

## SEPARATE OPINION OF JUDGE ELARABY

*The issue of FRY membership in the United Nations — Access to the Court under Article 35, paragraph 1 — Scope of reference in Article 35, paragraph 2, to “treaties in force” — The Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties — The Genocide Convention.*

## I. INTRODUCTORY REMARKS

In addition to the joint declaration, which reflects my disagreement with the grounds which led the Court to conclude that it had no jurisdiction in the instant case, I deem it necessary to elaborate further on some aspects. At the outset, I would like to emphasize that regardless of the conclusion that the Court reaches on the issue of jurisdiction, and notwithstanding the fact that the Judgment is confined to deciding on jurisdiction, the Court, as the principal judicial organ of the United Nations, is always called upon to uphold the law of the Charter. The Court, however, confined its conclusion in the instant case to noting, in paragraph 127 of the Judgment, that:

“When, however, as in the present case, the Court comes to the conclusion that it is without jurisdiction to entertain the claims made in the Application, it can make no finding, nor any observation whatever, on the question whether any such violation has been committed or any international responsibility incurred.”

On this point I am inclined to favour the balance reached by the Court in the *Fisheries Jurisdiction* case, where it held that:

“55. There is a fundamental distinction between the acceptance by a State of the Court’s jurisdiction and the compatibility of particular acts with international law. The former requires consent. The latter question can only be reached when the Court deals with the merits, after having established its jurisdiction and having heard full legal argument by both parties.

56. Whether or not States accept the jurisdiction of the Court, they remain in all cases responsible for acts attributable to them that violate the rights of other States.” (*Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, *Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 456.)

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE ELARABY

[Traduction]

*Question de l'appartenance de la République fédérale de Yougoslavie à l'Organisation des Nations Unies — Qualité pour ester devant la Cour en vertu du paragraphe 1 de l'article 35 — Portée de l'expression « traités en vigueur » figurant au paragraphe 2 de l'article 35 — Convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités — Convention sur le génocide.*

## I. OBSERVATIONS LIMINAIRES

Les raisons de mon désaccord avec les motifs sur lesquels la Cour s'est appuyée pour conclure qu'elle n'était pas compétente en la présente affaire sont exposées dans la déclaration commune; j'estime néanmoins nécessaire d'apporter à ce sujet certaines précisions. Tout d'abord, je voudrais insister sur le fait que, qu'elle se déclare ou non compétente, fût-ce dans le cadre d'un arrêt circonscrit à cette seule question, la Cour, en sa qualité d'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, doit toujours être guidée par le souci d'assurer le respect du droit de la Charte. Or, dans la présente affaire, la Cour s'est contentée, au paragraphe 127 de son arrêt, de conclure:

«Lorsque, cependant, comme elle le fait en l'espèce, la Cour parvient à la conclusion qu'elle n'est pas compétente pour connaître des demandes formulées dans la requête, elle ne peut se prononcer ni formuler de commentaire sur l'existence d[']atteintes aux droits d'autres Etats qui seraient imputables aux parties] ou sur la responsabilité internationale qui pourrait en découler.»

Sur ce point, je serais enclin à préférer les propos plus pondérés que la Cour a retenus en l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries*, à savoir:

«55. Il existe une distinction fondamentale entre l'acceptation par un Etat de la juridiction de la Cour et la compatibilité de certains actes avec le droit international. L'acceptation exige le consentement. La compatibilité ne peut être appréciée que quand la Cour examine le fond, après avoir établi sa compétence et entendu les deux parties faire pleinement valoir leurs moyens en droit.

56. Que les Etats acceptent ou non la juridiction de la Cour, ils demeurent en tout état de cause responsables des actes portant atteinte aux droits d'autres Etats qui leur seraient imputables.» (*Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 456.*)

II. ACCESS TO THE COURT UNDER ARTICLE 35,  
PARAGRAPH 1

1. The Court finds that it has no jurisdiction in this case because the Federal Republic of Yugoslavia (FRY)<sup>1</sup> did not have access to the Court at the time it filed its Application. The first ground upon which the Court makes this finding is Article 35, paragraph 1, of the Statute of the Court.

2. Article 35, paragraph 1, provides that “[t]he Court shall be open to the States parties to the present Statute”. Under Article 93, paragraph 1, of the United Nations Charter, all “Members of the United Nations are *ipso facto* [States] parties”. The Court holds that the FRY was not a State party to the Statute because the FRY was not a Member of the United Nations at the time it filed its Application in the instant case, and therefore, in the view of the Court, the Court was not “open” to the FRY. Because, in my view, the FRY *was* a Member of the United Nations when it filed its Application, I disagree.

3. Prior to its fragmentation, the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY) consisted of six republics: Serbia, Croatia, Bosnia and Herzegovina, Macedonia, Slovenia, and Montenegro. On 25 June 1991, Croatia and Slovenia both declared independence, followed by Macedonia on 17 September 1991, and Bosnia and Herzegovina on 6 March 1992. On 22 May 1992, Croatia, Slovenia and Bosnia and Herzegovina were admitted as Members of the United Nations. The “Former Yugoslav Republic of Macedonia” was admitted to membership in the United Nations on 8 April 1993.

