

Het advies van het Internationaal Gerechtshof over de onafhankelijkheidsverklaring van Kosovo

Wat het Hof wel en niet gezegd heeft

Op 22 juli 2010 heeft het Internationaal Gerechtshof uitspraak gedaan over de overeenstemming van de onafhankelijkheidsverklaring van Kosovo met het internationaal recht. Met een relatief stevige meerderheid van tien stemmen tegen vier oordeelde het Hof dat de onafhankelijkheidsverklaring niet strijdig is met het internationaal recht.

De Algemene Vergadering van de Verenigde Naties had op 8 oktober 2008 een resolutie aangenomen waarbij het Internationaal Gerechtshof gevraagd werd een advies te geven over de vraag: 'is de eenzijdige onafhankelijkheidsverklaring door de provisionele instellingen voor zelfbestuur van Kosovo in overeenstemming met het internationaal recht?'. De resolutie werd – niet verrassend – gesteund door Servië, dat duidelijkheid wenste over de rechtmatigheid van de Kosovaarse onafhankelijkheid.

De langverwachte uitspraak heeft voor veel discussie en ophef gezorgd. Het Hof kwam uiteindelijk tot het besluit dat de eenzijdige onafhankelijkheidsverklaring van de Kosovaarse instellingen niet strijdig was met het internationaal recht, noch met Veiligheidsraadsresolutie 1244 (1999), die het tijdelijk internationaal bestuur over Kosovo instelde. Ondanks het duidelijke antwoord zullen de gevolgen van de uitspraak gering blijven, niet alleen omdat de vraag zelf, en dus de draagwijdte van de uitspraak, beperkt is, maar ook omdat de precedentwerking van de uitspraak niet overschat mag worden.

Discretionaire rechtsmacht van het Hof

Artikel 65 van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof voorziet dat het Hof een advies *mag* geven over juridische vragen die het voorgeschoteld krijgt van hiertoe bevoegde instellingen (staten kunnen geen advies vragen). De vaststaande rechtspraak van het Hof is dat deze bepaling een discretionaire macht geeft aan het Hof om de vraag niet te beantwoorden als deze incompatibel zou zijn met het rechtsprekend karakter van het Hof. Het Hof heeft echter steeds herhaald dat een vraag *in principe* wel beantwoord zal worden, omdat het Hof zijn adviesverlenende functie ziet als een deel-

name aan de activiteiten van de VN, waarvan het ten slotte een subsidiair orgaan is. Als echter een 'compelling reason' aanwezig is, zou het Hof alsnog weigeren in te gaan op de vraag. Voorbeeld van zo'n reden zou kunnen zijn, aldus het Hof, omzeiling van het principe dat staten moeten instemmen met de rechtsmacht van het Hof in contentieuze zaken door een geschil tussen twee of meer staten voor het Hof te brengen via de adviesprocedure.

In de huidige zaak hadden meerdere staten het Hof opgeroepen niet in te gaan op de vraag, omdat er in dit geval een 'compelling reason' aanwezig zou zijn.¹ Eén van deze redenen was dat de vraag niet als doel had de Algemene Vergadering van de VN (AVVN) bij te staan in haar functie, maar om enkel de belangen van één staat te dienen, namelijk Servië.² Servië had in de AVVN immers verklaard dat een stem tegen de resolutie strijdig zou zijn met het recht van elke VN-lidstaat via de VN een advies te vragen aan het Hof over een materie die hem aanbelangt. Met deze verklaring bevestigde Servië indirect dat de vraag eigenlijk alleen tot doel had een juridische oplossing te bieden voor het conflict tussen Servië en de Kosovaarse instellingen, enerzijds, en Servië en de landen die Kosovo erkend hebben, anderzijds.

Het Hof herhaalt dat een advies in principe dient om de instellingen van de VN bij te staan in de uitoefening van hun functies; het motief achter de vraag is echter niet relevant voor het Hof. Het gebrek aan enige verduidelijking hieromtrent in de resolutie is geen 'compelling reason' die van dien aard is te weigeren op de vraag in te gaan. De motivatie achter de vraag in deze zaak ligt echter voor de hand en toont duidelijk aan dat het niet zozeer de AVVN was die behoefte had aan juridische richtlijnen, maar eerder Servië en de andere staten. Vanuit juridisch oogpunt valt hier echter weinig op aan te merken, aangezien het formeel inderdaad de AVVN is die de vraag stelt. De discussie is evenwel interessant en kenmerkend voor de meeste vragen die aan het Hof gesteld werden, en die, in feite, altijd betrekking hebben op een geschil tussen één of meer staten.

