

SEPARATE OPINION OF JUDGE YUSUF

The Court overly restricted the scope of the question put to it by the General Assembly — Declarations of independence per se are not regulated by international law — It is the claims they express and the processes they trigger that may be of interest to international law — The Court could have used this opportunity to clarify the scope and normative contents of the right to self-determination, in its post-colonial conception — International law disfavors the fragmentation of existing States but also confers certain rights to peoples, groups and individuals including the right of self-determination — The right of self-determination, in its post-colonial conception, is reflected in important acts and conventions — Self-determination is to be exercised mainly inside the boundaries of existing States — International law may support a claim to external self-determination in certain exceptional circumstances — The Court should have assessed whether the specific situation in Kosovo may qualify as exceptional circumstances — Other fora have not shied away from analysing the conditions to be met by claims of external self-determination — The criteria to be considered include the existence of discrimination, persecution, and the denial of autonomous political structures — These acts must be directed against a racially or ethnically distinctive group — A decision by the Security Council to intervene could be an additional criterion — All possible remedies for the realization of internal self-determination must be exhausted before external self-determination can be exercised.

The legislative powers vested in the SRSJ are not for the enactment of international legal rules and principles — UNMIK's regulations remain part of a territorially-based legislation enacted solely for the administration of that territory — The Constitutional Framework is not part of international law — A declaration of independence by the PISG could only be considered as ultra vires in respect of the domestic law of Kosovo.

I. INTRODUCTION

1. Although I am in general agreement with the Court's Opinion and have voted in favour of all the paragraphs of the operative clause, I have serious reservations with regard to the Court's reasoning on certain important aspects of the Opinion.

2. First, in interpreting the question put to it by the United Nations General Assembly, the Court states that "[t]he answer to that question turns on whether or not the applicable international law prohibited the declaration of independence" (para. 56). This constitutes, in my view, an

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE YUSUF

[Traduction]

La Cour a par trop limité la portée de la question posée par l'Assemblée générale — En elles-mêmes, les déclarations d'indépendance ne sont pas régies par le droit international — Ce sont les revendications qu'elles expriment et les processus qu'elles déclenchent qui peuvent relever de ce droit — La Cour aurait pu saisir l'occasion qui lui était donnée de préciser la portée et le contenu normatif du droit à l'autodétermination dans sa conception postcoloniale — Le droit international désapprouve la fragmentation des Etats existants mais confère certains droits aux peuples, groupes et individus, notamment le droit à disposer d'eux-mêmes — Le droit à l'autodétermination, dans sa conception postcoloniale, est consacré dans des conventions et instruments importants — L'autodétermination doit le plus souvent être exercée à l'intérieur des frontières des Etats existants — Le droit international peut, dans certaines circonstances exceptionnelles, fonder une revendication d'autodétermination externe — La Cour aurait dû déterminer si la situation particulière du Kosovo était assimilable à des circonstances exceptionnelles — D'autres instances n'ont pas craint d'analyser les conditions auxquelles devaient satisfaire les revendications d'autodétermination externe — Les critères à prendre en considération comprennent l'existence d'une discrimination et de persécutions, et le déni de structures politiques autonomes — Ces pratiques doivent être dirigées contre un groupe racialement ou ethniquement distinct — Une décision d'intervention du Conseil de sécurité peut constituer un critère supplémentaire — Tous les recours permettant de réaliser l'autodétermination au plan interne doivent avoir été épuisés pour que l'autodétermination puisse être exercée au plan externe.

Les pouvoirs législatifs dont est investi le représentant spécial du Secrétaire général ne lui ont pas été conférés pour qu'il promulgue des règles et principes de droit international — Les règlements de la MINUK demeurent partie d'une législation territoriale adoptée uniquement pour l'administration du territoire considéré — Le cadre constitutionnel ne fait pas partie du droit international — Une déclaration d'indépendance émanant des institutions provisoires d'administration autonome ne pouvait être considérée comme ultra vires qu'au regard du droit interne du Kosovo.

I. INTRODUCTION

1. Bien que je souscrive globalement à l'avis de la Cour, et que j'aie voté en faveur de tous les paragraphes du dispositif, j'ai de graves réserves quant au raisonnement de la Cour sur d'importants aspects de l'avis.

2. Tout d'abord, en interprétant la question que lui a posée l'Assemblée générale, la Cour dit qu'il « s'agit ... de savoir si le droit international applicable interdisait ou non la déclaration d'indépendance » (par. 56). Cette lecture de la question posée est, selon moi, par trop étroite et res-

overly restrictive and narrow reading of the question of the General Assembly. The declaration of independence of Kosovo is the expression of a claim to separate statehood and part of a process to create a new State. The question put to the Court by the General Assembly concerns the accordence with international law of the action undertaken by the representatives of the people of Kosovo with the aim of establishing such a new State without the consent of the parent State. In other words, the Court was asked to assess whether or not the process by which the people of Kosovo were seeking to establish their own State involved a violation of international law, or whether that process could be considered consistent with international law in view of the possible existence of a positive right of the people of Kosovo in the specific circumstances which prevailed in that territory. Thus, the restriction of the scope of the question to whether international law prohibited the declaration of independence as such voids it of much of its substance. I will elaborate on these issues in Section II below.