4. The FRY came into being on 27 April 1992. On that date, a joint session of the National Assembly of the Republic of Serbia and the Assembly of the Republic of Montenegro proclaimed a new constitution of the “Federal Republic of Yugoslavia”, and also adopted a Declaration. The preamble of the Declaration claimed to reflect the common will of the citizens of Serbia and Montenegro “to stay in the common State of Yugoslavia”, and also provided that:

“The Federal Republic of Yugoslavia, continuing the state, international, legal and political personality of the [Socialist Federal Republic] of Yugoslavia, shall strictly abide by all the commitments that the Socialist Federal Republic of Yugoslavia assumed internationally.

. . . . .  
Remaining bound by all obligations to international organisations

<sup>1</sup> On 4 February 2003, the Federal Republic of Yugoslavia officially changed its name to “Serbia and Montenegro” (FRY-SM).

II. QUALITÉ POUR ESTER DEVANT LA COUR EN VERTU DU PARAGRAPHE 1 DE L'ARTICLE 35 DU STATUT

1. La Cour estime qu'elle n'est pas compétente en l'affaire parce que la République fédérale de Yougoslavie (RFY)<sup>1</sup> n'avait pas qualité pour ester devant elle au moment où elle a introduit sa requête. C'est en se fondant en premier lieu sur le paragraphe 1 de l'article 35 de son Statut qu'elle est parvenue à cette conclusion.

2. Le paragraphe 1 de l'article 35 dispose que «[l]a Cour est ouverte aux Etats parties au présent Statut». Aux termes du paragraphe 1 de l'article 93 de la Charte des Nations Unies, tous les «Membres des Nations Unies sont *ipso facto* parties» au Statut. La Cour considère que la RFY n'était pas partie au Statut parce qu'elle n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies à la date du dépôt de sa requête en l'affaire et estime en conséquence qu'elle n'était pas «ouverte» à la RFY. Etant d'avis que la RFY *était* Membre de l'Organisation des Nations Unies au moment du dépôt de sa requête, je ne saurais faire mienne cette conclusion.

3. Avant son éclatement, la République fédérative socialiste de Yougoslavie (RFSY) se composait de six républiques: la Serbie, la Croatie, la Bosnie-Herzégovine, la Macédoine, la Slovénie et le Monténégro. Le 25 juin 1991, la Croatie et la Slovénie déclarèrent l'une et l'autre leur indépendance, suivies par la Macédoine le 17 septembre 1991 et par la Bosnie-Herzégovine le 6 mars 1992. Le 22 mai 1992, la Croatie, la Slovénie et la Bosnie-Herzégovine furent admises en qualité de Membres de l'Organisation des Nations Unies et l'«ex-République yougoslave de Macédoine» le fut le 8 avril 1993.

4. La RFY a vu le jour le 27 avril 1992, date à laquelle les participants à une session commune de l'Assemblée nationale de la République de Serbie et de l'Assemblée de la République du Monténégro proclamèrent la nouvelle constitution de la «République fédérale de Yougoslavie» et adoptèrent une déclaration exprimant, selon son préambule, la volonté commune des citoyens de la Serbie et du Monténégro «de demeurer au sein de l'Etat commun de Yougoslavie»; la déclaration indiquait en outre:

«La République fédérale de Yougoslavie, assurant la continuité de l'Etat et de la personnalité juridique et politique internationale de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, respectera strictement tous les engagements que la République fédérative socialiste de Yougoslavie a pris à l'échelon international.

. . . . .  
Restant liée par toutes ses obligations vis-à-vis des organisations

<sup>1</sup> Le 4 février 2003, la République fédérale de Yougoslavie a officiellement changé de nom pour prendre celui de «Serbie-et-Monténégro» (RFY-SM).

and institutions whose member it is, the Federal Republic of Yugoslavia shall not obstruct the newly formed states to join these organisations and institutions, particularly the United Nations and its specialised agencies.”<sup>2</sup>

5. The Declaration was brought to the attention of the United Nations by a Note of the same date informing the Secretary-General that

“[s]trictly respecting the continuity of the international personality of Yugoslavia, the Federal Republic of Yugoslavia shall continue to fulfil all the rights conferred to, and obligations assumed by, the Socialist Federal Republic of Yugoslavia in international relations, including its membership in all international organizations and participation in international treaties ratified or acceded to by Yugoslavia”<sup>3</sup>.

At that time, April 1992, no resolution purporting to oppose or undermine the FRY’s assertion was adopted by any competent United Nations organ and the FRY’s membership was not challenged. This fact suggests that the FRY was at the time considered to be a United Nations Member.

6. In September 1992, the Security Council and the General Assembly each adopted a resolution declaring “that the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) cannot continue automatically the membership of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia in the United Nations”<sup>4</sup>. These resolutions did not suspend the membership of the FRY in the United Nations in accordance with Article 5 of the Charter. Nor did either resolution have the effect of expelling the FRY from the United Nations in accordance with Article 6 of the Charter. Earlier, the Council, on 30 May 1992, had adopted a resolution<sup>5</sup> imposing economic and other sanctions on the FRY — meaning that the conditions for invoking the provisions of Article 6 existed — yet the FRY was not expelled.

7. This fact was recognized by the United Nations Legal Counsel, who on 29 September 1992, addressed a letter to the Permanent Representatives of Croatia and Bosnia and Herzegovina, in which the “considered

---

<sup>2</sup> Declaration of the Joint Session of the SFRY, Republic of Serbia and Republic of Montenegro Assemblies, 27 April 1992, United Nations doc. S/23877, Annex, p. 2.

