

## SEPARATE OPINION OF JUDGE KOOLJMAN

*Reason for adding separate opinion to joint declaration — Issue of prima facie jurisdiction in 1999 Orders on provisional measures — Position of Yugoslavia in period 1992-2000 not substantiated in Judgment — Implication for other pending cases in which Applicant is party — Consistency with earlier case law ignored by the Court.*

*Options open to the Court — Dismissal in limine litis — Inconsistency of Applicant's behaviour with regard to jurisdictional grounds — Application no longer meets requirement of Article 38, paragraph 2, of Rules of Court — Inherent powers of the Court to strike case from General List — Judicial policy and sound administration of justice.*

1. With full conviction, I have subscribed to the joint declaration of seven members of the Court. I strongly feel that the Court, in the present Judgment, has failed to meet the criteria for a sound judicial policy, as spelled out in paragraph 3 of the joint declaration, by basing itself on the argument that Serbia and Montenegro has no access to the Court, and that the Court consequently lacks jurisdiction *ratione personae*.

2. My present point of view may seem slightly surprising to those who remember the separate opinion I appended to the Court's Orders of 2 June 1999 on provisional measures in the same cases. There, I said that the Court's reasoning in basing itself on prima facie lack of jurisdiction *ratione temporis* was flawed from a logical point of view (*Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium), Provisional Measures, I.C.J. Reports 1999 (I)*, p. 173, para. 2).

I was of the view that the decisions taken in 1992 by the competent organs of the United Nations, with regard to the continued membership of the Federal Republic of Yugoslavia and the events which had taken place thereafter, had raised serious doubts as to whether the Federal Republic of Yugoslavia was capable of accepting the compulsory jurisdiction of the Court as a party to the Statute, and that such doubts as a matter of logic take precedence over other controversies with regard to the Court's jurisdiction. I therefore felt that, in respect of its finding that it had no prima facie jurisdiction, the Court should have based itself on the argument that the Applicant had doubtful *locus standi*, and thus that there was a lack of jurisdiction *ratione personae*, rather than on the ground of lack of jurisdiction *ratione temporis*. (I agreed with the Court's finding that with regard to the Genocide Convention it had no prima

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE KOOIJMANS

[Traduction]

*Raison pour laquelle il est joint une opinion individuelle à la déclaration commune — Question de la compétence prima facie dans les ordonnances de 1999 sur la demande en indication de mesures conservatoires — La position de la Yougoslavie pendant la période 1992-2000 n'est pas clairement établie dans l'arrêt — Conséquences pour les autres affaires pendantes auxquelles le demandeur est partie — La cour ne tient pas compte de l'obligation de cohérence avec la jurisprudence à laquelle elle est tenue.*

*Choix qui s'offrent à la Cour — Rejet in limine litis — Incohérence du demandeur à l'égard des chefs de compétence — La requête ne répond plus aux prescriptions du paragraphe 2 de l'article 38 du Règlement de la Cour — Pouvoirs inhérents de la Cour de rayer l'affaire du rôle général — Politique judiciaire et bonne administration de la justice.*

1. J'ai souscrit avec une totale conviction à la déclaration commune de sept membres de la Cour. Je suis très fermement d'avis que la Cour, dans le présent arrêt, n'a pas obéi aux critères présidant à une bonne administration de la justice qui sont définis au paragraphe 3 de ladite déclaration commune quand elle adopte pour thèse que la Serbie-et-Monténégro n'a pas accès à la Cour et que celle-ci, par voie de conséquence, n'a pas compétence *ratione personae*.

2. L'avis que j'exprime ainsi peut sembler quelque peu surprenant à ceux qui se souviennent de l'opinion individuelle que j'ai jointe aux ordonnances rendues dans les mêmes affaires par la Cour le 2 juin 1999 sur les demandes en indication de mesures conservatoires. J'ai dit alors que la Cour, en retenant *prima facie* un défaut de compétence *ratione temporis*, manquait de logique (*Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique), mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1999 (I)*, p. 173, par. 2).

J'estimais que les décisions prises en 1992 par les organes compétents de l'Organisation des Nations Unies au sujet du maintien de la qualité de Membre de la République fédérale de Yougoslavie et des événements qui avaient suivi suscitaient des doutes sérieux sur la possibilité pour la République fédérale de Yougoslavie d'accepter la juridiction obligatoire de la Cour en tant que partie au Statut, et que ces doutes, en toute logique, donnaient avant toute autre interrogation la réponse à la question de la compétence de la Cour. Je pensais donc que, aux fins de conclure qu'elle n'avait pas compétence *prima facie*, la Cour aurait dû se fonder sur l'idée qu'il n'était pas certain que le demandeur avait qualité pour ester devant elle et qu'il y avait donc défaut de compétence *ratione personae* plutôt que défaut de compétence *ratione temporis*. (J'estimais, conformément à la conclusion de la Cour, que celle-ci n'avait pas com-

facie jurisdiction *ratione materiae*.)

3. The Court took an approach different to the one I had suggested. It opted for an approach that, in my view, was defensible and legally sound, even if I preferred another approach from a logical point of view (paragraph 30 of my opinion). The approach taken by the Court in 1999 has now been abandoned in favour of the one suggested by me at the time (see Judgment, para. 44). Far from being elated by this change of approach, however, I feel concerned for a number of reasons, which are mentioned in the joint declaration and elaborated upon in the following paragraphs.

