour ce qui est de la région qui nous intéresse ici, les événements du début des années 1990 en Yougoslavie ont été suivis de près, mais ni l'Organisation des Nations Unies ni l'Union européenne n'ont considéré que

Voir également, le Burundi, CR 2009/28, p. 29-30 (d'Aspremont, Burundi) : «The emphasis placed on conformity with international law clearly shows that it is a question of *legality* which has been put to the Court. By no means is the Court therefore asked to rule on the question whether Kosovo constituted a State on the day independence was declared and when the request for an advisory opinion was made.» (Les italiques sont dans l'original.)

⁷⁷Voir l'exposé écrit du Royaume-Uni, p. 19-20, par. 1.3-1.5.

⁷⁸ Traité de garantie (Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord, Grèce, Turquie et Chypre), 16 août 1960, Nations Unies, *Recueil des traités*, 382, p. 5. Voir aussi le traité d'alliance (Grèce, Turquie et Chypre), art. II, 16 août 1960, Nations Unies, *Recueil des traités*, 397, p. 288.

⁷⁹ Rapport du comité des juristes (Larnaude, Huber, Struycken), *Journal officiel de la Société des Nations Unies*, supplément spécial n° 3 (1920), p. 5-6.

les déclarations d'indépendance successives constituaient en elles-mêmes des violations du droit international⁸⁰. Ces déclarations ont ou non été suivies d'effet, mais c'est là une autre question. De même, en ce qui concerne la commission Badinter⁸¹.

15. Rien n'indique non plus qu'une telle interdiction existe en tant que principe général de droit.

50 16. J'en viens maintenant aux décisions judiciaires et à la doctrine. Ce n'est qu'en de rares occasions que vous avez été appelés à vous prononcer sur des questions relatives à la qualité d'Etat. Dans l'affaire *Bosnie-Herzégovine*, vous n'avez pas indiqué que les déclarations d'indépendance étaient internationalement illicites ; vous les avez simplement mentionnées en tant que faits⁸². Cependant, il existe un précédent : le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* devant la Cour suprême du Canada. Il y avait là une différence majeure. La deuxième question visait à déterminer si le Québec avait «le droit de procéder unilatéralement à [s]a sécession ... du Canada» ; ici, la question est de savoir s'il était illicite de déclarer l'indépendance du Kosovo au regard du droit international. Mais l'on ne saurait avoir le droit de faire quelque chose d'illicite ; l'instance portée devant la Cour suprême et l'avis rendu par celle-ci sont donc pertinents en l'espèce.

17. Sept spécialistes du droit international ont déposé devant la Cour suprême. Mais aucun d'entre eux n'a donné à entendre qu'il existait une règle à cet effet. Ainsi M. Abi-Saab — que l'on ne peut accuser d'être insensible aux questions relatives à la stabilité des Etats en développement — a affirmé :

«Si le droit international ne reconnaît pas un droit de sécession en dehors du contexte de l'autodétermination, cela ne signifie pas qu'il interdit la sécession. Fondamentalement, la sécession est un phénomène non régi par le droit international ... il serait erroné de dire que la sécession constitue une violation du

⁸⁰ Voir, par exemple, CR 2009/30, p. 24, par. 4 (Koh, Etats-Unis d'Amérique) ; CR 2009/30, p. 55, par. 8-9 (Kaukoranta, Finlande).

⁸¹ Voir, par exemple, en ce qui concerne la Croatie, l'avis n° 5 (11 janvier 1992), *RGDIP*, tome XCVII, 93, p. 568-570 ; en ce qui concerne la Slovénie, l'avis n° 7 (11 janvier 1992), *RGDIP*, tome XCVII, p. 577-583. Etats relevant que la déclaration d'indépendance de la Slovénie et de la Croatie n'ont fait l'objet d'aucune condamnation internationale: CR 2009/30, p. 29, par. 16 (Koh, Etats-Unis d'Amérique) ; CR 2009/30, p. 55, par. 9 (Kaukoranta, Finlande) ; CR 2009/27, p. 10-11, par. 18 (Tichy, Autriche). Voir aussi CR 2009/29, p. 60-61, par. 49 (Metelko-Zgombić, Croatie) (notant que la commission Badinter n'a pas considéré les déclarations d'indépendance comme étant illicites).