<sup>3</sup> United Nations doc. A/46/915, Ann. I, p. 2.

<sup>4</sup> United Nations docs. S/RES/777 and A/RES/47/1.

<sup>5</sup> United Nations doc. S/RES/757.

et institutions internationales auxquelles elle appartient, la République fédérale de Yougoslavie ne fera rien pour empêcher les Etats nouvellement constitués d'adhérer à ces organisations et institutions, notamment à l'Organisation des Nations Unies et à ses institutions spécialisées.»<sup>2</sup>

5. Cette déclaration fut portée à l'attention de l'Organisation des Nations Unies par une note du même jour informant le Secrétaire général que

«[d]ans le strict respect de la continuité de la personnalité internationale de la Yougoslavie, la République fédérale de Yougoslavie continuera[it] 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 les relations internationales, y compris en ce qui concerne son appartenance à toutes les organisations internationales et sa participation à tous les traités internationaux que la Yougoslavie a[vait] ratifiés ou auxquels elle a[vait] adhéré»<sup>3</sup>.

A cette époque, à savoir avril 1992, aucun organe compétent de l'Organisation des Nations Unies n'adopta de résolution tendant à réfuter ou discréditer cette assertion de la RFY et la qualité de Membre de celle-ci ne fut pas contestée. Ce fait donne à penser que la RFY était alors considérée comme Membre de l'Organisation des Nations Unies.

6. En septembre 1992, le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale adoptèrent chacun une résolution indiquant que la République fédérative socialiste de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) ne pouvait pas assurer automatiquement la continuité de la qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie<sup>4</sup>. Ces résolutions ne suspendaient pas la qualité de Membre de la RFY à l'Organisation des Nations Unies en vertu de l'article 5 de la Charte, pas davantage qu'elles n'entraînaient son exclusion de l'Organisation en application de l'article 6 de la Charte. Or, le 30 mai 1992, le Conseil de sécurité avait adopté une résolution<sup>5</sup> imposant à la RFY des sanctions, économiques notamment — ce qui revient à dire que les conditions autorisant à invoquer les dispositions de l'article 6 étaient remplies; néanmoins, la RFY ne fut pas exclue.

7. Le conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies le reconnut, qui, le 29 septembre 1992, adressa aux représentants permanents de la Croatie et de la Bosnie-Herzégovine une lettre dans laquelle «la posi-

<sup>2</sup> Déclaration des participants à la session commune de l'Assemblée de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, de l'Assemblée nationale de la République de Serbie et de l'Assemblée de la République du Monténégro, 27 avril 1992, Nations Unies, doc. S/23877, annexe, p. 2.

<sup>3</sup> Nations Unies, doc. A/46/915, annexe I, p. 2.

<sup>4</sup> Nations Unies, doc. S/RES/777 et A/RES/47/1.

<sup>5</sup> Nations Unies, doc. S/RES/757.

view of the United Nations Secretariat regarding the practical consequences of the adoption by the General Assembly of resolution 47/1” was stated to be as follows:

“While the General Assembly has stated unequivocally that the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) cannot automatically continue the membership of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia in the United Nations and that the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) should apply for membership in the United Nations, the only practical consequence that the resolution draws is that the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) shall not *participate* in the work of the General Assembly. It is clear, therefore, that representatives of the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) can no longer *participate* in the work of the General Assembly, its subsidiary organs, nor conferences and meetings convened by it.

On the other hand, the resolution neither terminates nor suspends Yugoslavia’s *membership* in the Organization . . . The resolution does not take away the right of Yugoslavia to participate in the work of organs other than Assembly bodies.”<sup>6</sup>

8. In addition, the United Nations Secretariat continued to list “Yugoslavia” as a Member of the United Nations after September 1992. “Yugoslavia” also maintained other attributes of membership in the Organization including its flag, seat and nameplate in the General Assembly. The FRY was allowed to maintain the Yugoslav Permanent Mission to the United Nations and to circulate and receive documents. And “Yugoslavia” continued to be listed in the annual “Scale of Assessments” approved by the General Assembly for the contributions of Member States to the United Nations budget<sup>7</sup>.

9. Thus, the only practical consequence of the relevant resolutions was that the FRY was unable to participate in the work of the General Assembly and its subsidiary organs, conferences and meetings. They left untouched its relationship with the Security Council and with this Court. As the Court found in the 2003 *Application for Revision* case,

“Resolution 47/1 did not *inter alia* affect the FRY’s right to

<sup>6</sup> United Nations doc. A/47/485, Annex, pp. 2-3; original emphasis.

<sup>7</sup> In a series of resolutions, the General Assembly fixed a new rate of assessment for “Yugoslavia” of 0.11, 0.1025 and 0.10 per cent for the years 1995, 1996 and 1997 respectively (United Nations doc. A/RES/49/19B) and 0.060, 0.034 and 0.026 per cent for the years 1998, 1999 and 2000 respectively (United Nations doc. A/RES/52/215A).

tion réfléchi du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies en ce qui concerne les conséquences pratiques de l'adoption par l'Assemblée générale de la résolution 47/1 » était ainsi exposée :

« Si l'Assemblée générale a déclaré sans équivoque que la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) ne pouvait pas assurer automatiquement la continuité de la qualité de Membre de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie à l'Organisation des Nations Unies et que la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) devrait présenter une demande d'admission à l'Organisation, l'unique conséquence pratique de cette résolution est que la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) ne *participera* pas aux travaux de l'Assemblée générale. Il est donc clair que les représentants de la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) ne peuvent plus *participer* aux travaux de l'Assemblée générale et de ses organes subsidiaires, ni aux conférences et réunions organisées par celle-ci.