Wat het hof wel en niet gezegd heeft

Zoals het Hof zelf stelt, is de draagwijdte van de vraag zowel nauw als specifiek. De rechtsvraag van de AVVN betreft overeenstemming van de onafhankelijkheidsverklaring met het internationaal recht. Het al dan niet bestaan van Kosovo als onafhankelijke staat, de juridische gevolgen van de onafhankelijkheidsverklaring en van de onafhankelijkheid *in se* van Kosovo, evenals de rechtmatigheid van de erkenning van Kosovo door verscheidene staten werden dus *niet* behandeld. De nauwe interpretatie die het Hof aan de vraag geeft, lijkt op zich zelf terecht. Men kan zich niettemin afvragen of het Hof door de vraag negatief te interpreteren – ‘verbiedt het internationaal recht het aannemen van een onafhankelijkheidsverklaring’ in plaats van ‘is de onafhankelijkheidsverklaring in overeenstemming met het internationaal recht’ – niet te restrictief was.³ Het Hof kan bogen op voorgaande, beduidend breder geformuleerde rechtsvragen. Het Hof duidt terecht op vorige adviezen, waarbij de Algemene Vergadering aanzienlijk uitgebreide vragen formuleerde en expliciet informeerde naar de gevolgen van een bepaalde situatie voor de VN en de lidstaten. Zo werd bij de vraag over de rechtmatigheid

“Het beginsel van territorialiteit geldt alleen tussen staten.”

van de muur in de Palestijnse gebieden geïnformeerd over de overeenstemming van de bouw van de muur met het internationaal recht, maar ook welke gevolgen dit had voor derde staten.

Het Hof verduidelijkt eveneens dat de aard en omvang van de vraag sterk verschilt van de vraag die aan het Canadese *Supreme Court* gesteld werd in de zaak aangaande het recht van Quebec zich af te scheiden van Canada. Daar werd duidelijk gevraagd naar het mogelijke *recht* op secessie of *recht* op onafhankelijkheid van een territoriale entiteit binnen een staat. Met andere woorden, in de Quebec-zaak werd gepolst naar het bestaan van een positief recht op onafhankelijkheid, dit in tegenstelling tot de Kosovo-zaak, waar het Hof alleen gevraagd werd een uitspraak te doen over de rechtmatigheid van de onafhankelijkheidsverklaring van Kosovo. Om die reden heeft het Hof geweigerd in te gaan op het argument als zou de onafhankelijkheid van Kosovo de verwezenlijking zijn van een vermeend recht op een ‘remedial secession’, het vaak genoemd doch uiterst betwiste recht van een minderheid zich onafhankelijk te verklaren indien de moederstaat systematisch de mensenrechten en het recht op zelfbeschikking van deze minderheid met voeten treedt.⁴

De nauwe formulering van de vraag is echter geen toeval. Enerzijds had Servië een meerderheid nodig.

Een breed geformuleerde vraag, over bijvoorbeeld het (algemeen) recht van minderheden of andere territoriale eenheden zich af te scheiden van de moederstaat, zou, gezien de potentiële gevolgen voor de talrijke afscheidingsbewegingen binnen staten, waarschijnlijk geen meerderheid in de AVVN gehaald hebben. Een tweede reden is dat Servië hoogstwaarschijnlijk zelf enige manoeuvreerruimte wilde behouden bij een negatief uitvallend advies.⁵ Zoals ook blijkt uit de reactie van Servië onmiddellijk na de uitspraak, heeft het advies van het Hof immers weinig of geen invloed op de bestaande erkenningen, noch houdt het advies enige verplichting in Kosovo te erkennen, omdat juist de draagwijdte van de uitspraak beperkt is.

Na een analyse van de feiten rond de onafhankelijkheidsverklaring stelt het Hof dat de verklaring niet strijdt met internationaal recht en dat dit recht géén verbod kent op het aannemen van onafhankelijkheidsverklaringen. Het argument dat eenzijdige onafhankelijkheidsverklaringen per definitie strijdig zijn met het internationaal recht, omdat dergelijke handelingen ingaan tegen de territoriale integriteit van de staat waarvan de entiteit zich wil afscheiden, werd door het Hof evenmin aanvaard.⁶ Terecht stelt

het Hof dat territoriale integriteit een fundamenteel principe is van het internationaal recht, maar dat een dergelijk beginsel enkel geldt *tussen staten onderling*.