⁸² Voir, par exemple, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 604-605, par. 14. Dans sa troisième et sa quatrième exceptions préliminaires, la Yougoslavie affirmait l'illicéité des «actes relatifs à l'indépendance» et de la déclaration d'indépendance de la Bosnie-Herzégovine. Si la quatrième exception préliminaire a par la suite été retirée, la troisième a été rejetée par la Cour, par 14 voix contre 1 (*ibid.*, p. 623, par. 47).

principe de l'intégrité territoriale de l'Etat, puisque ce principe s'applique uniquement aux relations internationales ... il ne s'applique pas au sein de l'Etat.» [Traduction du Greffe.]⁸³

Et cela a été écrit au nom du Québec.

18. M. Thomas Franck, aujourd'hui disparu, a quant à lui écrit :

«La sécession est un moyen bien connu d'accéder à la qualité d'Etat. On ne saurait à l'heure actuelle sérieusement prétendre que le droit international *interdit* la sécession. On ne saurait sérieusement contester que le droit international permet la sécession... Le droit n'impose à aucun peuple le devoir de ne pas faire sécession.» [Traduction du Greffe.]⁸⁴

Ces propositions ont été expressément acceptées par les experts du Canada⁸⁵, lesquels étaient unanimes⁸⁶.

51 19. La Cour suprême l'était aussi, bien qu'elle s'exprimât à propos — je l'ai dit — d'un *droit* de faire sécession. Sous l'intitulé «L'absence d'interdiction expresse», elle a dit ceci :

«Le droit international ne prévoit pas de droit de sécession unilatérale, mais il n'en nie pas explicitement l'existence, quoique, dans une certaine mesure, une telle négation découle implicitement du caractère exceptionnel des circonstances qui sont requises pour autoriser une sécession fondée sur le droit d'un peuple à l'autodétermination...»

Le droit international ne prévoit pas de droit de sécession unilatérale, mais il n'en nie pas explicitement l'existence — et la citation se poursuit ensuite avec le passage que mon ami M. Dinescu vous a lu ce matin, sans mentionner ces mots d'introduction. Certes, la Cour a mis l'accent sur le principe de l'intégrité territoriale, sur lequel je reviendrai, mais ce que je veux dire ici, c'est que la Cour a en connaissance de cause estimé que le droit international, s'il n'est pas favorable à la sécession, n'interdit pas pour autant celle-ci. Sauf cas extrême, il n'existe pas de

⁸³ George Abi-Saab, «The Effectivity required of an Entity that declares its Independence in order for it to be considered a State in International Law», in Anne Bayefsky (sous la dir. de), *Self-Determination in International Law. Quebec and Lessons Learned* (Kluwer, La Haye, 2000), partie III, p. 72-73.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 79 ; les italiques sont dans l'original.

⁸⁵ Voir Crawford, «Response to Experts Reports of the Amicus Curiae», *ibid.*, p. 159, par. 9, p. 160-161, par. 13-14.

⁸⁶ Cf. Anne Bayefsky (sous la dir. de), *op. cit.* ; George Abi-Saab, « The Effectivity required of an Entity that declares its Independence in order for it to be considered a State in International Law », partie III, p. 72 ; Christine Chinkin, p. 233 et suiv. ; James Crawford, «Response to Experts Reports of the Amicus Curiae», p. 159, par. 9, p. 160, par. 13 ; Thomas M. Franck, «Opinion Directed at Question 2 of the Reference», par. 2.9, p. 78, «Opinion Directed at Response of Professor Crawford and Wildhaber», p. 179-180, par. 3-4, p. 181, par. 8 ; Alain Pellet, «Legal Opinion on Certain Questions of International Law Raised by the Reference», p. 122, par. 44, «Legal Opinion on Certain Questions of International Law Raised by the Reference», p. 212 ; Malcolm Shaw, «Re: Order in Council PC 1996-1497 of 30 September 1996», p. 136, par. 43, «Observations Upon the Response of Professor Crawford to the Amicus Curiae's Expert Reports», p. 221, par. 24.