D'un autre côté, la résolution ne met pas fin à l'*appartenance* de la Yougoslavie à l'Organisation et ne la suspend pas... La résolution n'enlève pas à la Yougoslavie le droit de participer aux travaux des organes autres que ceux de l'Assemblée. »<sup>6</sup>

8. En outre, le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies continua de faire figurer la « Yougoslavie » sur la liste des Membres de l'Organisation après septembre 1992. La « Yougoslavie » conserva également d'autres attributs de Membre de l'Organisation, tels que son drapeau et son siège, avec la plaque portant son nom, à l'Assemblée générale. La RFY fut autorisée à maintenir la mission permanente de la Yougoslavie auprès de l'Organisation des Nations Unies et à distribuer et recevoir des documents. De plus, la « Yougoslavie » resta répertoriée dans le « barème des quotes-parts » approuvé annuellement par l'Assemblée générale pour les contributions des Etats Membres au budget de l'Organisation<sup>7</sup>.

9. Ainsi, les résolutions pertinentes eurent pour seule conséquence pratique d'empêcher la RFY de participer aux travaux de l'Assemblée générale et de ses organes subsidiaires, conférences et réunions. Elles laissèrent inchangée sa relation avec le Conseil de sécurité et la Cour internationale de Justice. Ainsi que l'a dit cette dernière dans l'affaire de la *Demande en revision* de 2003,

« [l]a résolution 47/1 ne portait notamment pas atteinte au droit de la

<sup>6</sup> Nations Unies, doc. A/47/485, annexe, p. 2-3 ; les italiques sont dans l'original.

<sup>7</sup> Dans une série de résolutions, l'Assemblée générale fixa pour la « Yougoslavie » une nouvelle quote-part de 0,11, 0,1025 et 0,10 % pour les années 1995, 1996 et 1997, respectivement (Nations Unies, doc. A/RES/49/19B), et de 0,060, 0,034 et 0,026 % pour les années 1998, 1999 et 2000, respectivement (Nations Unies, doc. A/RES/52/215A).



appear before the Court or to be a party to a dispute before the Court under the conditions laid down by the Statute.” (*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), Judgment, I.C.J. Reports 2003*, p. 31, para. 70.)

Indeed, the FRY actively participated in proceedings before this Court: it responded to claims with counter-claims; it submitted preliminary objections, and it appointed an *ad hoc* judge to participate in the Court’s deliberations. All these actions confirmed that the FRY was considered a Member of the United Nations and a party to the Statute.

10. The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), when it also considered the question whether the FRY was a member of the United Nations during this period, reached the same conclusion. It held that:

“Resolution 47/1 did not deprive the FRY of all the attributes of United Nations membership: the only practical consequence was its inability to participate in the work of the General Assembly, its subsidiary organs, conferences or meetings convened by it. Apart from that, it continued to function as a member of the United Nations in many areas of the work of the United Nations . . . Thus, while the FRY’s membership was lost for certain purposes, it was retained for others . . . The proper approach to the issue of the FRY membership of the United Nations in the period between 1992 and 2000 is not one that proceeds on a[n] *a priori*, doctrinaire assumption that its exclusion from participation in the work of the General Assembly necessarily meant that it was no longer a member of the United Nations. As the FRY membership was neither terminated nor suspended by General Assembly resolution 47/1, it is more appropriate to make a determination of its United Nations membership in that period on an empirical, functional and case-by-case basis.”<sup>8</sup>

Applying this “functional” approach, the Trial Chamber concluded that “the FRY was in fact a member of the United Nations both at the time of the adoption of the [ICTY] Statute in 1993 and at the time of the commission of the alleged offences in 1999”<sup>9</sup>.

11. The FRY’s formal admission to the United Nations on 1 Novem-

<sup>8</sup> *Prosecutor v. Milan Milutinović*, Case No. IT-99-37-PT, Decision on Motion Challenging Jurisdiction, 6 May 2003, paras. 37-38, *appeal dismissed*, Case No. IT-99-37-AR72.2, Decision of 12 May 2004 (internal citations omitted).

<sup>9</sup> *Ibid.*, para. 39.

RFY d'ester devant la Cour ou d'être partie à un différend devant celle-ci dans les conditions fixées par le Statut» (*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*), arrêt, *C.I.J. Recueil 2003*, p. 31, par. 70).

De fait, la RFY ne resta pas inactive dans le cadre des instances engagées devant la Cour, répondant aux demandes par des demandes reconventionnelles, soulevant des exceptions préliminaires et désignant des juges *ad hoc* pour participer aux délibérations. Toutes ces actions confirmèrent que la RFY était considérée comme Membre de l'Organisation des Nations Unies et partie au Statut.

