

DECLARATION OF JUDGE SIMMA

The Court's interpretation of the General Assembly's request is unnecessarily limited and potentially misleading — The Court's approach reflects an outdated view of international law — The request deserves a more comprehensive answer, assessing both permissive and prohibitive rules of international law — Yet, the Court's embrace of "Lotus" entails that everything which is not expressly prohibited carries with it the same colour of legality — The Court could have explored whether international law can be deliberately neutral or silent on a certain issue, and whether it allows for the concept of toleration — By so limiting itself, the Court has reduced the advisory quality of the Opinion.

1. Although I concur with the Court on the great majority of its reasoning and on the ultimate reply it has given to the General Assembly, I have concerns about its unnecessarily limited — and potentially misleading — analysis. Specifically, in paragraph 56, the Advisory Opinion interprets the General Assembly's request to ask only for an assessment of whether the Kosovar declaration of independence was adopted in violation of international law, and it does so in a way that I find highly problematic as to the methodology used. In my view, this interpretation not only goes against the plain wording of the request itself, the neutral drafting of which asks whether the declaration of independence was "in accordance with international law" (see Advisory Opinion, paragraph 1); it also excludes from the Court's analysis any consideration of the important question whether international law may specifically permit or even foresee an entitlement to declare independence when certain conditions are met.

2. I find this approach disquieting in the light of the Court's general conclusion, in paragraph 3 of the operative clause (*ibid.*, para. 123), that the declaration of independence "did not violate international law". The underlying rationale of the Court's approach reflects an old, tired view of international law, which takes the adage, famously expressed in the "*Lotus*" Judgment, according to which restrictions on the independence of States cannot be presumed because of the consensual nature of the international legal order ("*Lotus*", *Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10*, p. 18). As the Permanent Court did in that case (*ibid.*, pp. 19-21), the Court has concluded in the present Opinion that, in relation to a specific act, it is not necessary to demonstrate a permissive rule so long as there is no prohibition.

3. In this respect, in a contemporary international legal order which is strongly influenced by ideas of public law, the Court's reasoning on this

DÉCLARATION DE M. LE JUGE SIMMA

[Traduction]

L'interprétation que fait la Cour de la demande de l'Assemblée générale est par trop restrictive et susceptible d'induire en erreur — L'approche de la Cour dénote une conception dépassée du droit international — La demande aurait mérité une réponse plus complète, passant par l'analyse de règles tant permissives que prohibitives du droit international — Selon le principe du Lotus, sur lequel s'est fondée la Cour, tout ce qui n'est pas expressément interdit est uniformément licite — La Cour aurait pu se demander si le droit international peut être neutre ou délibérément muet sur certaines questions et s'il peut faire place à la notion de « tolérance » — En adoptant ainsi une approche limitative, la Cour a réduit la qualité consultative de son avis.

1. Bien que je souscrive à la plupart des motifs avancés par la Cour ainsi qu'à la réponse qu'elle a donnée à l'Assemblée générale, je crains que son analyse n'ait été par trop restrictive et qu'elle ne soit susceptible d'induire en erreur. En particulier, au paragraphe 56 de l'avis consultatif, la demande de l'Assemblée générale est interprétée comme visant simplement à obtenir un avis sur la question de savoir si la déclaration d'indépendance du Kosovo a été adoptée en violation ou non du droit international, et ce, d'une manière que je considère comme très discutable sur le plan méthodologique. A mon sens, cette interprétation non seulement va à l'encontre du libellé même de la demande, qui pose en termes neutres la question de la « conformité au droit international » de la déclaration d'indépendance (voir avis consultatif, par. 1), mais encore elle soustrait à l'examen de la Cour la question de savoir si le droit international peut permettre expressément ou même prévoir un droit à l'indépendance lorsque certaines conditions sont remplies.

2. Je trouve cette approche troublante compte tenu de la conclusion générale de la Cour figurant au paragraphe 3 du dispositif (*ibid.*, par. 123), selon laquelle la déclaration d'indépendance « n'a pas violé le droit international ». La logique qui sous-tend l'approche suivie par la Cour dénote une conception ancienne et vieillie du droit international, fondée qu'elle est sur le fameux adage figurant dans l'arrêt rendu en l'affaire du *Lotus*, selon lequel les limitations posées à l'indépendance d'un Etat ne se présumant pas, l'ordre juridique international étant par nature consensuel (*Lotus*, arrêt n° 9, 1927, C.P.J.I. série A n° 10, p. 18). Comme la Cour permanente dans l'affaire du *Lotus* (*ibid.*, p. 19-21), la Cour a conclu dans le présent avis que, en ce qui concerne un acte spécifique, il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'une règle permissive dès lors qu'il n'existe pas d'interdiction.