«droit de sécession unilatérale», mais l'existence d'un tel droit n'est pas non plus «explicitement [niée]».

20. En outre, la Cour suprême savait pertinemment qu'une reconnaissance internationale était possible, si le Québec déclarait son indépendance, quand bien même il n'était pas en réalité fondé à faire sécession⁸⁷.

21. Pour en venir à cet autre élément de l'alinéa *d*) du paragraphe [1] de l'article 38 — la doctrine —, il est intéressant de rechercher, dans les textes de base, la thèse selon laquelle les déclarations d'indépendance seraient illicites et ne sauraient valablement être reconnues. Nulle mention dans la sixième édition de l'ouvrage de Shaw, dans la huitième édition de l'ouvrage de Brownlie, ou dans la neuvième édition de l'*Oppenheim's International Law* publié sous la direction de Jennings et Watts⁸⁸. Pas davantage dans la huitième édition de l'ouvrage de Dallier, Forteau et Pellet⁸⁹. Au contraire, ces ouvrages envisagent le maintien de la possibilité de faire sécession. Ainsi Malcolm Shaw, pour prendre un exemple au hasard, affirme-t-il :

52

«Il n'existe bien sûr [il n'existe bien sûr] aucune obligation en droit international imposant de s'abstenir de toute tentative de sécession : la situation demeure régie par le droit interne. Toutefois, pareille sécession dût-elle aboutir dans les faits, les notions de reconnaissance et d'éléments constitutifs de la qualité d'Etat se révéleraient pertinentes et décisives quant à la nouvelle situation.»⁹⁰

J'apprécie tout particulièrement l'utilisation qui est faite de l'expression «bien sûr».

⁸⁷ Renvoi relatif à la sécession du Québec, disponible sur Internet à l'adresse suivante : <http://csc.lexum.umontreal.ca/fr/1998/1998rcs2-217/1998rcs2-217.html>.

⁸⁸ *Oppenheim's International Law*, 9^e éd., Harlow : Longman, 1992, sect. 276, p. 717 :

«Il a été admis que la révolte suivie d'une sécession constituait une modalité de perte de territoire, à laquelle ne fait pendant aucune modalité d'acquisition. L'on ne peut apporter de réponse définitive à la question de savoir quand une perte de territoire faisant suite à une révolte est consommée, puisqu'il est impossible de définir une règle immuable et absolue permettant d'apprécier à quel moment un Etat qui s'est détaché d'un autre Etat peut être réputé établi de manière sûre et permanente. L'on peut peut-être à présent se demander si le terme «révolte» est tout à fait heureux dans ce contexte juridique. Il semblerait désigner une situation politique d'un genre particulier et non un mode juridique de perte de souveraineté territoriale. Si une révolte, de fait, conduit à la formation d'un nouvel Etat, on se trouve alors dans le cas d'une [acquisition de territoire par ce nouvel Etat].» [*Traduction du Greffe.*]

⁸⁹ *Droit International Public*, 8^e éd., Paris : Lextenso éditions, 2009, sect. 344, p. 585 :

«S'opposent également les environnements juridiques des deux phénomènes : alors que le droit international régleme aujourd'hui de façon très précise le processus de décolonisation, la sécession n'est pas prise en compte en elle-même par le droit international. Elle l'est seulement en tant que perturbation des relations internationales, sous l'angle de la belligérance et de l'insurrection... La pratique confirme en général ce «désengagement» du droit international en la matière. Quelle que soit sa légalité au plan interne, la sécession est un fait politique au regard du droit international, qui se contente d'en tirer les conséquences lorsqu'elle aboutit à la mise en place d'autorités étatiques effectives et stables.»

⁹⁰ Malcolm Shaw, *International Law*, 6^e éd., Cambridge : Cambridge University Press, 2008, p. 218 ; les italiques sont de nous.