Het tweede argument betrof overeenstemming van de onafhankelijkheidsverklaring met Resolutie 1244 (1999) van de Veiligheidsraad. Deze Resolutie had een internationaal bestuur ingesteld over Kosovo, waarbij de VN, samen met andere instellingen, zoals de OVSE en het VN-Mensenrechtencommissariaat, de complete rechterlijke, wetgevende en uitvoerende macht verkreeg over de Servische provincie. Op basis van die resolutie werden onder meer ‘Voorlopige Instellingen voor Zelfbestuur’ opgericht, die functioneerden onder een ‘Grondwettelijk Kader voor Voorlopig Zelfbestuur’, dat in werkelijkheid dezelfde bepalingen bevat als een grondwet, maar dat om evidente redenen de benaming grondwet niet kon dragen. Over het statuut van de provincie bleef Resolutie 1244 nogal vaag, aangezien zij er enkel in voorzag dat de Speciale Vertegenwoordiger van de secretaris-generaal als taak had ‘[f]acilitating a political process designed to determine Kosovo’s future status (...)’ en ‘[i]n a final stage, overseeing the transfer of authority from Kosovo’s provisional institutions to institutions established under a political settlement’.⁷

Om de vraag van de compatibiliteit van de onafhankelijkheidsverklaring met Resolutie 1244 te be-

antwoorden, gaat het Hof eerst na wie de auteurs zijn van de verklaring, om vervolgens te onderzoeken of die auteurs als geadresseerden van Resolutie 1244 beschouwd kunnen worden.⁸ Het Hof stelt eerst dat de verklaring niet valt binnen het Grondwettelijk Kader van Kosovo, en dat dit trouwens ook niet zou kunnen, aangezien de verklaring expliciet aangenomen werd om effecten te ressorteren *buiten* de bestaande juridische orde van Kosovo. De afwezigheid van elke juridische reactie door de Speciale Vertegenwoordiger van de secretaris-generaal – die toen het hoofd van het tijdelijk internationaal bestuur was en in die hoedanigheid het vetorecht bezat tegen besluiten die indruisten tegen het Grondwettelijk Kader en/of Resolutie 1244 – versterkt volgens het Hof deze gevolgtrekking.

Het Hof stelt eveneens vast dat de verklaring aangenomen werd door de ‘democratisch verkozen leiders van het Kosovaarse volk’, buiten elke formele verwijzing naar de ‘Voorlopige Instellingen voor Zelfbestuur’, waaronder de Kosovaarse Algemene Vergadering. Het Hof vergelijkt de door deze Kosovaarse Algemene Vergadering aangenomen resoluties met de onafhankelijkheidsverklaring en concludeert dat de verklaring niet gezien kan worden als een handeling van deze Algemene Vergadering. De auteur van de verklaring is dus niet één van de Voorlopige Instellingen voor Zelfbestuur.

Wat betreft de overeenstemming van de verklaring met Resolutie 1244 stelt het Hof eerst dat het doel van de resolutie het creëren van een tijdelijk bestuur was, en dat er geen bepalingen zijn die het statuut van Kosovo vaststellen. Bovendien bevat Resolutie 1244 geen bepalingen die gericht zijn aan Kosovaarse leiders of andere niet-statelijke actoren (de ‘auteurs’ van de verklaring), dit in tegenstelling tot andere voorheen aangenomen resoluties. Bijgevolg bevat Resolutie 1244 geen verbod gericht tot de auteurs van de onafhankelijkheidsverklaring om een dergelijke verklaring aan te nemen.

Gevolgen van de beslissing en grenzen van de adviesverlenende functie

Gezien de beperkte interpretatie van de rechtsvraag door het Hof wordt er veel gespeculeerd over de gevolgen en de betekenis van de uitspraak voor Kosovo, Servië, derde staten en eventueel andere (separatistische) minderheden. Hoewel in de media onmiddellijk na de uitspraak onterecht geopperd werd dat het Hof de onafhankelijkheid van Kosovo goedkeurde of erkende,⁹ is de draagwijdte van de uitspraak veel beperkter.