3. My second reservation relates to the inclusion by the Court of the Constitutional Framework established under the auspices of the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (UNMIK) in the category of the applicable international legal instruments under which the legality of the declaration of independence of Kosovo of 17 February 2008 is to be assessed. It is my view that the Constitutional Framework for the Interim Administration of Kosovo is not part of international law. In enacting legislation for the provisional administration of Kosovo, the Special Representative of the Secretary-General (SRSG) may have derived his authority from resolution 1244 of the United Nations Security Council, but he was primarily acting as a surrogate territorial administrator laying down regulations that concerned exclusively the territory of Kosovo and produced legal effects at the domestic level. I will examine these issues further in Section III below.

II. THE SCOPE AND MEANING OF THE QUESTION PUT TO THE COURT

4. The Court has interpreted the question posed by the General Assembly as not requiring it

“to take a position on whether international law conferred a positive entitlement on Kosovo unilaterally to declare its independence or, *a fortiori*, on whether international law generally confers an entitlement on entities situated within a State unilaterally to break away from it” (Advisory Opinion, para. 56).

Surely, the Court was not asked to pronounce itself on the second point, which is of a general character; but it is regrettable, for the reasons indicated below, that the Court decided not to address the first point, par-

trictive. La déclaration d'indépendance du Kosovo est l'expression d'une revendication de la qualité d'Etat distinct, et fait partie du processus de création d'un nouvel Etat. L'Assemblée générale a demandé à la Cour de se prononcer sur la conformité au droit international de l'acte accompli par les représentants du peuple du Kosovo en vue de créer ce nouvel Etat sans le consentement de l'Etat parent. En d'autres termes, la Cour était priée de dire si le processus par lequel le peuple du Kosovo cherchait à créer son propre Etat violait le droit international ou s'il pouvait être considéré comme conforme à celui-ci parce que le peuple du Kosovo, compte tenu des circonstances particulières propres à ce territoire, aurait été titulaire d'un droit positif. Ainsi, en limitant la portée de la question au point de savoir si le droit international interdisait la déclaration d'indépendance en tant que telle, la Cour a vidé cette question d'une bonne partie de sa substance. Je développerai ces points dans la section II ci-après.

3. Ma deuxième réserve concerne l'inclusion par la Cour du cadre constitutionnel pour une administration intérimaire du Kosovo établi sous les auspices de la Mission d'administration intérimaire des Nations Unies au Kosovo (MINUK) parmi les instruments juridiques applicables au regard desquels apprécier la licéité de la déclaration d'indépendance du 17 février 2008. Selon moi, ce cadre constitutionnel ne fait pas partie du droit international. Lorsqu'il adoptait des lois relatives à l'administration intérimaire du Kosovo, le représentant spécial du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies (RSSG) tirait peut-être ses pouvoirs de la résolution 1244 du Conseil de sécurité des Nations Unies, mais il agissait avant tout en qualité d'administrateur territorial de substitution, promulguant des règlements qui concernaient exclusivement le territoire du Kosovo et ne produisaient d'effets juridiques qu'au plan interne. Tels sont les points que je développerai dans la section III.

II. SENS ET PORTÉE DE LA QUESTION POSÉE À LA COUR

4. Selon son interprétation de la question posée par l'Assemblée générale, la Cour ne s'est pas estimée tenue

«de prendre parti sur le point de savoir si le droit international conférerait] au Kosovo un droit positif de déclarer unilatéralement son indépendance, ni, *a fortiori*, sur le point de savoir si le droit international confère en général à des entités situées à l'intérieur d'un Etat existant le droit de s'en séparer unilatéralement» (avis consultatif, par. 56).

Assurément, la Cour n'a pas été invitée à se prononcer sur le second point, qui est d'ordre général, mais je juge regrettable, pour les raisons que je vais indiquer, qu'elle ait décidé de ne pas examiner le premier,

ticularly in the sense of assessing the possible existence of a right to self-determination in the specific situation of Kosovo.

5. Firstly, since a declaration of independence is not per se regulated by international law, there is no point assessing its legality, as such, under international law. It is what the declaration of independence implies and the claim it expresses to establish a new State which is of relevance to the law. If such a claim meets the conditions prescribed by international law, particularly in situations of decolonization or of peoples subject to alien subjugation, domination and exploitation, the law may encourage it; but if it violates international law, the latter can discourage it or even declare it illegal, as was the case in Southern Rhodesia and Katanga in the 1960s. Secondly, an assessment by the Court of the existence of an entitlement could have brought clarity to the scope and legal content of the right of self-determination, in its post-colonial conception, and its applicability to the specific case of Kosovo. The Court has in the past contributed to a better understanding of the field of application of the right of self-determination with respect to situations of decolonization or alien subjugation and foreign occupation. It could have likewise used this opportunity to define the scope and normative content of the post-colonial right of self-determination, thereby contributing, *inter alia*, to the prevention of the misuse of this important right by groups promoting ethnic and tribal divisions within existing States.