22. En conclusion, rien ne permet d'affirmer l'existence d'une nouvelle règle de droit international interdisant les déclarations d'indépendance en tant que telles.

Pourquoi le droit international ne condamne-t-il pas les déclarations d'indépendance en les qualifiant d'illicites ?

23. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, voilà qui en principe devrait conclure mon exposé. Le droit international ne régit pas les déclarations d'indépendance en tant que telles, et aucun des éléments considérés dans cette affaire, y compris la résolution 1244, n'impose la moindre obligation contraire.

24. Il est néanmoins intéressant d'explorer les raisons pour lesquelles cette position est celle du droit international. La première est que celui-ci ne tente pas d'influer sur — au sens de l'article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies — le cours des conflits à l'intérieur des frontières d'un Etat. Il est déjà suffisamment difficile — la Cour est bien placée pour le savoir — de gérer les conflits interétatiques.

25. La deuxième raison est d'ordre formel. M. Shaw a cherché à étayer sa thèse selon laquelle le droit international interdit toute proclamation d'indépendance en se référant au concept général de sujets de droit international. Evoquant l'évolution du droit international relatif aux droits de l'homme, il a conclu que nous étions tous désormais des sujets de droit⁹¹. Toutefois, comme votre Cour l'a indiqué dans l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, le fait d'être un sujet de droit international ne laisse en rien présupposer les droits et obligations attachés à cette qualité⁹². Il serait étrange de conférer à des groupes humains le statut de sujets précisément dans le but de les priver de la capacité de devenir des sujets effectifs, c'est-à-dire des Etats. C'est ce même paradoxe que l'on retrouve dans le cas du Kosovo. A l'époque où la Serbie exerçait un contrôle effectif sur le Kosovo, elle a privé ce dernier du statut que lui avait été conféré par la Constitution et l'a presque vidé de sa population. Et aujourd'hui, après avoir perdu le contrôle de ce territoire, de manière licite, suite à l'adoption de la résolution 1244, elle cherche à faire du Kosovo un sujet de droit international — mais uniquement dans le but de recouvrer la souveraineté dont elle a si manifestement abusé à l'époque.

53

⁹¹ CR 2009/24, p. 66, par. 8 (Shaw).

⁹² *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1949*, p. 178-180.

26. La troisième raison est liée au principe de l'intégrité territoriale. L'intégrité territoriale n'est pas un joker qui l'emporte sur toutes les autres normes établies en droit international ou les annule. Ce principe s'applique, si l'on s'en réfère à des instruments comme la Déclaration relative aux relations amicales, aux relations entre Etats. Il a pour principal objet d'offrir aux Etats une protection contre toute intervention extérieure. Il n'est pas censé déterminer leur configuration interne et encore moins les prémunir contre tout changement. C'est vrai, lorsque de nouveaux droits sont consacrés par le droit international — tels que les droits des peuples autochtones⁹³ —, tout est fait pour s'assurer que cela n'est pas interprété comme une autorisation à faire sécession. Mais, telle qu'elle est posée, la question dont est saisie la Cour ne renvoie à aucune autorisation.

Ce que dit le droit sur les déclarations d'indépendance

27. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, dans le cadre de la présente procédure, un certain nombre de gouvernements ont cité mes travaux sur la sécession pour étayer leurs conclusions qui, vous vous en serez aperçu, sont apparemment divergentes⁹⁴. J'espère que vous me pardonneriez si je tente de rétablir la vérité en en faisant une rapide synthèse. Le passage pertinent se lit comme suit :

«Il est vrai que l'hostilité qu'inspire la sécession à tous les gouvernements eu égard à leur propre territoire s'est parfois traduite par des formulations selon lesquelles la sécession pourrait être contraire au droit international ... Mais ces formulations ne signifient pas qu'il existe une règle de droit international qui interdirait la sécession ... La sécession n'est ni licite ni illicite en droit international ; il s'agit d'un acte juridiquement neutre dont les conséquences sont régies au niveau international.»⁹⁵