10. Appelé lui aussi à examiner la question de savoir si la RFY était Membre de l'Organisation des Nations Unies au cours de cette période, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) parvint à la même conclusion :

«La résolution 47/1 n'a pas privé la RFY de tous ses attributs de membre de l'Organisation des Nations Unies : son unique conséquence pratique fut l'incapacité de la RFY de participer aux travaux de l'Assemblée générale et de ses organes subsidiaires, ainsi qu'aux conférences ou réunions organisées par celle-ci. Pour le reste, la RFY a continué de fonctionner comme un membre de l'Organisation dans de nombreux domaines... Ainsi, la RFY avait perdu son statut de membre dans certains domaines, mais le conservait dans d'autres... La question de l'appartenance de la RFY à l'Organisation des Nations Unies entre 1992 et 2000 ne doit pas être résolue par une approche dogmatique consistant à estimer a priori que l'exclusion de cet Etat des travaux de l'Assemblée générale signifiait nécessairement qu'il n'était plus membre de l'Organisation. Étant donné que la résolution 47/1 de l'Assemblée générale des Nations Unies n'a ni mis fin à son appartenance ni ne l'a suspendue, il convient d'examiner son statut de membre pendant la période en question sur une base empirique, fonctionnelle, et au cas par cas.»<sup>8</sup>

Appliquant cette approche «fonctionnelle», la Chambre de première instance conclut que «la RFY était de fait un membre de l'Organisation des Nations Unies, tant à la date de l'adoption du Statut, en 1993, qu'à celle de la commission des infractions alléguées, en 1999»<sup>9</sup>.

11. L'admission officielle de la RFY à l'Organisation des Nations

<sup>8</sup> *Le Procureur c. Milan Milutinović*, affaire n° IT-99-37-PT, décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence, 6 mai 2003, par. 37-38, exception d'incompétence rejetée, affaire n° IT-99-37-AR72.2, décision du 12 mai 2004 (références omises).

<sup>9</sup> *Ibid.*, par. 39.

ber 2000<sup>10</sup>, as was found in the 2003 *Application for Revision* case,

“cannot have changed retroactively the *sui generis* position which the FRY found itself in vis-à-vis the United Nations over the period 1992 to 2000, or its position in relation to the Statute of the Court” (*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*), *Judgment, I.C.J. Reports 2003*, p. 31, para. 71; emphasis added).

12. Again the ICTY Chamber reached the same conclusion when it held that:

“the formal admission of the FRY to membership in 2000 in no way invalidates [the] finding that the FRY retained sufficient indicia of membership during that period to be amenable to the regime of the Security Council resolutions adopted under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security”<sup>11</sup>.

13. The Court has now characterized the FRY’s *sui generis* position as one that “could not have amounted to its membership in the Organization” (Judgment, para. 77) and held that the FRY’s admission to the United Nations in 2000 “did not have and could not have had, the effect of dating back to the time when the Socialist Federal Republic of Yugoslavia broke up and disappeared” (*ibid.*). This, in my view, lacks a solid legal basis. Whereas the Security Council and General Assembly were acting in a political capacity when the relevant resolutions were adopted, the Court, throughout the various phases of the cases related to the former Yugoslavia, should have consistently stated and applied the appli-

<sup>10</sup> On 27 October 2000, the President of the FRY addressed a letter to the Secretary-General requesting admission of the FRY to membership, stating that

“[i]n the wake of fundamental democratic changes that took place in the Federal Republic of Yugoslavia, in the capacity of President, I have the honour to request the admission of the Federal Republic of Yugoslavia to membership in the United Nations in light of the implementation of Security Council resolution 777 (1992)” (United Nations doc. A/55/528-S/2000/1043, Annex).

As a result, on 1 November 2000, the General Assembly adopted resolution 55/12, stating that “[h]aving received the recommendation of the Security Council of 31 October 2000 that the Federal Republic of Yugoslavia should be admitted to membership in the United Nations” and “[h]aving considered the application for membership of the Federal Republic of Yugoslavia”, it “[d]ecides to admit the Federal Republic of Yugoslavia to membership in the United Nations”.

<sup>11</sup> *Prosecutor v. Milan Milutinovic*, Case No. IT-99-37-PT, Decision on Motion Challenging Jurisdiction, 6 May 2003, para. 44, *appeal dismissed*, Case No. IT-99-37-AR72.2, Decision of 12 May 2004.

Unies, le 1<sup>er</sup> novembre 2000<sup>10</sup>, ainsi que l'a dit la Cour en l'affaire de la *Demande en revision* de 2003,

«ne peut avoir rétroactivement modifié la situation *sui generis* dans laquelle se trouvait la RFY vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies pendant la période 1992-2000, ni sa situation à l'égard du Statut de la Cour» (*Demande en revision 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*), arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 31, par. 71 ; les italiques sont de moi).

12. Sur ce point aussi, la Chambre du TPIY est parvenue à la même conclusion, estimant que

«l'admission officielle de la RFY à l'Organisation en 2000 n'infirm[e] en rien la conclusion selon laquelle il subsistait suffisamment de marques de son appartenance à l'Organisation pendant la période concernée pour que les résolutions adoptées par le Conseil de sécurité en vertu de la Charte des Nations Unies dans le but de maintenir la paix et la sécurité internationales lui soient applicables»<sup>11</sup>.