3. Sur ce point, dans le contexte actuel d'un ordre juridique international fortement influencé par des idées venues du droit public, le raison-

point is obsolete. By way of explanation, I wish to address two points in the present declaration. First, by unduly limiting the scope of its analysis, the Court has not answered the question put before it in a satisfactory manner. To do so would require a fuller treatment of both prohibitive and permissive rules of international law as regards declarations of independence and attempted acts of secession than what was essayed in the Court's Opinion. Secondly, by upholding the *Lotus* principle, the Court fails to seize a chance to move beyond this anachronistic, extremely consensualist vision of international law. The Court could have considered the scope of the question from an approach which does not, in a formalistic fashion, equate the absence of a prohibition with the existence of a permissive rule; it could also have considered the possibility that international law can be neutral or deliberately silent on the international lawfulness of certain acts.

4. With regard to my first point, I wish to recall the wording of the General Assembly's request, which asked whether Kosovo's declaration of independence was "in accordance with international law" (Advisory Opinion, para. 1). The Opinion considers that in order to answer this request, all the Court needs to do is to assess whether there exists, under international law, a prohibitive rule, thus satisfied that the lack of a violation of international law entails being in accordance therewith (*ibid.*, para. 56). This interpretation, however, does not sit easily with the actual wording of the request, which deliberately does not ask for the existence of either a prohibitive or permissive rule under international law. Had the General Assembly wished to limit its request in such a manner, it could easily have chosen a clear formulation to that effect. The term "in accordance with" is broad by definition.

5. It is true that the request is not phrased in the same way as the question posed to the Supreme Court of Canada (asking for a "right to effect secession": see *ibid.*, paragraph 55). However, this difference does not justify the Court's determination that the term "in accordance with" is to be understood as asking *exclusively* whether there is a prohibitive rule; according to the Court, if there is none, the declaration of independence is *ipso facto* in accordance with international law.

6. In addition, many of the participants, including the authors of the declaration of independence, invoked arguments relating the right to self-determination and the issue of "remedial secession" in their pleadings (see *ibid.*, paragraph 82). The Court could have addressed these arguments on their merits; instead, its restrictive understanding of the scope of the question forecloses consideration of these arguments altogether. The relevance of self-determination and/or remedial secession remains an important question in terms of resolving the broader dispute in Kosovo and in comprehensively addressing all aspects of the accordance with international law of the declaration of independence. None other than the authors of the declaration of independence make reference to the "will of [their] people" in operative paragraph 1 thereof, which is a fairly clear reference to their purported exercise of self-determination (see

nement de la Cour est dépassé. A titre d'explication, je ferai ici deux observations. Premièrement, en limitant indûment la portée de son analyse, la Cour n'a pas répondu de manière satisfaisante à la question qui lui était posée. Pour ce faire, elle aurait dû examiner de façon plus poussée les règles tant prohibitives que permissives du droit international concernant les déclarations d'indépendance et les tentatives de sécession. Deuxièmement, en se fondant sur le principe du *Lotus*, la Cour n'a pas su saisir l'occasion de dépasser cette vision anachronique extrêmement «consensualiste» du droit international. Elle aurait pu envisager la question dans une autre perspective, et ne pas se contenter d'assimiler de manière formaliste absence d'interdiction et existence d'une règle permissive; elle aurait pu aussi examiner la possibilité que le droit international soit neutre ou délibérément muet quant à la licéité de certains actes.

4. En ce qui concerne mon premier argument, je voudrais rappeler le libellé de la demande de l'Assemblée générale, qui voulait savoir si la déclaration d'indépendance du Kosovo était «conforme au droit international» (avis consultatif, par. 1). Dans son avis, la Cour considère que, pour répondre à cette question, il lui suffit de vérifier s'il existe, en droit international, une règle prohibitive en la matière, considérant donc que, en l'absence de violation du droit international, il y a conformité avec celui-ci (*ibid.*, par. 56). Cette interprétation, cependant, cadre mal avec les termes mêmes de la demande, qui ne pose délibérément pas la question de l'existence d'une règle prohibitive ou permissive en droit international. Si l'Assemblée générale avait voulu limiter ainsi la portée de sa question, elle aurait aisément pu choisir un autre libellé qui l'aurait indiqué clairement, l'expression «conforme au» revêtant par nature un sens plus large.

5. Certes, la demande n'est pas rédigée de la même manière que la question posée à la Cour suprême du Canada (qui portait sur un «droit de procéder ... à la sécession» — voir *ibid.*, p. 55), mais cette différence ne justifie pas la conclusion de la Cour selon laquelle l'expression «conformité au» doit être interprétée comme renvoyant *exclusivement* à la question de l'existence d'une règle prohibitive, la déclaration d'indépendance étant, en l'absence d'une telle règle, conforme au droit international.