4. First, in 1999, I certainly did not assume that the issue of the Court's jurisdiction *ratione personae* was an open and shut case. I explicitly stated: "[n]ot for a moment do I contend that the Court already at the present stage of the proceedings should have taken a definitive stand on what I called earlier a thorny question" (*Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium), Provisional Measures, I.C.J. Reports 1999 (I)*, p. 178, para. 21). I went on to refer to the dossier on the Federal Republic of Yugoslavia's continued membership of the United Nations as being full of legal complications, and was of the opinion that a thorough analysis and careful evaluation of the Federal Republic of Yugoslavia's status was required at a later stage of the proceedings (*ibid*, p. 178, paras. 21 and 22). I am, however, not persuaded by the Court's conclusion in the present Judgment that this analysis and evaluation have convincingly demonstrated that the events of 2000 have "clarified the thus far amorphous legal situation concerning the status of the Federal Republic of Yugoslavia vis-à-vis the United Nations" (para. 77). Although this finding is undoubtedly correct as far as the situation after the admission of the Federal Republic of Yugoslavia to the United Nations is concerned (this admission did indeed bring to an end its *sui generis* position vis-à-vis the United Nations), the Judgment does not make clear what the legal effects of this "amorphous" situation were in the period 1992-2000. The reader is left with the statement — in itself not uncontroversial — that the *sui generis* position of the Federal Republic of Yugoslavia cannot have amounted to its membership in the Organization (para. 76).

5. The Court's finding does not seem to be based on a thorough analysis and careful evaluation of, *inter alia*, the legal effects of the statements made and positions taken by the Federal Republic of Yugoslavia before 2000, in particular its note of 27 April 1992 to the United Nations, in which it — admittedly on the presumption of the continuity of the "international personality of Yugoslavia" — unilaterally committed itself to

pétence *prima facie* à l'égard de la convention sur le génocide, mais il s'agissait de compétence *ratione materiae*.)

3. La Cour a adopté une autre démarche que celle que j'avais préconisée. Elle a opté pour une démarche qui, à mon avis, était défendable et solide en droit, même si, du point de vue de la logique, ma préférence allait à une autre solution (voir le paragraphe 30 de mon opinion). A présent, la Cour a renoncé à la démarche adoptée en 1999 en faveur de celle que j'avais préconisée à l'époque (voir arrêt, par. 44). Cependant, loin de me réjouir, ce changement d'attitude me préoccupe pour un certain nombre de raisons qui sont évoquées dans la déclaration commune et que je vais développer dans les paragraphes qui suivent.

4. Premièrement, en 1999, je n'ai certainement pas considéré que la question de la compétence *ratione personae* de la Cour était réglée d'avance. J'ai dit expressément ceci : «Je ne soutiens pas une minute que la Cour aurait d'ores et déjà dû, au stade actuel de la procédure, se prononcer définitivement sur une question que j'ai plus haut qualifiée d'épineuse.» (*Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique), mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1999 (I)*, p. 178, par. 21.) Et j'ai poursuivi en indiquant que le dossier consacré à cette question controversée de savoir si la République fédérale de Yougoslavie héritait de la qualité de Membre au sein de l'Organisation des Nations Unies était plein de complications juridiques, et qu'à mon avis le statut juridique de la République fédérale de Yougoslavie exigeait une analyse et une évaluation approfondies et attentives à un stade ultérieur de la procédure (*ibid.*, p. 178, par. 21 et 22). Toutefois, la Cour n'emporte pas mon adhésion dans le présent arrêt quand elle conclut que cette analyse et cette évaluation ont démontré de manière convaincante que les événements de 2000 ont «clarifié la situation juridique, jusque-là indéterminée, quant au statut de la République fédérale de Yougoslavie vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies» (par. 77). Cette conclusion est indéniablement exacte pour ce qui est de la situation postérieurement à l'admission de la République fédérale de Yougoslavie à l'Organisation des Nations Unies (car cette admission a bel et bien mis un terme à la situation *sui generis* de la République fédérale de Yougoslavie vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies), mais l'arrêt n'indique cependant pas clairement quels étaient les effets juridiques de la situation dite «indéterminée» pendant la période allant de 1992 à 2000. Le lecteur doit se contenter d'une affirmation — qui, en soi, n'est pas incontestable — et qui est celle-ci : la situation *sui generis* de la République fédérale de Yougoslavie ne pouvait être regardée comme équivalant à la qualité de Membre de l'Organisation (par. 76).

5. La conclusion formulée par la Cour ne semble pas reposer sur une analyse et une évaluation approfondies et attentives portant notamment sur les effets juridiques des déclarations faites et des positions adoptées par la République fédérale de Yougoslavie avant 2000, en particulier de la note qu'elle a adressée le 27 avril 1992 à l'Organisation des Nations Unies, dans laquelle elle s'engageait unilatéralement — certes sur

fulfil all the rights conferred on, and obligations assumed by, the Socialist Federal Republic of Yugoslavia in its international relations, including its membership in all international organizations and participation in international treaties ratified or acceded to by Yugoslavia. Have these commitments become meaningless (at least partially), merely as a result of its admission to the United Nations as a new Member and the negation of the presumption of continuity implicit therein; and if so, on what grounds? Have the “thick clouds which have packed around Yugoslavia’s membership in the United Nations” (an expression I used in my 1999 opinion, para. 27) been fully dissipated by the Federal Republic of Yugoslavia’s belated decision to act as a successor State to the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, leaving it in a legal vacuum for the period 1992-2000 as far as its relationship vis-à-vis the United Nations and thus its participation in certain treaties — in particular the Genocide Convention — is concerned? In this respect, the Judgment does not give the reader much by way of clarification.