13. La Cour juge désormais que la situation *sui generis* de la RFY «ne pouvait être regardée comme équivalant à la qualité de Membre de l'Organisation» (arrêt, par. 77) et dit que l'admission de la RFY au sein de l'Organisation des Nations Unies «n'a pas remonté et n'a pu remonter à l'époque de l'éclatement et de la disparition de la République fédérative socialiste de Yougoslavie» (*ibid.*). Ce constat ne repose, à mon sens, sur aucune base juridique solide. Si le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale, au moment de l'adoption des résolutions pertinentes, agissaient en leur qualité d'organes politiques, la Cour aurait dû quant à elle, à toutes les étapes des affaires auxquelles l'ex-Yougoslavie était partie, systé-

<sup>10</sup> Le 27 octobre 2000, le président de la RFY adressa au Secrétaire général une lettre ainsi libellée sollicitant l'admission de la RFY à l'Organisation :

«Après l'évolution démocratique fondamentale qui s'est produite en République fédérale de Yougoslavie, j'ai l'honneur, en ma qualité de Président, de demander l'admission de la République fédérale de Yougoslavie à l'Organisation des Nations Unies, comme suite à la résolution 777 (1992) du Conseil de sécurité.» (Nations Unies, doc. A/55/528-S/2000/1043, annexe.)

En conséquence, le 1<sup>er</sup> novembre 2000, l'Assemblée générale adopta la résolution 55/12, indiquant qu'«[a]yant examiné la recommandation du Conseil de sécurité, en date du 31 octobre 2000, tendant à ce que la République fédérale de Yougoslavie soit admise à l'Organisation des Nations Unies» et «[a]yant examiné la demande d'admission présentée par la République fédérale de Yougoslavie», elle «[d]écida[it] d'admettre la République fédérale de Yougoslavie à l'Organisation des Nations Unies».

<sup>11</sup> *Le Procureur c. Milan Milutinović*, affaire n° IT-99-37-PT, décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence, 6 mai 2003, par. 44, exception d'incompétence rejetée, affaire n° IT-99-37-AR72.2, décision du 12 mai 2004.

cable law. This approach would have yielded an outcome consistent with the law of the Charter and the established practice of the United Nations and, I believe, would have led the Court to find that the FRY was a member of the United Nations when, in 1999, it filed its application in the instant case. Therefore, the Court should have concluded that it was open to the FRY under Article 35, paragraph 1.

### III. ACCESS TO THE COURT UNDER ARTICLE 35, PARAGRAPH 2

1. The FRY did not invoke Article 35, paragraph 2, of the Court's Statute as a basis for the Court's jurisdiction. The Court decided *proprio motu* to address it<sup>12</sup>, holding that the FRY, as a non-party to the Statute, could not invoke a treaty which entered into force after the entry into force of the Statute as a basis for access to the Court under Article 35, paragraph 2. I have explained the reasons for my disagreement with the Court's conclusion that the FRY was not a Member of the United Nations in 1999. However, assuming that it was a non-Member, I also cannot agree that it would not have access to the Court under the provisions of Article 35, paragraph 2.

2. Article 35, paragraph 2, of the Court's Statute provides that:

“The conditions under which the Court shall be open to other States shall, subject to the special provisions contained in treaties in force, be laid down by the Security Council, but in no case shall such conditions place the parties in a position of inequality before the Court.”

3. There are two questions relevant to an Article 35, paragraph 2, examination: first, whether a “treaty in force” may provide a basis for the Court's jurisdiction instead of, rather than in combination with, compliance with the requirements laid down by the Security Council in its resolution 9 of 1946; and second, whether the Genocide Convention can be considered a “treaty in force”.

<sup>12</sup> Although the Court is free to decide the issues submitted to it by the Parties for reasons other than those advanced by the Parties, it is undesirable as a matter of judicial policy for the Court to raise *proprio motu* a legal argument that is not determinative of one of the Applicant's submissions, unless there are “compelling considerations of international justice and of development of international law which favour a full measure of exhaustiveness” on the matter. Compare *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, *I.C.J. Reports 2003*, p. 232, para. 27, separate opinion of Judge Higgins (“it is unlikely to be ‘desirable’ to deal with important and difficult matters, which are gratuitous to the determination of a point of law put by the Applicant in its submissions”) with Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 1982, p. 37.

matiquement dire et appliquer le droit applicable — démarche qui lui aurait permis d'assurer la conformité avec les dispositions de la Charte et la pratique établie de l'Organisation des Nations Unies et qui l'aurait, selon moi, conduite à conclure que la RFY était Membre de l'Organisation des Nations Unies en 1999, date du dépôt de sa requête en la présente espèce. La Cour aurait donc dû conclure qu'elle était ouverte à la RFY en vertu du paragraphe 1 de l'article 35 du Statut.

### III. QUALITÉ POUR ESTER DEVANT LA COUR EN VERTU DU PARAGRAPHE 2 DE L'ARTICLE 35 DU STATUT

1. La RFY n'a pas invoqué le paragraphe 2 de l'article 35 du Statut de la Cour pour fonder la compétence de celle-ci. La Cour a décidé de l'examiner de sa propre initiative<sup>12</sup>, et a estimé que la RFY, Etat non partie au Statut, ne pouvait se prévaloir d'un traité entré en vigueur après le Statut pour fonder son droit d'ester devant la Cour aux termes du paragraphe 2 de l'article 35. J'ai expliqué pourquoi je ne saurais me rallier à la conclusion de la Cour selon laquelle la RFY n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies en 1999. Toutefois, même dans l'hypothèse contraire, je ne souscrirais pas à l'idée que la Cour n'était pas non plus ouverte à la RFY en vertu du paragraphe 2 de l'article 35 du Statut.