6. Thirdly, claims to separate statehood by ethnic groups or other entities within a State can create situations of armed conflict and may pose a threat not only to regional stability but also to international peace and security. The fact that the Court decided to restrict its opinion to whether the declaration of independence, as such, is prohibited by international law, without assessing the underlying claim to external self-determination, may be misinterpreted as legitimizing such declarations under international law, by all kinds of separatist groups or entities that have either made or are planning to make declarations of independence. Fourthly, the Court itself admits that “the declaration of independence is an attempt to determine finally the status of Kosovo” (para. 114), but fails to examine whether such a unilateral determination of the final status of Kosovo and its separation from the parent State is in accordance with international law, as clearly implied in the question put to it by the General Assembly.

7. Turning now to the issue of self-determination itself, it should be observed at the outset that international law disfavors the fragmentation of existing States and seeks to protect their boundaries from foreign aggression and intervention. It also promotes stability within the borders of States, although, in view of its growing emphasis on human rights and the welfare of peoples within State borders, it pays close attention to acts involving atrocities, persecution, discrimination and crimes against

notamment en vue de déterminer si un droit à l'autodétermination pouvait exister dans le cas particulier du Kosovo.

5. Premièrement, une déclaration d'indépendance n'étant pas en soi régie par le droit international, point n'est besoin d'en évaluer la licéité, en tant que telle, au regard de celui-ci. Ce sont les conséquences de cette déclaration, et la prétention de créer un nouvel Etat qu'elle exprime, qui relèvent du droit. Si cette prétention satisfait aux conditions prescrites par le droit international, en particulier dans les situations de décolonisation ou dans le cas de peuples soumis à la sujétion, la domination et l'exploitation étrangères, celui-ci peut l'encourager, mais, si elle est contraire au droit international, il peut la désapprouver, voire la déclarer illicite, comme ce fut le cas avec la Rhodésie du Sud et le Katanga dans les années soixante du siècle dernier. Deuxièmement, en cherchant à établir l'existence d'un droit, la Cour aurait pu contribuer à préciser la portée et le contenu juridique du droit à l'autodétermination dans sa conception postcoloniale, et son applicabilité au cas précis du Kosovo. Par le passé, la Cour a œuvré à une meilleure compréhension du champ d'application du droit à l'autodétermination dans les situations de décolonisation ou dans les cas de sujétion ou d'occupation étrangères. Elle aurait pu également saisir l'occasion qui lui était offerte de définir la portée et le contenu normatif du droit à l'autodétermination à l'ère postcoloniale, et contribuer ainsi, notamment, à prévenir les abus de ce droit important par des groupes cherchant à promouvoir les divisions ethniques et tribales au sein d'Etats existants.

6. Troisièmement, les revendications visant à obtenir la qualité d'Etat distinct formulées par des groupes ethniques ou d'autres entités à l'intérieur d'un Etat peuvent donner naissance à des situations de conflit armé et menacer non seulement la stabilité régionale, mais aussi la paix et la sécurité internationales. Le fait que la Cour ait décidé de limiter son avis à la question de savoir si la déclaration d'indépendance était en tant que telle interdite par le droit international, sans se prononcer sur la prétention à l'autodétermination externe qui la sous-tend, peut être interprété à tort, par tous les groupes ou entités séparatistes qui ont fait ou projettent de faire des déclarations d'indépendance, comme légitimant ces déclarations en droit international. Quatrièmement, la Cour elle-même reconnaît que «la déclaration d'indépendance constitue une tentative de déterminer définitivement le statut du Kosovo» (par. 114), mais ne se demande pas si cette détermination unilatérale du statut final du Kosovo et la séparation de celui-ci de l'Etat parent sont conformes au droit international, questions implicitement posées par l'Assemblée générale dans sa demande.

7. Quant à la question de l'autodétermination proprement dite, il convient d'emblée de relever que le droit international désapprouve la fragmentation des Etats existants et s'efforce de protéger leurs frontières contre les agressions et interventions étrangères. Il favorise également la stabilité à l'intérieur des frontières étatiques, même si, eu égard à l'importance croissante qu'il accorde aux droits de l'homme et au bien-être des peuples, il s'intéresse de près aux atrocités, persécutions, actes de discri-

humanity committed inside a State. To this end, it pierces the veil of sovereignty and confers certain internationally protected rights to peoples, groups and individuals who may be subjected to such acts, and imposes obligations on their own State as well as other States. The right of self-determination, particularly in its post-colonial conception, is one of those rights.

8. It is worth recalling, in this context, that the right of self-determination has neither become a legal notion of mere historical interest nor has it exhausted its role in international law following the end of colonialism. It has indeed acquired renewed significance following its consecration in the two covenants on human rights of 1966, the 1970 Declaration on Friendly Relations (Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations, General Assembly resolution 2625, Annex, 25 United Nations GAOR, Supp. (No. 28), United Nations doc. A/5217 at 121 (1970)), the OSCE Helsinki Final Act (the Final Act of the Conference on Security and Co-operation in Europe, 1 August 1975, 14 *ILM* 1292 (Helsinki Declaration), the African Charter on Human and Peoples' Rights and the Vienna Declaration and Programme of Action Adopted by the World Conference on Human Rights (Vienna Declaration, World Conference on Human Rights, Vienna, 14-25 June 1993, United Nations doc. A/CONF.157/24 (Part I) at 20 (1993)). It is a right which is exercisable continuously, particularly within the framework of a relationship between peoples and their own State.