6. Second, as regards the potential impact of the 1999 Orders on other cases before the Court, in particular the 1993 case concerning the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, it deserves mention that in 1999 both the Applicant and the Respondents (with the possible exception of Portugal) considered themselves to be party to the Genocide Convention, which had been found by the Court in 1996 to be the only basis of jurisdiction in the *Genocide Convention* case. An impact of the orders on provisional measures in the instant cases on the *Genocide Convention* case was therefore not foreseeable and — to say the least — not very probable.

7. All this changed, however, when in 2000 a new Government came into power in Belgrade. This Government no longer considered the Federal Republic of Yugoslavia to be the continuation of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia, and it decided to apply for membership of the United Nations as a successor State. Moreover, it was of the view that the Federal Republic of Yugoslavia, at the time of its inception in 1992, had not been a party to the Genocide Convention, but only became a party after its accession to the Convention on 6 March 2001.

8. These new perceptions in Belgrade led the Government to submit an Application to the Court containing a Request for Revision of the 1996 Judgment on preliminary objections in the *Genocide Convention*

le fondement de la présomption de continuité de la «personnalité internationale de la Yougoslavie» — à exercer tous les droits conférés à la République fédérative socialiste de Yougoslavie et à s'acquitter de toutes les obligations assumées par cette dernière dans ses relations internationales, y compris en ce qui concernait son appartenance à toutes les organisations internationales et sa participation à tous les traités internationaux que la Yougoslavie avait ratifiés ou auxquels elle avait adhéré. Ces engagements sont-ils devenus sans objet (du moins partiellement), simplement du fait de l'admission en tant que nouveau Membre à l'Organisation des Nations Unies et de la disparition de la présomption de continuité qui accompagne implicitement l'admission; et, si les engagements sont bien désormais sans objet, quels en sont les motifs? Les «épais nuages qui se sont amoncélés sur la question de savoir si la Yougoslavie a ou non la qualité de Membre des Nations Unies» (c'est la formule que j'ai employée au paragraphe 27 de mon opinion de 1999) ont-ils été entièrement dissipés par la décision tardive de la République fédérale de Yougoslavie d'agir en qualité d'Etat successeur de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, décision qui la laissait ainsi dans un vide juridique pour la période allant de 1992 à 2000 en ce qui concerne sa relation vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies et donc sa participation à certains traités, en particulier la convention sur le génocide? L'arrêt ne fournit pas beaucoup d'éclaircissements au lecteur sur ce point.

6. Deuxièmement, s'agissant des conséquences éventuelles des ordonnances de 1999 sur d'autres instances portées devant la Cour, en particulier l'affaire de 1993 relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, il y a lieu de dire que, en 1999, tant le demandeur que les défendeurs (à l'exception peut-être du Portugal) considéraient être parties à la convention sur le génocide, ce que la Cour avait retenu en 1996 comme étant la seule base de compétence en ladite affaire. Il n'était pas possible de prévoir alors que les ordonnances rendues dans les présentes affaires auraient des conséquences sur l'affaire relative à la *Convention sur le génocide* et l'enchaînement n'était d'ailleurs nullement probable.

7. La situation a changé du tout au tout en 2000, avec l'arrivée au pouvoir d'un nouveau gouvernement à Belgrade. Ce gouvernement ne considère plus que la République fédérale de Yougoslavie assure la continuité de l'ex-République fédérative socialiste de Yougoslavie et il décide de présenter une demande d'admission à l'Organisation des Nations Unies en tant qu'Etat successeur. De surcroît, ce gouvernement est d'avis que, au moment où elle commence d'exister en 1992, la République fédérale de Yougoslavie n'est pas partie à la convention sur le génocide et ne devient partie à ladite convention qu'après y avoir adhéré le 6 mars 2001.

8. Cette nouvelle conception de la situation à Belgrade conduit le gouvernement à soumettre à la Cour une demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996 sur les exceptions préliminaires en l'affaire relative à la

case on the basis of the “newly discovered facts” mentioned in the previous paragraph.

The Court gave its decision rejecting the Federal Republic of Yugoslavia’s Application for Revision in a Judgment dated 3 February 2003, in which I did not participate. As recalled in paragraph 10 of the joint declaration, the Court found that “resolution 47/1 did not *inter alia* affect the Federal Republic of Yugoslavia’s right to appear before the Court . . . under the conditions laid down by the Statute”, and that the Federal Republic of Yugoslavia’s *sui generis* position vis-à-vis the United Nations during the period 1992-2000 cannot have been changed retroactively by its admission to the United Nations in 2000 (*Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, Preliminary Objections (*Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina*), *I.C.J. Reports 2003*, p. 31, paras. 70 and 71).

9. The arguments made by Serbia and Montenegro in the *Application for Revision* case and in the present cases are virtually identical, and thus establish a close link between the *Genocide Convention* case and the present cases. Such a link did not exist in previous phases of the proceedings in these cases. It is, therefore, all the more remarkable that, in spite of the fact that this link is now undeniable, the Court, in its present Judgment, has chosen an approach which is not in line with the approach taken in 1999 and 2003 and which inevitably has implications for the *Genocide Convention* case.

The Court’s statement that it “cannot decline to entertain a case simply . . . because its judgment may have implications in another case” (Judgment, para. 38) may be correct in general terms, but must be deemed to lack the prudence and care which are called for in situations where a variety of options exists.