Eerst en vooral geldt dat het Hof zelf de *grenzen van de rechtsvraag* en dus van zijn *uitspraak* heeft bepaald. De waarde van de uitspraak is beperkt tot de vaststelling dat onder het internationaal recht de Kosovaarse instellingen die de verklaring hebben aangenomen,

niet het internationaal recht geschonden hebben. Dit brengt mee dat het Hof *niet* gezegd heeft dat Kosovo het recht had zich onafhankelijk te verklaren of dat het internationaal recht een algemeen positief recht verleent aan deelstaten of minderheden om zich onafhankelijk te verklaren. Noch betekent de uitspraak dat Kosovo nu een onafhankelijke staat is. Of een staat onafhankelijk is of niet, wordt beoordeeld aan de hand van verscheidene criteria, waaronder de effectiviteit van de regering op intern en internationaal vlak, in het bijzonder de mogelijkheid betrekkingen aan te gaan met andere staten. Het Hof heeft expliciet en onverbloemd verklaard dat het zich niet zou uitspreken over deze vragen.

De uitspraak is bovendien heel sterk gericht op de bijzondere situatie van Kosovo, zoals de interpretatie van Resolutie 1244. Zo verwijst het Hof naar de situatie in Cyprus en de voor die situatie relevante resoluties van de Veiligheidsraad, waar duidelijk te lezen is dat de oplossing van het geschil slechts gebaseerd kan zijn op één enkele Cypriotische staat, met één enkele internationale rechtspersoonlijkheid en één enkel burgerschap.¹⁰ Het gebruik van deze uitspraak zal in dergelijke situaties dus uiterst beperkt zijn.

De vaststelling dat het algemeen internationaal recht géén verbod bevat op het aannemen van onafhankelijkheidsverklaringen, heeft duidelijk een algemene strekking. De verduidelijking die het Hof hier maakt, is terecht; zij kan door andere afscheidingsbewegingen gebruikt of misbruikt worden om een onafhankelijkheidsverklaring aan te nemen, maar ook niet meer dan dat. Of dit zal leiden tot een golf van onafhankelijkheidsverklaringen en of de uitspraak separatistische bewegingen daartoe zal aansporen, is uiterst betwistbaar, en onwaarschijnlijk. Eerst en vooral zal een aandachtige lezer van het arrest eveneens tot de conclusie komen dat de draagwijdte van de uitspraak beperkt is. Vervolgens blijkt uit de realiteit van het internationaal recht en de internationale betrekkingen dat de *erkenning* van staten, ondanks de gangbare theorie dat die slechts declaratief en niet constitutief is, van fundamenteel belang is. De massale erkenning van een entiteit of de totale afwezigheid van erkenning is in de praktijk doorslaggevend. De loutere aanvaarding van een onder het internationaal recht niet onrechtmatige onafhankelijkheidsverklaring zal dus niet altijd en automatisch leiden tot een nieuwe onafhankelijke staat.

Wat zijn nu de *gevolgen* voor Kosovo en Servië zelf? Servië heeft onmiddellijk na de uitspraak gereageerd en verduidelijkt dat het nooit een onafhankelijk Kosovo zal erkennen.¹¹ Onder het internationaal recht bestaat er inderdaad géén *verplichting* voor staten een nieuwe staat te erkennen. Bovendien zorgt de beperkte draagwijdte van de vraag ervoor dat het Hof

zich niet uitgesproken heeft over het al dan niet bestaan van Kosovo als onafhankelijke staat, noch over de gevolgen van zijn uitspraak voor Servië of derde staten. De nauwe vraagstelling kan overigens deels te verklaren zijn door de marge die Servië wenste te behouden in geval van een negatieve uitspraak. Niets verplicht Servië dus Kosovo te erkennen.

Naast de afwezigheid in het internationaal recht van een *verplichting* staten te erkennen, bevat het internationaal recht evenmin een algemeen *verbod* om staten te erkennen, zelfs indien deze *niet* zouden voldoen aan de vereiste kenmerken van een staat. Staten zijn dus volledig vrij een staat te erkennen of niet. De enige uitzondering op deze regel is het verbod voor staten een territoriale situatie te erkennen die het gevolg zou zijn van onrechtmatige annexatie van een gebied door gebruik van geweld of van schending van een regel van *jus cogens* (zoals genocide of rassen-discriminatie). In het geval van Kosovo kan dit niet ingeroepen worden, omdat de onafhankelijkheidsverklaring van Kosovo niet het rechtstreekse gevolg was van de militaire interventie van de NAVO, die eigenlijk in strijd was met de toen geldende regels van internationaal recht. De tijd die is verlopen tussen de interventie in 1999 en de onafhankelijkheidsverklaring in 2008, en het VN-interimbestuur in die periode, betekenen dat de onafhankelijkheidsverklaring van Kosovo niet gezien kan worden als direct gevolg van de militaire operatie van de NAVO.