9. In this post-colonial conception, the right of self-determination chiefly operates inside the boundaries of existing States in various forms and guises, particularly as a right of the entire population of the State to determine its own political, economic and social destiny and to choose a representative government; and, equally, as a right of a defined part of the population, which has distinctive characteristics on the basis of race or ethnicity, to participate in the political life of the State, to be represented in its government and not to be discriminated against. These rights are to be exercised within the State in which the population or the ethnic group live, and thus constitute internal rights of self-determination. They offer a variety of entitlements to the concerned peoples within the borders of the State without threatening its sovereignty.

10. In contrast, claims to external self-determination by such ethnically or racially distinct groups pose a challenge to international law as well as to their own State, and most often to the wider community of States. Surely, there is no general positive right under international law which entitles all ethnically or racially distinct groups within existing States to claim separate statehood, as opposed to the specific right of external self-determination which is recognized by international law in

mination et crimes contre l'humanité pouvant y être commis. Il soulève alors quelque peu le voile de la souveraineté pour conférer aux peuples, groupes et individus exposés à de tels actes certains droits internationalement protégés, et imposer des obligations aux Etats dont ils sont les ressortissants ainsi qu'aux autres Etats. Le droit à l'autodétermination, en particulier dans sa conception postcoloniale, est l'un de ces droits.

8. Il n'est pas, dans ce contexte, inutile de rappeler que, avec la fin du colonialisme, le droit à l'autodétermination n'est pas devenu une notion juridique d'intérêt simplement historique, pas davantage qu'il n'a épuisé son rôle en droit international. Il a de fait acquis un regain d'importance pour avoir été consacré dans les deux pactes relatifs aux droits de l'homme de 1966, dans la déclaration de 1970 sur les relations amicales (déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies, résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale des Nations Unies, annexe, *Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-cinquième session, supplément n° 28*, Nations Unies, doc. A/5217, p. 121 (1970)), l'acte final d'Helsinki (acte final de la conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, 1^{er} août 1975, *ILM*, vol. 14, p. 1292 (déclaration d'Helsinki), la charte africaine des droits de l'homme et des peuples et la déclaration et le programme d'action de Vienne adoptés par la conférence mondiale sur les droits de l'homme (déclaration de Vienne, conférence mondiale sur les droits de l'homme, Vienne, 14-25 juin 1993, Nations Unies, doc. A/CONF.157/24 (première partie), p. 20 (1993)). C'est un droit qui peut être exercé continûment, en particulier dans le cadre d'une relation entre les peuples et leur propre Etat.

9. Selon cette conception postcoloniale, le droit à l'autodétermination trouve principalement à s'exercer sous diverses formes et manifestations à l'intérieur des frontières des Etats existants, en particulier en tant que droit de l'ensemble de la population d'un Etat à déterminer son destin politique, économique et social et à choisir un gouvernement représentatif, mais aussi en tant que droit d'une partie définie de la population, que distinguent certaines caractéristiques raciales ou ethniques, à participer à la vie politique de l'Etat, à être représentée dans la gestion des affaires publiques et à ne pas faire l'objet de discrimination. Ces droits, qui doivent être exercés à l'intérieur de l'Etat dans lequel vit la population ou le groupe ethnique considéré et constituent ainsi des droits à l'autodétermination interne, offrent aux peuples concernés diverses possibilités à l'intérieur des frontières de l'Etat, sans pour autant menacer la souveraineté de celui-ci.

10. En revanche, les revendications d'autodétermination externe formulées par des groupes ethniquement ou racialement distincts constituent un défi pour le droit international ainsi que pour l'Etat visé, et le plus souvent pour l'ensemble de la communauté des Etats. Le droit international — celui-ci ne saurait être nié — ne prévoit pas de droit positif général qui habiliterait tous les groupes ethniquement ou racialement distincts vivant à l'intérieur d'Etats existants à se constituer un Etat à part,

favour of the peoples of non-self-governing territories and peoples under alien subjugation, domination and exploitation. Thus, a racially or ethnically distinct group within a State, even if it qualifies as a people for the purposes of self-determination, does not have the right to unilateral secession simply because it wishes to create its own separate State, though this might be the wish of the entire group. The availability of such a general right in international law would reduce to naught the territorial sovereignty and integrity of States and would lead to interminable conflicts and chaos in international relations.

11. This does not, however, mean that international law turns a blind eye to the plight of such groups, particularly in those cases where the State not only denies them the exercise of their internal right of self-determination (as described above), but also subjects them to discrimination, persecution and egregious violations of human rights or humanitarian law. Under such exceptional circumstances, the right of peoples to self-determination may support a claim to separate statehood provided it meets the conditions prescribed by international law, in a specific situation, taking into account the historical context. Such conditions may be gleaned from various instruments, including the Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations, which, as stated by the Court in paragraph 80 of the Advisory Opinion, reflects customary international law. The Declaration contains, under the principle of equal rights and self-determination of peoples, the following saving clause:

“Nothing in the foregoing paragraphs shall be construed as authorizing or encouraging any action which would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples as described above and thus possessed of a government representing the whole people belonging to the territory without distinction as to race, creed or colour.”