10. Third, the decisions taken by the Court in the 1999 Orders on provisional measures and in the 2003 Judgment in the *Application for Revision* case and its reasoning therein are part of the Court’s case law. As we say in the joint declaration: “[c]onsistency is the essence of legal reasoning”. In my view, this consistency in reasoning in the Court’s case law is of paramount importance and dwarfs any misgivings I personally may have or may have had with regard to each and every argument used, as long as I do not consider them legally untenable.

11. Although I do not consider the Court’s reasoning in the instant cases legally untenable, I have, in some respects, serious doubts as to its correctness; moreover, I find it judicially unsound for the reasons given in the joint declaration and in the preceding paragraphs. What seemed to me to be a logical ground for determining lack of *prima facie jurisdiction*

*Convention sur le génocide*, sur la base des «faits nouvellement découverts» qui sont indiqués au paragraphe précédent.

Par arrêt du 3 février 2003, la Cour a décidé de rejeter la requête en révision déposée par la République fédérale de Yougoslavie, décision à laquelle je n'ai pas pris part. Ainsi qu'il est rappelé au paragraphe 10 de la déclaration commune, la Cour a dit que «[l]a résolution 47/1 ne portait notamment pas atteinte au droit de la RFY d'ester devant la Cour ... dans les conditions fixées par le Statut» et que l'admission de la République fédérale de Yougoslavie à l'Organisation des Nations Unies, en 2000, ne pouvait avoir modifié rétroactivement la situation *sui generis* dans laquelle elle se trouvait vis-à-vis de l'Organisation pendant la période 1992-2000 (*Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996 en l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires (*Yougoslavie c. Bosnie-Herzégovine*), *C.I.J. Recueil 2003*, p. 31, par. 70 et 71).

9. La Serbie-et-Monténégro formule en l'affaire de la *Demande en révision* et dans les présentes instances pratiquement la même thèse, établissant par là un lien étroit entre l'affaire relative à la *Convention sur le génocide* et celles-ci. Ce lien n'existait pas lors des phases antérieures de la procédure en ces instances. Il est donc d'autant plus remarquable que la Cour, bien que ce lien soit à présent indéniable, ait adopté dans son arrêt actuel une démarche qui ne correspond pas à celle qu'elle a adoptée en 1999 et en 2003, et qui a inévitablement des conséquences pour l'affaire relative à la *Convention sur le génocide*.

Quand la Cour dit qu'elle «ne peut refuser de connaître d'une affaire simplement ... en raison des conséquences que son arrêt pourrait avoir dans une autre instance» (arrêt, par. 38), ce peut être exact en général, mais cette règle est à considérer ici comme étant dénuée de la prudence et de la circonspection qui s'imposent dès lors qu'il existe plusieurs choix possibles.

10. Troisièmement, les décisions rendues par la Cour dans les ordonnances de 1999 sur les demandes en indication de mesures conservatoires et dans l'arrêt de 2003 en l'affaire de la *Demande en révision* ainsi que leurs motivations font partie de la jurisprudence de la Cour. Ainsi que nous le disons dans la déclaration commune, «[l]a cohérence est l'essence même des motivations judiciaires». A mon avis, cette cohérence des motivations dans la jurisprudence de la Cour revêt une importance primordiale et l'emporte sur toute réticence que je pourrais éprouver actuellement ou que j'ai pu éprouver par le passé à l'égard de chacun des arguments avancés, pour autant que je ne les trouve pas juridiquement indéfendables.

11. Je ne trouve pas juridiquement indéfendable la motivation de la Cour dans les présentes affaires, mais j'ai à certains égards de sérieux doutes quant à son bien-fondé; en outre, pour les raisons exposées dans la déclaration commune et dans les paragraphes précédents, j'estime que ladite motivation n'est pas valable du point de vue judiciaire. Ce qui me

does not automatically qualify as a proper ground for the *definitive* determination of the issue of jurisdiction.

\* \* \*

12. The views expressed in my separate opinion appended to the 1999 Orders on provisional measures and my perception of them in the light of today's circumstances are, however, not the only reason why I deemed it necessary to add a separate opinion to the joint declaration. I also wish to indicate which of the options open to the Court and referred to in paragraph 2 of the joint declaration would, in my view, have been the better one.

13. These options were three in number. The first is the one chosen by the Court in its Judgment and is based on its jurisdictional considerations *ratione personae*. The second is the approach followed by the Court in 1999, which was founded on a lack of *prima facie* jurisdiction *ratione temporis* and *ratione materiae*.

The third option would have been dismissal of the case *in limine litis*. This option is explicitly rejected in the Judgment, but it would have been my preference. I therefore find it useful to set out my views; they are not necessarily shared by other colleagues who have signed the joint declaration and who might have chosen the second option, which is also plausible and conceivable for good reasons but with regard to which the Court has not explicitly expressed itself.

14. The option of dismissal *in limine litis* logically precedes the other two and it is therefore with good reason that the Court has dealt with it first. Similarly, the relevant question has correctly been defined as

“whether in the light of the assertions by the Applicant . . . coupled with the contentions of each of the respondent States, the Court should take a decision to dismiss the case *in limine litis*, without further entering into the examination of the question whether the Court has jurisdiction under the circumstances” (Judgment, para. 28).

15. I do not intend to deal with all the arguments given by the Court in the relevant part of the Judgment (paras. 26-42), which contain mainly a reply to the contentions of the Respondents. In a number of respects, I agree with what is said by the Court; that is true particularly when it states: “in certain circumstances the Court may of its own motion put an end to proceedings in a case” (para. 31). I am, however, of the view that the Court has refrained from exercising this *proprio motu* competence in a well-considered way, and regrettably has confined itself first and foremost to responding to the arguments of the Parties in order to ultimately

semblait être un fondement logique pour établir qu'il y a défaut de *compétence prima facie* ne peut pas être automatiquement un fondement solide pour trancher *définitivement* la question de la compétence.