6. En outre, de nombreux participants à la procédure, y compris les auteurs de la déclaration d'indépendance, ont fait valoir des arguments liés au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et à la question de la «sécession-remède» (voir *ibid.*, par. 82). La Cour aurait pu examiner le fond même de ces arguments, mais son interprétation restrictive du champ de la question l'en a empêchée. Or, la question de la pertinence des notions d'autodétermination et de «sécession-remède» est importante pour la solution du différend du Kosovo dans son ensemble et l'examen exhaustif de tous les aspects de la conformité de la déclaration au droit international. Les auteurs mêmes de la déclaration d'indépendance se réfèrent, au paragraphe 1 de son dispositif, à la «volonté du peuple», ce qui est une façon assez claire de revendiquer l'exercice de l'autodétermination (voir paragraphe 75 de l'avis, où le texte de la déclaration d'indé-

paragraph 75 of the Opinion, where the declaration of independence is quoted in full). Moreover, consideration of these points would very well have been within the scope of the question as understood by the Kosovars themselves, amongst several participants, who make reference to a right of external self-determination grounded in self-determination and “remedial secession” as a people. The treatment — or rather, non-treatment — of these submissions by the Court, in my opinion, does not seem to be judicially sound, given the fact that the Court has not refused to give the opinion requested from it to the General Assembly.

7. In this light, I believe that the General Assembly’s request deserves a more comprehensive answer, assessing both permissive and prohibitive rules of international law. This would have included a deeper analysis of whether the principle of self-determination or any other rule (perhaps expressly mentioning remedial secession) permit or even warrant independence (via secession) of certain peoples/territories. Having said this, I do not consider it an appropriate exercise of my judicial role to examine these arguments *in extenso*; therefore, on this point, I shall content myself simply with declaring that the Court could have delivered a more intellectually satisfying Opinion, and one with greater relevance as regards the international legal order as it has evolved into its present form, had it not interpreted the scope of the question so restrictively. To treat these questions more extensively would have demonstrated the Court’s awareness of the present architecture of international law.

8. Secondly, apart from these concerns as regards the specific question before the Court, there is also a wider conceptual problem with the Court’s approach. The Court’s reading of the General Assembly’s question and its reasoning, leaping as it does straight from the lack of a prohibition to permissibility, is a straightforward application of the so-called *Lotus* principle. By reverting to it, the Court answers the question in a manner redolent of nineteenth-century positivism, with its excessively deferential approach to State consent. Under this approach, everything which is not expressly prohibited carries with it the same colour of legality; it ignores the possible degrees of non-prohibition, ranging from “tolerated” to “permissible” to “desirable”. Under these circumstances, even a clearly recognized positive entitlement to declare independence, if it existed, would not have changed the Court’s answer in the slightest.

9. By reading the General Assembly’s question as it did, the Court denied itself the possibility to enquire into the precise status under international law of a declaration of independence. By contrast, by moving away from “*Lotus*”, the Court could have explored whether international law can be deliberately neutral or silent on a certain issue, and whether it allows for the concept of *toleration*, something which breaks from the binary understanding of permission/prohibition and which allows for a range of non-prohibited options. That an act might be “tolerated” would

pendance est cité *in extenso*). De plus, l'examen de ces points serait entré précisément dans le champ de la question telle qu'interprétée par les Kosovars eux-mêmes — et par plusieurs autres participants à la procédure —, qui se réfèrent à un droit à l'autodétermination externe fondé sur le droit à l'autodétermination et à la «sécession-remède» dont ils peuvent se prévaloir en tant que peuple. La manière dont la Cour a traité — ou plutôt n'a pas traité — ces arguments n'est, à mon sens, pas satisfaisante sur le plan judiciaire, puisque la Cour n'a pas refusé de donner l'avis que lui avait demandé l'Assemblée générale.

7. A la lumière de ce qui précède, j'estime que la demande de l'Assemblée générale aurait mérité une réponse plus complète, portant sur les règles tant permissives que prohibitives du droit international, et comprenant une analyse approfondie de la question de savoir si le principe de l'autodétermination ou une quelconque autre règle (faisant peut-être expressément référence à la «sécession-remède») autorise, voire justifie, l'indépendance (par voie de sécession) de certains peuples ou territoires. Cela étant, je ne considère pas qu'il relève de mon rôle judiciaire d'examiner ces arguments *in extenso*; c'est pourquoi, sur ce point, je dirai seulement que la Cour aurait pu donner un avis plus satisfaisant intellectuellement et plus pertinent au regard de l'ordre juridique international dans sa forme actuelle si elle n'avait fait une interprétation aussi restrictive de la portée de la question. En traitant ces questions de manière plus complète, la Cour aurait démontré qu'elle était au fait de l'architecture actuelle du droit international.