12. This provision makes it clear that so long as a sovereign and independent State complies with the principle of equal rights and self-determination of peoples, its territorial integrity and national unity should neither be impaired nor infringed upon. It therefore primarily protects, and gives priority to, the territorial preservation of States and seeks to avoid their fragmentation or disintegration due to separatist forces. However, the saving clause in its latter part implies that if a State fails to comport itself in accordance with the principle of equal rights and self-determination of peoples, an exceptional situation may arise whereby

par opposition au droit spécifique d'autodétermination externe qu'il reconnaît aux peuples de territoires non autonomes et aux peuples soumis à la sujétion, la domination et l'exploitation étrangères. Ainsi, un groupe racialement ou ethniquement distinct qui vit à l'intérieur d'un Etat, même s'il peut être qualifié de peuple aux fins de l'autodétermination, ne bénéficie pas d'un droit de sécession unilatéral pour la seule raison qu'il souhaite créer son propre Etat, quand bien même ce souhait serait celui de tous les membres du groupe. L'existence d'un tel droit général en droit international réduirait à néant la souveraineté et l'intégrité territoriales des Etats et entraînerait des conflits sans fin ainsi que le chaos dans les relations internationales.

11. Cela ne signifie toutefois pas que le droit international refuse de tenir compte de la situation critique de ces groupes, en particulier dans les cas où l'Etat non seulement leur dénie l'exercice de leur droit à l'autodétermination interne (tel qu'exposé ci-dessus), mais les soumet à des discriminations, des persécutions et des violations flagrantes des droits de l'homme ou du droit humanitaire. Dans ces circonstances exceptionnelles, le droit des peuples à l'autodétermination peut fonder une prétention à constituer un Etat distinct dès lors que cette prétention satisfait aux conditions prescrites par le droit international, dans une situation donnée et compte tenu du contexte historique. Ces conditions peuvent être déduites de divers instruments, notamment la déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies, qui, comme le déclare la Cour au paragraphe 80 de son avis consultatif, reflète le droit international coutumier. La déclaration énonce, corollairement au principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, la clause de sauvegarde suivante :

«Rien dans les paragraphes précédents ne sera interprété comme autorisant ou encourageant une action, quelle qu'elle soit, qui démembrerait ou menacerait, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique de tout Etat souverain et indépendant se conduisant conformément au principe de l'égalité de droits et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes énoncé ci-dessus et doté ainsi d'un gouvernement représentant l'ensemble du peuple appartenant au territoire sans distinction de race, de croyance ou de couleur.»

12. Cette disposition indique clairement que, aussi longtemps qu'un Etat souverain et indépendant respecte le principe de l'égalité de droits et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, son intégrité territoriale et son unité nationale ne doivent faire l'objet d'aucune menace ni atteinte. Elle protège donc d'abord, en lui donnant la priorité, l'intégrité territoriale des Etats et vise à éviter la fragmentation ou la désintégration de ceux-ci sous l'action de forces séparatistes. Toutefois, *in fine*, cette clause de sauvegarde donne à penser que, si un Etat ne se comporte pas conformément au principe de l'égalité de droits et du droit des peuples à dispo-

the ethnically or racially distinct group denied internal self-determination may claim a right of external self-determination or separation from the State which could effectively put into question the State's territorial unity and sovereignty.

13. Admittedly, the Kosovo situation is special in many ways. It is in the context of its distinctive character and history that the question posed by the General Assembly should have been analysed. The violent break-up of Yugoslavia, the removal of the autonomy of Kosovo by the Serbian authorities, the history of ethnic cleansing and crimes against humanity in Kosovo described in the *Milutinović* judgment of the ICTY (*Prosecutor v. Milan Milutinović et al., Judgement of 26 February 2009*), and the extended period of United Nations administration of Kosovo which *de facto* separated it from Serbia to protect its population and provide it with institutions of self-government, are specific features that may not be found elsewhere. The Court itself had occasion, in June 1999, to refer to the "human tragedy, the loss of life, and the enormous suffering in Kosovo . . ." (*Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium), Provisional Measures, Order of 2 June 1999, I.C.J. Reports 1999 (I)*, p. 131, para. 16). Given this specific context there was, in my view, sufficient material before the Court to allow it to assess whether the situation in Kosovo reflected the type of exceptional circumstances that may transform an entitlement to internal self-determination into a right to claim separate statehood from the parent State.

14. This question has been considered in other fora. For example, the absence of such exceptional circumstances in the case of *Katanga* (DRC) was described by the African Commission of Human and Peoples' Rights as follows in the *Katangese Peoples' Congress v. Zaire*:

"In the absence of concrete evidence of violations of human rights to the point that the territorial integrity of Zaire should be called to question and in the absence of evidence that the people of Katanga are denied the right to participate in government as guaranteed by Article 13 (1) of the African Charter, the Commission holds the view that Katanga is obliged to exercise a variant of self-determination that is compatible with the sovereignty and territorial integrity of Zaire." (*Case 75/92, Katangese Peoples' Congress v. Zaire*, p. 1.)

In other words, the Commission held that the Katangese people should exercise their right to self-determination internally unless it could be clearly demonstrated that their human rights were egregiously violated by the Government of Zaire and that they were denied the right to participate in government.