\* \* \*

12. Les vues que j'ai exprimées dans l'opinion individuelle que j'ai jointe aux ordonnances de 1999 sur les demandes en indication de mesures conservatoires et la conception que j'en ai aujourd'hui, dans les circonstances actuelles, ne sont cependant pas la seule raison pour laquelle j'ai jugé nécessaire de joindre une opinion individuelle à la déclaration commune. Je tiens aussi à dire quelle est, parmi les possibilités de choix offertes à la Cour et indiquées au paragraphe 2 de la déclaration commune, celle qui, à mon sens, eût été la plus appropriée.

13. Ces possibilités étaient au nombre de trois. La première est celle que la Cour retient dans son arrêt et elle repose sur des considérations relatives à sa compétence *ratione personae*. La deuxième est la démarche adoptée par la Cour en 1999, qui était fondée sur un défaut de compétence *prima facie*, s'agissant alors de compétence *ratione temporis* et de compétence *ratione materiae*.

La troisième possibilité aurait consisté à rejeter la demande *in limine litis*. Elle est explicitement écartée dans l'arrêt, mais c'est l'option que j'aurais retenue. J'estime donc utile d'exposer mes vues à ce sujet; elles ne sont pas nécessairement partagées par certains collègues signataires de la déclaration commune qui auraient peut-être opté pour la deuxième possibilité, laquelle est également plausible et concevable pour des raisons valables, mais au sujet de laquelle la Cour ne s'est pas expressément prononcée.

14. La possibilité du rejet *in limine litis* se présente logiquement avant les deux autres et c'est donc à juste titre que la Cour l'examine en premier. De même, la question pertinente est définie à juste titre comme étant celle

«de savoir si, à la lumière des assertions ... du demandeur et des prétentions de chacun des Etats défendeurs, la Cour devrait décider de rejeter l'affaire *in limine litis*, sans examiner plus avant si, dans les circonstances de l'espèce, elle a ou non compétence» (arrêt, par. 28).

15. Je n'ai pas l'intention d'examiner tous les arguments avancés par la Cour dans la partie pertinente de l'arrêt (par. 26-42), qui consiste principalement à répondre aux affirmations des défendeurs. A plusieurs égards, je souscris à ce que dit la Cour; c'est notamment le cas lorsqu'elle déclare: «[D]ans certaines circonstances, celle-ci [la Cour] peut, de sa propre initiative, mettre un terme à la procédure en une affaire donnée.» (Par. 31.) Toutefois, je suis d'avis que la Cour s'est abstenue d'exercer d'office cette compétence de manière mûrement réfléchie et qu'elle s'est bornée de façon regrettable à répondre avant tout aux arguments des

conclude that “[f]or all these reasons, [it] cannot remove the cases . . . from the [General] List, or take any decision putting an end to those cases *in limine litis*” (para. 42). Though the Court explicitly stated that, apart from the arguments of the Parties, it would also consider “any other legal issue which it deems relevant” (para. 25), there is hardly any evidence that it has done so. In the following, I will try to demonstrate that such an approach would nevertheless have been the most appropriate one.

16. In its final submissions, Serbia and Montenegro asked the Court to “adjudge and declare on its jurisdiction *ratione personae* in the present cases” (CR 2004/23, p. 38). Such a request is highly unusual. Normally, the applicant asks the Court to find *that* it has jurisdiction, not *whether* it has jurisdiction.

17. The first time that Serbia and Montenegro asked the Court to decide *on* its jurisdiction was when it submitted its Written Observations on the preliminary objections of the Respondents on 20 December 2002. In its Observations, Serbia and Montenegro summarily stated that, at the time of the filing of its Applications in 1999, it had neither been a party to the Statute nor to the Genocide Convention, thereby implying that the Court could not base its jurisdiction on either Article 36, paragraph 2, of the Statute or Article IX of the Genocide Convention, which were the bases of jurisdiction it had invoked in its 1999 Applications.

18. Serbia and Montenegro explicitly stated in a letter to the Court, dated 28 February 2003, that its Written Observations did not represent a notice of discontinuance, and reiterated its request to decide on the Court’s jurisdiction “considering the pleadings formulated in the Written Observations”. What is striking — although perhaps not surprising in view of the litigation tactics of Serbia and Montenegro with regard to the various cases before the Court in which it is a party, as either applicant or respondent — is that these Observations did not in any way refer to an alternative basis of jurisdiction replacing the ones presented in 1999 but no longer maintained by the Applicant.

19. It was only during the oral pleadings that the Applicant raised the “key question” whether the *sui generis* position vis-à-vis the United Nations (mentioned by the Court in the Judgment in the *Application for Revision* case of 3 February 2003 and thus three weeks before the sending of the letter to the Court) could have provided the link between the new State and international treaties, in particular the Statute of the Court and the Genocide Convention. In this respect, it is noteworthy that the Agent for Serbia and Montenegro did not give any suggestion as to how this could have happened. He merely stated that the question required a definitive answer and that only a decision of the Court could bring clarity. “A judgment on jurisdiction based on the elucidation of the position of the Federal Republic of Yugoslavia between 1992 and 2000 could create an *anchor point of orientation*.” (CR 2004/14, pp. 26-27,

Parties afin de conclure finalement que «[p]our tous ces motifs, [elle] ne peut rayer du rôle les affaires ..., ou prendre une décision qui mettrait fin à ces affaires *in limine litis*» (par. 42). La Cour a bien dit expressément qu'elle se pencherait non seulement sur les arguments des Parties, mais aussi «sur toute autre question de droit qu'elle estimera[it] pertinent d'examiner» (par. 25); or, il n'y a pratiquement rien qui prouve qu'elle a vraiment suivi cette voie. Dans les paragraphes qui suivent, je vais tenter de démontrer que cette démarche eût cependant été la plus appropriée.