2. Le paragraphe 2 de l'article 35 du Statut de la Cour dispose :

«Les conditions auxquelles [la Cour] est ouverte aux autres Etats sont, sous réserve des dispositions particulières des traités en vigueur, réglées par le Conseil de sécurité, et, dans tous les cas, sans qu'il puisse en résulter pour les parties aucune inégalité devant la Cour.»

3. L'examen du paragraphe 2 de l'article 35 soulève deux questions, celles de savoir, d'une part, si la compétence de la Cour peut être fondée sur un «trait[é] en vigueur» sans — et non sous réserve — qu'il soit satisfait aux exigences énoncées par le Conseil de sécurité dans sa résolution 9 de 1946; et, d'autre part, si la convention sur le génocide peut être regardée comme un «trait[é] en vigueur».

<sup>12</sup> S'il lui est loisible de trancher les questions qui lui ont été soumises sur la base de considérations autres que celles avancées par les Parties, il n'est pas souhaitable, du point de vue de la politique judiciaire, que la Cour soulève de sa propre initiative un argument juridique qui ne lui sert pas à se prononcer sur l'une des conclusions du demandeur, à moins que «de puissantes considérations — tenant à la justice internationale et au développement du droit international — [ne] militent en faveur du caractère entièrement exhaustif» de l'examen de la question. Comparer l'affaire des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, C.I.J. Recueil 2003, opinion individuelle de M<sup>me</sup> le juge Higgins, par. 27 («il est peu vraisemblable qu'il soit «souhaitable» de traiter de questions importantes et difficiles sans rapport avec l'établissement d'un point de droit soulevé par le demandeur dans ses conclusions») et Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 1982, p. 37.

4. In respect of the first question, I agree with the Court's previous finding that

“proceedings may validly be instituted by a State against a State which is a party to such a special provision in a treaty in force, but is not party to the Statute, and *independently of* the conditions laid down by the Security Council in its resolution 9 of 1946” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 8 April 1993, I.C.J. Reports 1993*, p. 14, para. 19; emphasis added)<sup>13</sup>.

5. In regard to the second question, I agree with the Court's previous finding that “Article IX of the Genocide Convention . . . could . . . be regarded *prima facie* as a special provision contained in a treaty in force [so as to come] *prima facie* within the jurisdiction *ratione personae* of the Court” (*ibid.*). The Court now holds, however, that “treaty in force” means a “treaty in force at the time that the Court's Statute came into force”, and therefore concludes that the Genocide Convention, having come into force after the Court's Statute, does not give the FRY access to the Court under Article 35, paragraph 2.

6. The Court begins its analysis of Article 35, paragraph 2, by noting that

“[a]s for the words ‘treaties in force’, in their natural and ordinary meaning they do not indicate at what date the treaties contemplated are to be in force, and thus they may lend themselves to different interpretations. One can construe those words as referring to treaties which were in force at the time that the Statute itself came into force, as was contended by certain Respondents; or to those which were in force on the date of the institution of proceedings in a case in which such treaties are invoked. In favour of this latter interpretation, it may be observed that the similar expression ‘treaties and conventions in force’ is found in Article 36, paragraph 1, of the Statute, and the Court has interpreted it in this sense . . . The expression ‘treaty or convention in force’ in Article 37 of the Statute has also been read as meaning in force at the date proceedings were instituted.” (Judgment, para. 100; internal citations omitted.)

<sup>13</sup> See also League of Nations, Records of the First Assembly, Meetings of the Committees, Third Committee, Annex 7, *Report Submitted to the Third Committee by M. Hagerup on behalf of the Sub-Committee*, p. 532:

“The access of other [non-members of the League of Nations] States to the Court will depend *either on* the special provisions of the Treaties in force (for example the provisions of the Treaties of Peace concerning the rights of minorities, labour, etc.) *or else on* a resolution of the Council.” (Emphasis added.)

4. S'agissant de la première question, je souscris à la conclusion énoncée par la Cour dans une précédente décision, selon laquelle

«une instance peut être valablement introduite par un Etat contre un autre Etat qui, sans être partie au Statut, est partie à une [telle] disposition particulière d'un traité en vigueur, et ce *indépendamment* des conditions réglées par le Conseil de sécurité dans sa résolution 9 (1946)» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993*, p. 14, par. 19; les italiques sont de moi)<sup>13</sup>.

5. S'agissant de la seconde, je m'associe à cette autre conclusion formulée par la Cour à la même occasion, selon laquelle «l'article IX de la convention sur le génocide ... pourrait être considér[é] *prima facie* comme une disposition particulière d'un traité en vigueur [de manière que le différend relève] ... *prima facie* de la compétence *ratione personae* de la Cour» (*ibid.*). Or, la Cour affirme à présent que l'expression «traités en vigueur» vise les «traités en vigueur à la date de l'entrée en vigueur du Statut de la Cour» et, la convention sur le génocide étant entrée en vigueur après le Statut de la Cour, en conclut que cette dernière n'est pas ouverte à la RFY en vertu du paragraphe 2 de l'article 35 du Statut.