15. Similarly, the Canadian Supreme Court in the *Reference re. Secession of Quebec*, while admitting that there may be a right to external self-

ser d'eux-mêmes, une situation exceptionnelle peut se faire jour, dans le cadre de laquelle un groupe ethniquement ou racialement distinct, auquel l'autodétermination interne est déniée, peut revendiquer un droit d'autodétermination externe ou de sécession pouvant effectivement mettre en question l'unité territoriale et la souveraineté de l'Etat.

13. Certes, la situation du Kosovo est particulière à de nombreux égards. C'est dans le contexte de son histoire et de son caractère particuliers que la question posée par l'Assemblée générale aurait dû être traitée. La dissolution violente de la Yougoslavie, le retrait de son autonomie au Kosovo par les autorités serbes, le nettoyage ethnique et les crimes contre l'humanité au Kosovo exposés dans le jugement *Milutinović* du TPIY (*Le procureur c. Milan Milutinović et consorts, jugement du 26 février 2009*), ainsi que la longue période pendant laquelle les Nations Unies ont administré le Kosovo, le séparant *de facto* de la Serbie pour protéger sa population et le doter d'institutions d'administration autonome, sont des caractéristiques particulières qui peuvent ne pas exister ailleurs. La Cour elle-même a eu l'occasion, en juin 1999, d'évoquer «le drame humain, les pertes en vies humaines et les terribles souffrances que connaît le Kosovo...» (*Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique), mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I)*, p. 131, par. 16). Etant donné le contexte particulier, la Cour avait à mon avis suffisamment d'éléments pour rechercher si la situation au Kosovo constituait le type de circonstances exceptionnelles de nature à transformer un droit à l'autodétermination interne en un droit de se constituer en Etat distinct de l'Etat parent.

14. Cette question a été examinée dans d'autres instances. C'est ainsi que la commission africaine des droits de l'homme et des peuples a analysé comme suit l'absence de telles circonstances exceptionnelles dans le cas du Katanga (RDC), dans l'affaire *Congrès du peuple katangais c. Zaïre* :

«En l'absence de preuve tangible à l'appui des violations des droits de l'homme à tel point qu'il faille mettre en cause l'intégrité territoriale du Zaïre et en l'absence de toute preuve attestant le refus au peuple katangais du droit de participer à la direction des affaires publiques conformément à l'article 13 1) de la Charte africaine, la Commission maintient que le Katanga est tenu d'user d'une forme d'autodétermination qui soit compatible avec la souveraineté et l'intégrité territoriale du Zaïre.» (*Affaire 75/92, Congrès du peuple katangais c. Zaïre*, p. 1.)

En d'autres termes, la commission a estimé que le peuple katangais devait exercer son droit à l'autodétermination à l'intérieur de l'Etat dans lequel il vivait, sauf s'il pouvait être clairement établi qu'il était victime de graves violations des droits de l'homme de la part du Gouvernement du Zaïre et que son droit de participer à la direction des affaires publiques lui était dénié.

15. De même, la Cour suprême du Canada, dans l'affaire du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, tout en admettant qu'un droit à l'auto-

determination where a people is denied any meaningful exercise of its right to self-determination internally, concluded as follows:

“A State whose government represents the whole of the people or peoples resident within its territory, on a basis of equality and without discrimination, and respects the principles of self-determination in its internal arrangements, is entitled to maintain its territorial integrity recognized by other States. Quebec does not meet the threshold of a colonial people or an oppressed people, nor can it be suggested that Quebecers have been denied meaningful access to government to pursue their political, economic, cultural and social development.” (*Reference by the Governor in Council concerning Certain Questions relating to the Secession of Quebec from Canada*, [1998] 2 SCR 217; 161 DLR (4th) 385; 115 ILR 536), para. 154.)

16. To determine whether a specific situation constitutes an exceptional case which may legitimize a claim to external self-determination, certain criteria have to be considered, such as the existence of discrimination against a people, its persecution due to its racial or ethnic characteristics, and the denial of autonomous political structures and access to government. A decision by the Security Council to intervene could also be an additional criterion for assessing the exceptional circumstances which might confer legitimacy on demands for external self-determination by a people denied the exercise of its right to internal self-determination. Nevertheless, even where such exceptional circumstances exist, it does not necessarily follow that the concerned people has an automatic right to separate statehood. All possible remedies for the realization of internal self-determination must be exhausted before the issue is removed from the domestic jurisdiction of the State which had hitherto exercised sovereignty over the territory inhabited by the people making the claim. In this context, the role of the international community, and in particular of the Security Council and the General Assembly, is of paramount importance.