16. Dans ses conclusions finales, la Serbie-et-Monténégro a demandé à la Cour de «statuer sur sa compétence *ratione personae* en les présentes affaires» (CR 2004/23, p. 38). Une telle demande est extrêmement inusitée. Normalement, le demandeur prie la Cour de dire *qu'elle* a compétence, et non pas de déterminer *si* elle a *ou non* compétence.

17. La première fois que la Serbie-et-Monténégro a prié la Cour de se prononcer *sur* sa compétence remonte au 20 décembre 2002, lorsqu'elle a soumis ses observations écrites sur les exceptions préliminaires des défendeurs. Dans lesdites observations, la Serbie-et-Monténégro a déclaré sommairement que, au moment du dépôt de ses requêtes en 1999, elle n'était partie ni au Statut ni à la convention sur le génocide, faisant entendre par là que la Cour ne pouvait fonder sa compétence ni sur le paragraphe 2 de l'article 36 du Statut ni sur l'article IX de la convention sur le génocide, c'est-à-dire les bases de compétence qu'elle avait invoquées dans ses requêtes de 1999.

18. Dans une lettre adressée à la Cour le 28 février 2003, la Serbie-et-Monténégro a déclaré expressément que ses observations écrites ne constituaient pas une notification de désistement, et elle a de nouveau prié la Cour de statuer sur sa compétence «à la lumière des arguments avancés dans ses observations écrites». Ce qui est frappant — bien que cela ne soit peut-être pas surprenant au vu de la tactique judiciaire adoptée par la Serbie-et-Monténégro à l'égard des différentes affaires portées devant la Cour auxquelles elle est partie en qualité de demandeur ou de défendeur — c'est que ces observations ne mentionnaient aucune autre base de compétence à la place de celles qui ont été invoquées en 1999 mais auxquelles le demandeur renonçait.

19. Ce n'est qu'à l'audience que le demandeur a soulevé la «question clé» de savoir si la situation *sui generis* vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies (évoquée par la Cour dans l'arrêt du 3 février 2003 en l'affaire de la *Demande en revision*, c'est-à-dire trois semaines avant que la lettre rappelée ci-dessus fût envoyée à la Cour) aurait pu établir le lien entre le nouvel Etat et les traités internationaux, en particulier le Statut de la Cour et la convention sur le génocide. Il convient de relever à ce sujet que l'agent de la Serbie-et-Monténégro n'a formulé aucune suggestion quant à la manière dont ce lien aurait pu être établi. Il s'est contenté de déclarer que la question appelait une réponse définitive et que seule une décision de la Cour pouvait apporter la lumière. «Si la Cour rendait un arrêt sur la compétence fondé sur la détermination de la situation de la RFY entre 1992 et 2000, cela pourrait constituer *un point d'ancrage*,

paras. 63-64; emphasis added.)

20. Article 38, paragraph 2, of the Rules of Court states, *inter alia*, that “[t]he application shall specify *as far as possible* the legal grounds upon which the jurisdiction of the Court is said to be based” (emphasis added). The Applications of 29 April 1999 met this requirement by explicitly mentioning Article 36, paragraph 2, of the Statute and Article IX of the Genocide Convention (supplemented in the cases against Belgium and the Netherlands by letter of 12 May 1999, referring to compromissory clauses in two bilateral conventions of 1930 and 1931 respectively).

In its Written Observations, filed on 20 December 2002, the Applicant abandoned these jurisdictional grounds as being pertinent at the date the Applications were filed without replacing them by another basis for the Court’s jurisdiction (the Observations were silent as regards the two bilateral treaties).

21. Therefore, Serbia and Montenegro’s Applications, as supplemented by its Written Observations of 20 December 2002, no longer meet the first requirement of Article 38, paragraph 2, of the Rules of Court. That fact in itself, however, does not provide the Court with a ground to remove the cases from the List. The provision that the Application shall specify the legal grounds of jurisdiction was included in 1936; in order to distinguish the requirements of paragraph 2 from those of paragraph 1, which were prescribed by the Statute itself, the words “as far as possible” were used (see G. Guyomar, *Commentaire du Règlement de la Cour internationale de Justice*, 1983, pp. 234 *et seq.*). In contrast to the requirements of paragraph 1, non-compliance with those of paragraph 2 does not lead *eo ipso* to non-admissibility. These requirements “were imposed on the Parties by the Court simply because they were helpful to it, but represented a mere recommendation” (*ibid.*, p. 235 [*translation by the Registry*]). Likewise, Rosenne is of the view that “an application will not be rejected *in limine* only because such specification [of the jurisdictional grounds] is omitted” (*The Law and Practice of the International Court 1920-1996*, 1997, p. 705).