Een hiermee verwante vraag is of derde staten, door Kosovo te erkennen, niet handelen in strijd met de territoriale integriteit en soevereiniteit van Servië. We stelden dat onafhankelijkheidsverklaringen onder meer niet strijdig zijn met het internationaal recht en dat het beginsel van de territoriale integriteit enkel geldt *tussen staten*. De erkenning van een onafhankelijke staat door een derde staat zou dus wel een inbreuk kunnen vormen op het internationaalrechtelijk beginsel van de territoriale integriteit, doordat de erkenning gekwalificeerd zou kunnen worden als een inmenging in interne aangelegenheden, *in casu* van Servië. Het Internationaal Gerechtshof heeft in vorige zaken, waaronder de bekende *Nicaragua*-zaak, echter al gesteld dat het verbod van inmenging in interne aangelegenheden van de staat 'forbids all States or groups of States to intervene directly or indirectly in internal or external affairs of other States'. Het Hof verklaarde dat de '[i]ntervention is wrongful when it uses methods of coercion in regard to such choices, which must remain free ones. The element of coercion, [...] defines, and indeed forms the very essence of, prohibited intervention.' Bij afwezigheid van enige vorm van 'dwang', zal de erkenning van Kosovo *niet* gekwalificeerd kunnen worden als een niet toegestane interventie in de interne aangelegenheden van

Servië.¹² Staten behouden dus de vrijheid Kosovo als staat te erkennen, zonder dat die erkenning als een inbreuk op de soevereiniteit van Servië kan worden beschouwd.

Kortom, het besluit van het Hof dat de eenzijdige onafhankelijkheidsverklaring niet strijdig was met het internationaal recht, noch met Veiligheidsraadsresolutie 1244 (1999), is wel een doorn in het oog van Servië, maar de concrete gevolgen van de uitspraak zullen gering zijn. De uitspraak is een advies van het Hof aan de Algemene Vergadering van de VN, en niet aan de staten, terwijl het advies als zodanig niet bindend is. De precedentwerking van de uitspraak mag niet overschat worden. De *erkenning* van staten is in de praktijk van fundamenteel belang. Nieuwe onafhankelijkheidsverklaringen zullen hoogstwaarschijnlijk niet leiden tot een massale erkenning van nieuwe staten.

Dr. Eric De Brabandere is Universitair Docent Internationaal Recht aan de Universiteit Leiden.

Noten

1 Internationaal Gerechtshof, *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, 22 juli 2010, §§ 17 e.v. [hierna 'Kosovo-advies'].

2 *Ibid.*, §§ 32 e.v.

3 Zie o.a. de 'dissenting opinions' van rechters Simma en Yusuf.

4 Kosovo-advies, §§ 82 e.v.

5 Zie ook interview van Eric David door Julien Thomas (red.), 'Kosovo : "La Cour a appelé un chat, un chat" selon Eric David' (24 juli 2010).

6 Kosovo-advies, § 80.

7 *Ibid.*, § 11, (e) en (f), Resolutie 1244 (1999), 10 juni 1999.

8 *Ibid.*, §§ 102 e.v.

9 Zie bijv. 'Gerechtshof geeft zegen aan Kosovo', in: *de Volkskrant*, 22 juli 2010. Zie ook 'Gerechtshof: onafhankelijkheid Kosovo rechtmatig', in: *NRC Handelsblad*, 22 juli 2010; en 'Kosovo's independence is legal, UN court rules', in: *The Guardian*, 22 juli 2010; 'ICJ says Kosovo statehood "legal"', *Al-Jazeera*, 22 juli 2010. Zie echter 'Uitspraak Gerechtshof geen vrijbrief voor andere landen: Uitroepen onafhankelijkheid Kosovo was niet onrechtmatig', in: *Trouw*, 22 juli 2010; en 'Kosovo independence not illegal, says UN court', *BBC News*, 22 juli 2010.

10 Kosovo-advies, § 114.

11 Zie 'Serbia rejects Kosovo court ruling – Europe', *Al Jazeera*, 22 juli 2010; en 'Serbia will never recognize Kosovo's independence, says foreign minister', *Focus Information Agency*, 22 juli 2010.

12 Internationaal Gerechtshof, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, 27 juni 1986, *I.C.J. Reports 1986*, § 205, blz. 9.