17. In the specific case of Kosovo, the General Assembly has sought the advisory opinion of the Court to shed light on the accordance of the declaration of independence with international law which implied, in my view, the need for an assessment of whether the special situation of this territory, in view of its history and of the recent events that led to the United Nations interim administration and to its declaration of independence, could possibly entitle its people to a claim for separate statehood without the consent of its parent State. The Court had a unique opportunity to assess, in a specific and concrete situation, the legal conditions to be met for such a right of self-determination to materialize and give legitimacy to a claim of separation. It has unfortunately failed to

détermination externe pouvait exister lorsqu'un peuple était empêché d'exercer utilement son droit à l'autodétermination à l'intérieur de l'Etat dont il faisait partie, a conclu comme suit :

«Un Etat dont le gouvernement représente l'ensemble du peuple ou des peuples résidant sur son territoire, dans l'égalité et sans discrimination, et qui respecte les principes de l'autodétermination dans ses arrangements internes, a droit au maintien de son intégrité territoriale en vertu du droit international et à la reconnaissance de cette intégrité territoriale par les autres Etats. Le Québec ne constitue pas un peuple colonisé ou opprimé, et on ne peut pas prétendre non plus que les Québécois se voient refuser un accès réel au gouvernement pour assurer leur développement politique, économique, culturel et social.» (*Renvoi par le Gouverneur en conseil au sujet de certaines questions ayant trait à la sécession du Québec du reste du Canada*, [1998] 2 R.C.S. 217; 161 D.L.R. (4^e) 385; 115 Int. Law Reps. 536), par. 154.)

16. Pour déterminer si une situation particulière constitue un cas exceptionnel pouvant légitimer une revendication d'autodétermination externe, certains critères doivent être pris en considération, comme l'existence de discriminations à l'encontre d'un peuple, la persécution de celui-ci en raison de ses caractéristiques raciales ou ethniques, ou le déni de structures politiques autonomes et d'accès à la gestion des affaires publiques. Une décision d'intervenir prise par le Conseil de sécurité peut aussi être un critère lorsqu'il s'agit de chercher s'il existe des circonstances exceptionnelles de nature à légitimer les revendications d'autodétermination externe émanant de peuples auxquels est refusé l'exercice du droit à l'autodétermination à l'intérieur de l'Etat dans lequel ils vivent. Néanmoins, même dans de telles circonstances exceptionnelles, le peuple concerné n'a pas automatiquement le droit de se constituer un Etat distinct. Tous les recours internes permettant la réalisation de l'autodétermination à l'intérieur de l'Etat doivent avoir été épuisés pour que la question puisse être soustraite à la juridiction interne de l'Etat qui exerçait jusque-là sa souveraineté sur le territoire où ce peuple vit. Le rôle de la communauté internationale, et en particulier du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale, est à cet égard d'une importance capitale.

17. Dans le cas particulier du Kosovo, l'Assemblée générale avait sollicité l'avis consultatif de la Cour sur la conformité au droit international de la déclaration d'indépendance, ce qui impliquait à mon avis qu'il y avait lieu de déterminer si la situation particulière de ce territoire, compte tenu de son histoire et des événements récents ayant abouti à son administration intérimaire par l'Organisation des Nations Unies et à sa déclaration d'indépendance, pouvait habiliter son peuple à prétendre se constituer en Etat distinct sans le consentement de l'Etat parent. La Cour avait ainsi une occasion unique d'apprécier, dans une situation particulière et concrète, les conditions juridiques qui doivent être remplies pour que naisse un tel droit à l'autodétermination et qu'une revendication de

seize this opportunity, which would have allowed it to clarify the scope and normative content of the right to external self-determination, in its post-colonial conception, and thus to contribute, *inter alia*, to the prevention of unjustified claims to independence which may lead to instability and conflict in various parts of the world.

III. THE LEGAL NATURE OF UNMIK REGULATIONS

18. In paragraph 88 of the Advisory Opinion, the Court observes that: “[t]he Constitutional Framework derives its binding force from the binding character of resolution 1244 (1999) and thus from international law. In that sense it therefore possesses an international legal character”. This statement confuses the source of the authority for the promulgation of the Kosovo regulations and the nature of the regulations themselves. International administrations have to act in a dual capacity when exercising regulatory authority. Although they act under the authority of international institutions such as the United Nations, the regulations they adopt belong to the domestic legal order of the territory under international administration. The legislative powers vested in the SRSG in Kosovo under resolution 1244 are not for the enactment of international legal rules and principles, but to legislate for Kosovo and establish laws and regulations which are exclusively applicable at the domestic level. The fact that the exercise of legislative functions by the SRSG may be subject to the control of international law, or that they may have been derived from the authority conferred upon him by a resolution of the Security Council does not qualify these regulations as rules of international law for the purposes of the question put to the Court by the General Assembly.

19. The Constitutional Framework enacted by the SRSG operated as the Constitution of the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo (PISG) and was part of the internal laws of Kosovo which, as specifically provided in UNMIK regulation 1999/24, consisted of: “(a) the regulations promulgated by the Special Representative of the Secretary-General and subsidiary instruments thereunder; and (b) the law in force in Kosovo on 22 March 1989”. There are no differences in the legal effects or binding force of the laws existing in Kosovo, irrespective of whether they were issued by UNMIK or by Yugoslavia/Serbia before 1989. The Constitutional Framework as well as all other regulations enacted by the SRSG are part of a domestic legal system established on the basis of authority derived from an international legal source. The existence of this authority does not however qualify them as part of international law. Rather, they belong to the legal system which governs Kosovo during the interim period and beyond. They are part of a territorially-based legislation which was enacted solely and exclusively for

séparation soit légitimée. Elle n'a malheureusement pas saisi cette occasion, qui lui aurait permis de préciser la portée et le contenu normatif du droit à l'autodétermination externe dans sa conception postcoloniale, et de contribuer ainsi, entre autres, à prévenir des revendications d'indépendance injustifiées qui peuvent être des facteurs d'instabilité et de conflit dans diverses régions du monde.