22. Serbia and Montenegro’s contention that only discontinuance in conformity with Articles 88 and 89 of the Rules of Court may yield a removal of a case from the List without a judgment on jurisdiction or on the merits (CR 2004/14, p. 18, para. 29) is, however, not correct. The fact that the Rules only speak of removing a case from the List by unilateral action of the applicant (Art. 89) or joint action by the parties (Art. 88) cannot deprive the Court of its inherent power, as master of its own procedure, to strike *proprio motu* a case from the List. This is also recognized by Rosenne who, in this respect, refers to the general powers of the Court under Articles 36 and 48 of the Statute (*op. cit.*, p. 1478). This

*lequel nous permettrait de nous orienter.*» (CR 2004/14, p. 26-27, par. 63-64; les italiques sont de moi.)

20. Le paragraphe 2 de l'article 38 du Règlement de la Cour dispose notamment que «[l]a requête indique *autant que possible* les moyens de droit sur lesquels le demandeur prétend fonder la compétence de la Cour» (les italiques sont de moi). Les requêtes du 29 avril 1999 satisfaisaient à cette condition puisqu'elles faisaient expressément état du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut et de l'article IX de la convention sur le génocide (lesdites requêtes ont été complétées, dans les affaires introduites contre la Belgique et les Pays-Bas, par la lettre en date du 12 mai 1999 rappelant les clauses compromissaires des deux conventions bilatérales de 1930 et de 1931 conclues avec chacun de ces deux pays).

Dans ses observations écrites déposées le 20 décembre 2002, le demandeur a renoncé à ces chefs de compétence qu'il ne considérait plus comme pertinents à la date du dépôt des requêtes, et ne les a pas remplacées par une autre base de compétence de la Cour (lesdites observations sont muettes sur les deux traités bilatéraux).

21. Dans ces conditions, les requêtes de la Serbie-et-Monténégro, complétées par ses observations écrites du 20 décembre 2002, ne répondent plus à la première condition posée au paragraphe 2 de l'article 38 du Règlement de la Cour. Toutefois, ce fait ne fournit pas à lui seul à la Cour un motif lui permettant de rayer les affaires du rôle. La disposition précisant que la requête doit indiquer les moyens de droit sur lesquels est fondée la compétence de la Cour a été insérée en 1936; c'est pour faire la distinction entre les conditions énoncées au paragraphe 2 et les prescriptions du paragraphe 1 qui ont été dictées par le Statut lui-même que l'expression «autant que possible» a été employée (voir G. Guyomar, *Commentaire du Règlement de la Cour internationale de Justice*, 1983, p. 234 et suiv.). Par opposition aux conditions énoncées au paragraphe 1, l'inobservation des prescriptions du paragraphe 2 n'entraîne pas *eo ipso* l'irrecevabilité de la requête. Ces conditions «n'étaient demandées aux Parties par la Cour que parce qu'elles lui étaient utiles, mais cette demande constituait une simple recommandation» (*ibid.*, p. 235). Rosenne est lui aussi d'avis qu'«une requête ne doit pas être rejetée *in limine* uniquement parce que l'indication [des bases de compétence] fait défaut» (*The Law and Practice of the International Court 1920-1996*, 1997, p. 705).

22. Toutefois, quand la Serbie-et-Monténégro dit que seul le désistement prévu aux articles 88 et 89 du Règlement de la Cour peut entraîner la radiation d'une affaire du rôle sans qu'il y ait d'arrêt rendu sur la compétence ni sur le fond (CR 2004/14, p. 18, par. 29), elle a tort. Le fait que le Règlement parle uniquement de radiation opérée par un acte unilatéral du demandeur (art. 89) ou par une action conjointe des parties (art. 88) ne saurait priver la Cour du pouvoir inhérent qu'elle détient, parce qu'elle est maîtresse de sa propre procédure, de rayer d'office une affaire du rôle. Ce principe est reconnu également par Rosenne qui, à ce sujet, évoque les pouvoirs généraux que les articles 36 et 48 du Statut confèrent

power is not related to the intention of the parties but to the judicial task of the Court. This is borne out by the Court's reasoning in the Orders in the cases brought by the Federal Republic of Yugoslavia against Spain and the United States of America, where it said that

“within a system of consensual jurisdiction, to maintain on the General List a case upon which it appears certain that the Court will not be able to adjudicate on the merits would most assuredly not contribute to the *sound administration of justice*” (*Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Spain), Provisional Measures, I.C.J. Reports 1999 (II)*, p. 773, para. 35; emphasis added).

Such power has to be used sparingly and only as an instrument of judicial policy to safeguard the integrity of the Court's procedure. The present cases, however, are without precedent and can truly be called exceptional.

23. The Court was, in my opinion, perfectly entitled to issue such an order in the instant cases on the basis of the fact that the Applicant has not provided the Court with any plausible information as to the basis of its jurisdiction. It is not for the Court to ascertain in the preliminary phase of a case whether it has jurisdiction if the applicant fails to substantiate in any persuasive manner what the basis for that jurisdiction could be, and after it has explicitly admitted that the initial grounds it invoked are no longer valid. Nor is it the Court's task to provide a party, which asks for the elucidation of an observation made by the Court in a judgment in another case to which it was also a party, with “an anchor point of orientation”, as this would be tantamount to rendering an advisory opinion or giving an interpretation of a judgment in circumstances and under conditions not warranted by the Statute.

24. It is incompatible with the respect due to the Court for a party not to provide it with any substantive argument for the speculation that it might have jurisdiction while explicitly withdrawing the previously adduced jurisdictional grounds. It is not in conformity with judicial propriety and a sound judicial policy to render a fully reasoned judgment on jurisdiction when the Applicant bases its request to do so on grounds which can only be called inadequate. The Applicant can, therefore, be held to its statement that there are no recognized or generally accepted grounds of jurisdiction.