28. Dans la suite du texte, il est souligné que cette neutralité juridique s'accompagne d'une déférence à la souveraineté territoriale et d'un refus d'accepter la sécession sauf s'il n'y a pas d'autre choix possible. Voilà pourquoi les scénarios catastrophes qui nous ont été annoncés ne reflètent pas la réalité. Ce qu'il faut bien comprendre ici, c'est que ce refus ne veut pas pour autant dire que les déclarations d'indépendance sont illicites au regard du droit international, ni qu'il

54

⁹³ Voir, par exemple, le CR 2009/24, p. 67, par. 11 (Shaw, Serbie), qui cite la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, résolution 61/295 de l'Assemblée générale, 13 septembre 2007, art. 46.

⁹⁴ CR 2009/24, p. 79-80, par. 10 (Kohen, Serbie) ; CR 2009/26, p. 39, par. 10 et p. 45, par. 24 (Ruiz Cerutti, Argentine) ; CR 2009/27, p. 19, par. 18-19 (Mehdiyev, Azerbaïdjan) ; et CR 2009/28, p. 31 (d'Aspremont, Burundi).

⁹⁵ James Crawford, *The Creation of States in International Law*, 2^e édition, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 389-390.

prend la forme d'une interdiction générale. Il reste qu'il appartient aux Etats, à travers leur pratique de reconnaissance, et aux organisations internationales, à travers leur pratique d'admission, d'examiner chaque cas à la lumière des circonstances particulières. Ce que la Serbie ne peut pas faire, c'est traiter le 17 février 2008 comme une date décisive, faire abstraction de tous les événements et de toutes les réactions qui lui ont succédé, et prétendre que le droit international a déterminé le statut du Kosovo de manière irrévocable ce jour-là. Comme je l'ai démontré, il n'en est rien.

L'autodétermination (y compris «la sécession à titre de remède»)

29. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, il me reste un mot à dire sur la question du droit à l'autodétermination. S'il était nécessaire que l'indépendance du Kosovo s'appuie sur une autorisation — une autorisation expresse — en droit international, la Cour serait tenue de traiter cette question. Or, comme je l'ai démontré, il n'y a aucune nécessité pour la Cour de trouver une telle autorisation pour pouvoir répondre à la question posée. Si la Cour conclut que la Déclaration du 17 février 2008 n'est pas, en soi, contraire au droit international, elle peut se passer d'examiner la question de l'autodétermination. En fait, comme il ressort des exposés qui vous ont été présentés, l'exercice du droit à l'autodétermination en dehors du contexte colonial recueille de nombreux suffrages. C'est d'ailleurs la position que je tente de défendre dans l'ouvrage que je vous ai cité. Ainsi, l'article premier commun aux deux pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme ne limite pas le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes aux peuples sous domination coloniale mais énonce un droit général, qui doit avoir quelque contenu réel, en particulier dans des circonstances extrêmes.

30. La Cour suprême du Canada a laissé ouverte la question de l'autodétermination à titre de remède car, du fait de la position privilégiée du Québec au Canada, elle n'a pas eu besoin de trancher la question⁹⁶. En revanche, la CIJ, avant de pouvoir répondre à la question par la négative, contre le Kosovo, devrait se prononcer sur cette question. Je tiens à souligner que jamais le Québec n'a vu son statut particulier foulé aux pieds ni révoqué par la Constitution, et que les deux tiers de sa population n'ont pas été violemment chassés de leurs maisons et de leurs terres.

⁹⁶ *Renvoi relatif à la sécession du Québec* [1998] 2 R.C.S. 217, par. 135. Réédité par Bayefsky (ed.), p. 499-500.

Monsieur le président, Messieurs de la Cour, voilà qui clôt l'exposé du Royaume-Uni. Je vous remercie de votre patiente attention.

Le PRESIDENT : Je vous remercie infiniment Monsieur Crawford.

55

Voilà qui met un terme à l'exposé et aux observations présentés oralement par le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, et qui conclut l'audience d'aujourd'hui. La Cour se réunira de nouveau demain, à 10 heures, pour entendre le Venezuela et le Viet Nam. L'audience est levée.

L'audience est levée à 12 h 15.