8. Deuxièmement, outre ces préoccupations concernant la question spécifique à laquelle la Cour devait répondre, l'approche adoptée soulève également un problème conceptuel plus large. Dans la lecture qu'elle a faite de la question de l'Assemblée générale et dans le raisonnement qu'elle a suivi, la Cour a directement conclu que l'absence d'interdiction valait autorisation, appliquant ainsi purement et simplement le principe du *Lotus*. En reprenant ce principe, la Cour répond à la question d'une manière qui rappelle le positivisme du XIX^e siècle et sa déférence excessive à l'égard du consentement de l'Etat. Selon cette conception, tout ce qui n'est pas expressément interdit est uniformément licite; il n'est fait aucun cas des nuances possibles de la non-interdiction, qui va de ce qui est «toléré» à ce qui est «souhaitable» en passant par ce qui est «acceptable». Dans ces conditions, même s'il existait un droit positif clairement reconnu de déclarer l'indépendance, cela n'aurait en rien changé la réponse donnée par la Cour.

9. En interprétant comme elle l'a fait la question de l'Assemblée générale, la Cour s'est privée de la possibilité de s'interroger sur le statut précis, en droit international, d'une déclaration d'indépendance. Si au contraire elle s'était écartée du principe du *Lotus*, elle aurait pu se demander si le droit peut être neutre ou délibérément muet sur certaines questions, en d'autres termes s'il peut faire une place à la notion de *tolérance* et rompre ainsi avec l'opposition binaire entre permission et interdiction, laissant le champ libre à tout un éventail d'activités non interdites. Qu'un

not necessarily mean that it is “legal”, but rather that it is “not illegal”. In this sense, I am concerned that the narrowness of the Court’s approach might constitute a weakness, going forward, in its ability to deal with the great shades of nuance that permeate international law. Furthermore, that the international legal order might be consciously silent or neutral on a specific fact or act has nothing to do with *non liquet*, which concerns a judicial institution being unable to pronounce itself on a point of law because it concludes that the law is not clear. The neutrality of international law on a certain point simply suggests that there are areas where international law has not yet come to regulate, or indeed, will never come to regulate. There would be no wider conceptual problem relating to the coherence of the international legal order.

10. For these reasons, the Court should have considered the question from a slightly broader perspective, and not limited itself merely to an exercise in mechanical jurisprudence. As posed by the General Assembly, the question already confines the Court to a relatively narrow aspect of the wider dispute as regards the final status of Kosovo. For the Court consciously to have chosen further to narrow the scope of the question has brought with it a method of judicial reasoning which has ignored some of the most important questions relating to the final status of Kosovo. To not even enquire into whether a declaration of independence might be “tolerated” or even expressly permitted under international law does not do justice to the General Assembly’s request and, in my eyes, significantly reduces the *advisory* quality of this Opinion.

(Signed) Bruno SIMMA.

acte puisse être «toléré» ne signifierait pas nécessairement qu'il est «licite», mais plutôt qu'il n'est «pas illicite». En ce sens, je suis préoccupé de ce que l'étroitesse de l'approche de la Cour risque, à l'avenir, de limiter sa capacité à tenir compte des importantes nuances qui colorent tout le droit international. Par ailleurs, que l'ordre juridique international puisse être délibérément muet ou neutre quant à certains faits ou actes n'a rien à voir avec la situation du *non liquet*, qui se produit lorsqu'une institution judiciaire n'est pas en mesure de se prononcer sur un point de droit parce qu'elle conclut que le droit n'est pas clair. La neutralité du droit international sur certains points indique simplement qu'il existe des domaines qui n'ont pas encore été réglementés par lui et qui peut-être ne le seront jamais. La cohérence de l'ordre juridique international ne saurait se trouver confrontée à un problème conceptuel plus vaste.

10. Pour ces raisons, la Cour aurait dû examiner la question dans une perspective un peu plus large, et ne pas se borner à l'application mécanique de principes juridiques. Telle que posée par l'Assemblée générale, la question circonscrivait déjà étroitement l'aspect sur lequel devait se prononcer la Cour dans le différend portant sur le statut final du Kosovo. Que la Cour ait sciemment choisi de limiter encore la portée de la question l'a conduite à suivre un raisonnement judiciaire dans lequel elle a laissé de côté certains des points les plus importants concernant ce statut final. En ne se demandant même pas si une déclaration d'indépendance pouvait être «tolérée», voire était expressément autorisée par le droit international, la Cour n'a pas pleinement répondu à la demande de l'Assemblée générale et, à mon sens, la qualité *consultative* de son avis s'en trouve sensiblement réduite.

(Signé) Bruno SIMMA.