25. In the second round of the oral pleadings, the Agent for France stated that

“the party against whom the application is brought is not required to prove that there is no basis for jurisdiction, which would require it — and it would be absurd to ask this of it — as a matter of course to examine all possible bases” (CR 2004/21, p. 13, para. 22).

à la Cour (Rosenne, *op. cit.*, p. 1478). Ce pouvoir est lié non à l'intention des parties mais à la tâche judiciaire incombant à la Cour, comme le confirme la motivation qu'elle énonce dans les ordonnances rendues dans les instances introduites par la République fédérale de Yougoslavie contre l'Espagne et les Etats-Unis d'Amérique; la Cour dit alors en effet que,

«dans un système de juridiction consensuelle, maintenir au rôle général une affaire sur laquelle il apparaît certain que la Cour ne pourra se prononcer au fond ne participerait assurément pas d'une *bonne administration de la justice*» (*Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Espagne), mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1999 (II)*, p. 773, par. 35; les italiques sont de moi).

La Cour doit exercer ce pouvoir avec parcimonie et seulement comme un instrument de politique judiciaire afin de préserver l'intégrité de sa procédure. Les présentes affaires sont toutefois sans précédent et peuvent véritablement être qualifiées d'exceptionnelles.

23. A mon avis, la Cour était tout à fait fondée à rendre pareille décision dans les présentes affaires puisque le demandeur ne lui avait fourni aucune information plausible concernant la base de sa compétence. Ce n'est pas la Cour qui doit établir, dans la phase préliminaire d'une affaire, si elle a ou non compétence lorsque le demandeur ne démontre pas de manière convaincante quelle pourrait être la base de cette compétence, une fois qu'il a reconnu expressément que les motifs qu'il a invoqués initialement ne sont plus valides. Ce n'est pas non plus à la Cour d'indiquer à une partie qui demande des éclaircissements sur une observation émanant de la Cour, dans un arrêt rendu dans une autre affaire à laquelle ladite partie était aussi partie, «un point d'ancrage, lequel [lui] permettrait de [s']orienter», car cela équivaldrait à rendre un avis consultatif ou à procéder à l'interprétation d'un arrêt dans des circonstances et des conditions non prévues par le Statut.

24. Une partie ne témoigne pas à la Cour le respect qu'elle lui doit quand elle ne lui fournit aucun argument de fond à l'appui de son éventuelle compétence alors qu'elle lui retire expressément les bases de compétence qu'elle avait précédemment invoquées. Il n'est pas conforme à l'opportunité judiciaire ni à la bonne administration de la justice de rendre un arrêt pleinement motivé sur la compétence quand le demandeur fonde la requête présentée à cette fin sur des bases qui ne peuvent être qualifiées que d'insuffisantes. Le demandeur peut alors être pris au mot et s'entendre dire qu'il n'existe pas de base de compétence reconnue ni généralement acceptée.

25. Au second tour de plaidoiries, l'agent de la France a déclaré que

«[c]e n'[était] pas à la partie contre laquelle la requête est dirigée de faire la preuve qu'il n'existe aucun titre de compétence, ce qui la conduirait — et ce serait absurde de le lui demander — à s'interroger d'office sur tous les titres possibles» (CR 2004/21, p. 13, par. 22).

What is true for the Respondent is also true for the Court and even more so. The fact that the Court has the duty under certain circumstances to ascertain *proprio motu* that it *has* jurisdiction cannot, by *a contrario* reasoning, be turned into an obligation to explore grounds for its jurisdiction which have not been invoked by the Applicant. As Rosenne states:

“There can be no doubt that the choice of a title of jurisdiction is as much a political act as a decision to institute proceedings, and the Court is following its usual attitude when faced with political questions of that character not to substitute itself for the party concerned. It is for this reason that a principle such as *curia jura novit* cannot appropriately be applied by the Court *proprio motu* to substitute a title of jurisdiction which has not been invoked for another . . .” (*Op. cit.*, p. 956.)

Neither does the Court have to rule on a title of jurisdiction which has not been claimed.

26. In view of the fact that the Applicant has failed to demonstrate, and has not even made an effort to demonstrate, that the Court has jurisdiction, I am of the opinion that the Court should have decided *in limine litis* to remove the eight cases from the General List.

(Signed) Pieter H. KOOIJMANS.

Ce qui est vrai pour le défendeur l'est aussi, et à plus forte raison encore, pour la Cour. Le fait que la Cour a l'obligation, dans certaines circonstances, de déterminer d'office qu'elle a bien compétence ne saurait, par un raisonnement *a contrario*, devenir l'obligation d'examiner d'éventuelles bases de sa compétence que le demandeur n'a pas invoquées. Comme le dit Rosenne:

«Il ne fait aucun doute que le choix d'un chef de compétence est tout autant un acte politique que la décision d'introduire une instance, et, lorsqu'elle est confrontée à des questions politiques de cette nature, la Cour suit sa pratique habituelle qui consiste à ne pas se mettre à la place de la partie concernée. C'est pour cette raison qu'il n'est pas judicieux que la Cour applique d'office un principe tel que *curia jura novit* pour remplacer un chef de compétence par un chef qui n'a pas été invoqué.» (*Op. cit.*, p. 956.)

La Cour n'a pas non plus à se prononcer sur un titre de compétence qui n'a pas été revendiqué.

26. Le demandeur n'ayant pas démontré ni même tenté de démontrer qu'elle a compétence, la Cour, à mon avis, aurait dû décider *in limine litis* de rayer les huit affaires du rôle général.

(Signé) Pieter H. KOIJMANS.