III. LE CARACTÈRE JURIDIQUE DES RÈGLEMENTS DE LA MINUK

18. Au paragraphe 88 de son avis consultatif, la Cour fait observer que: «[l]e cadre constitutionnel tient sa force obligatoire du caractère contraignant de la résolution 1244 (1999) et, partant, du droit international. En ce sens, il revêt donc un caractère juridique international.» Par cette affirmation, elle confond la source du pouvoir de promulguer des règlements au Kosovo et la nature de ces règlements. Les administrations internationales sont appelées à agir à un double titre lorsqu'elles exercent leur pouvoir réglementaire. Bien qu'elles agissent sous l'autorité d'institutions internationales comme l'Organisation des Nations Unies, les règlements qu'elles adoptent relèvent de l'ordre juridique interne du territoire sous administration internationale. Les pouvoirs législatifs dont le représentant spécial du Secrétaire général au Kosovo est investi par la résolution 1244 ne lui sont pas conférés pour promulguer des règles et principes juridiques internationaux, mais pour légiférer au Kosovo et adopter des lois et règlements applicables exclusivement au plan interne. Que l'exercice de ses fonctions législatives par le représentant spécial du Secrétaire général puisse être soumis au contrôle du droit international, ou que ces fonctions puissent découler de pouvoirs qui lui sont conférés par une résolution du Conseil de sécurité, ne fait pas de ces règlements des règles de droit international aux fins de la question posée à la Cour par l'Assemblée générale.

19. Le cadre constitutionnel promulgué par le représentant spécial du Secrétaire général faisait office de Constitution des institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo et faisait partie de la législation interne du Kosovo, qui, comme l'indique expressément le règlement 1999/24 de la MINUK, est constituée par: «a) les règlements promulgués par le représentant spécial du Secrétaire général et les textes subsidiaires publiés en vertu de ceux-ci; et b) la législation en vigueur au Kosovo le 22 mars 1989». Il n'existe aucune différence, du point de vue de leurs effets juridiques ou de leur force obligatoire, entre les lois en vigueur au Kosovo selon qu'elles ont été promulguées par la MINUK ou par la Yougoslavie/Serbie avant 1989. Le cadre constitutionnel et les autres règlements adoptés par le représentant spécial du Secrétaire général font partie d'un système de droit interne établi en vertu d'une autorité découlant d'une source juridique internationale. L'existence de cette autorité ne fait toutefois pas de ces règlements des instruments de droit international. Ils appartiennent simplement à l'ordre juridique régissant le

the administration of that territory. This is made clear by the interface with pre-existing Yugoslav/Serbian legislation enacted before 1989 which is also still in force in Kosovo.

20. The question put to the Court by the General Assembly concerns the accordance of the declaration of independence of Kosovo with international law. The Constitutional Framework enacted by the SRSG is not part of international law. Even if the declaration of independence was adopted by the PISG in violation of the Constitutional Framework, such action could only be considered as *ultra vires* in respect of the domestic law of Kosovo, and would have to be dealt with by the SRSG, in his quality as administrator of the territory, or by the Supreme Court of Kosovo. Thus, there was no need for the Court to state that the

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

It is also a very unpersuasive argument.

21. The question on which the General Assembly requested the Advisory Opinion explicitly referred to the “Declaration of Independence by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo”. Moreover, the Court was not requested to give an advisory opinion on the compatibility of the declaration of independence with the Constitutional Framework which, in my view, is not part of international law, and should not have therefore been taken into account in assessing the accordance of the declaration of independence of Kosovo with international law.

(Signed) Abdulqawi A. YUSUF.

Kosovo durant la période intérimaire et au-delà. Ils font partie d'une législation applicable sur un territoire, adoptée aux seules fins d'administrer ce territoire. C'est ce qu'atteste leur relation avec la législation yougoslave/serbe préexistante, adoptée avant 1989, qui est aussi en vigueur au Kosovo.

20. La question posée à la Cour par l'Assemblée générale concernait la conformité au droit international de la déclaration d'indépendance du Kosovo. Le cadre constitutionnel adopté par le représentant spécial du Secrétaire général ne fait pas partie du droit international. Même si la déclaration d'indépendance a été adoptée par les institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo en violation du cadre constitutionnel, cette adoption ne peut être considérée comme *ultra vires* qu'au regard du droit interne du Kosovo, et c'est au représentant spécial du Secrétaire général, en sa qualité d'administrateur du territoire, ou à la Cour suprême du Kosovo qu'il reviendrait d'en connaître. Ainsi, la Cour n'avait nul besoin d'affirmer que

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

Il s'agit en outre d'un argument peu convaincant.

21. La question par laquelle l'Assemblée générale a sollicité l'avis consultatif visait expressément la «Déclaration d'indépendance des institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo». De plus, il n'était pas demandé à la Cour de donner un avis consultatif sur la compatibilité de la déclaration d'indépendance avec le cadre constitutionnel, qui, selon moi, ne fait pas partie du droit international, et qu'il ne fallait donc pas prendre en considération pour apprécier la conformité de la déclaration d'indépendance du Kosovo au droit international.

(Signé) Abdulqawi A. YUSUF.