6. La Cour commence son analyse du paragraphe 2 de l'article 35 par le constat suivant:

«Quant à l'expression «traités en vigueur», son sens naturel et ordinaire ne fournit pas d'indication quant à la date à laquelle les traités visés doivent être en vigueur, et par conséquent elle peut être interprétée de différentes manières. On peut l'interpréter comme visant les traités qui étaient en vigueur à la date à laquelle le Statut lui-même était entré en vigueur, comme l'ont fait certains défenseurs; ou comme visant les traités qui étaient en vigueur à la date de l'introduction de l'instance dans une affaire où ces traités sont invoqués. On peut rappeler à l'appui de cette dernière interprétation que l'expression «traités et conventions en vigueur» se retrouve également au paragraphe 1 de l'article 36 du Statut, et la Cour l'a interprétée en ce sens... L'expression «un traité ou une convention en vigueur» figurant à l'article 37 du Statut a elle aussi été interprétée comme signifiant «en vigueur» à la date de l'introduction de l'instance.» (Arrêt, par. 100; références omises.)

<sup>13</sup> Voir également Société des Nations, Actes de la Première Assemblée, séances des Commissions, vol. I, Troisième Commission, annexe 7, *Rapport présenté à la Troisième Commission par M. Hagerup, au nom de la Sous-Commission*, p. 532:

«pour les autres Etats [non membres de la Société des Nations], leur accès à la Cour dépendra *ou bien* des dispositions particulières des traités en vigueur (par exemple les dispositions dans les traités de paix concernant le droit des minorités, le travail, etc.) *ou bien* d'une résolution du Conseil» (les italiques sont de moi).



7. Even assuming — without deciding<sup>14</sup> — that the Court is correct in holding that the term “treaties in force” should be given a more restrictive interpretation than the interpretation it is given when it appears in Articles 36 and 37, in my view the interpretation adopted by the Court — limiting “treaties in force” to treaties in force at the time the Court’s Statute came into force — is unduly restrictive.

8. The Court’s interpretation of “treaties in force” is primarily based on statements in the *travaux préparatoires* of the Statute of the Permanent Court of International Justice (PCIJ), which contained the original, and substantially identical, provision. These statements suggest to the Court that when considering the term “treaties in force” in Article 35, paragraph 2, the provision’s drafters had in mind the peace treaties with former First World War enemy States (who were not Members of the League of Nations and would otherwise not have access to the Court) concluded before the entry into force of the Court’s Statute.

9. However, there is evidence from the discussion of the Statute’s drafters that such a narrow interpretation is not warranted. The peace treaties were considered to encompass all “Treaties of Peace dealing with the rights of minorities, labour, etc.”<sup>15</sup> including any “Treaties other than the German Treaty [that] form[ed] part of the general peace settlement”<sup>16</sup> and provided for judicial dispute settlement. This interpretation was confirmed in 1926 when the Court was considering amendments to the Court’s Rules. At this juncture it was stated that Article 35 related to “*situations provided for by the treaties of peace*” (1926, *P.C.I.J., Series D, No. 2, Add., Acts and Documents*, p. 106; emphasis added). And “it was decided . . . not to lay down, once and for all, in what cases” such treaties

<sup>14</sup> The Court’s interpretation conflicts with the prior jurisprudence of the Permanent Court in the *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* case, in which the Permanent Court impliedly construed the expression “treaties in force” as meaning any treaty in force at the time when the case was brought before the Court (*P.C.I.J., Series A, No. 6*). See also statement of Registrar Ake Hammarskjöld:

“The Council’s Resolution of May 17th, 1922, would have no bearing on cases submitted to the Court under a general treaty; for any State which was a party to a general treaty might then, without making any special declaration [as required by the Security Council resolution], be a party before the Court. The only case, therefore, in which the Council’s resolution applied was that in which a suit was brought before the Court by special agreement.” (1926, *P.C.I.J., Series D, No. 2, Add., Revision of the Rules of the Court*, p. 76.)

<sup>15</sup> League of Nations, Records of the First Assembly, Plenary Meetings, Twentieth Plenary Meeting, Annex A, *Reports on the Permanent Court of [International] Justice Presented by the Third Committee to the Assembly*, 1920, p. 463.

<sup>16</sup> Secretariat of the League of Nations, Memorandum on the Different Questions Arising in Connection with the Establishment of the Permanent Court of International Justice, reprinted in PCIJ, Advisory Committee of Jurists, *Documents Presented to the Committee Relating to Existing Plans for the Establishment of a Permanent Court of International Justice*, 1920, p. 17.

7. A supposer même — sans pour autant conclure<sup>14</sup> — que la Cour a raison d'estimer que l'expression «traités en vigueur» doit être ici interprétée plus étroitement que lorsqu'elle apparaît dans les articles 36 et 37, l'interprétation retenue par la Cour — à savoir que ladite expression renverrait aux seuls traités en vigueur à la date de l'entrée en vigueur de son Statut — est, à mon sens, par trop restrictive.

8. L'interprétation que donne la Cour de l'expression «traités en vigueur» repose essentiellement sur des observations faites dans le cadre des travaux préparatoires du Statut de la Cour permanente de Justice internationale (CPJI), dans lequel était énoncée la disposition initiale, fondamentalement identique. La Cour infère de ces déclarations que, pour les auteurs du paragraphe 2 de l'article 35, l'expression «traités en vigueur» visait les traités de paix conclus avec les Etats qui s'étaient trouvés dans le camp ennemi au cours de la première guerre mondiale (lesquels, n'étant pas membres de la Société des Nations, n'auraient pas eu autrement accès à la Cour), traités conclus avant l'entrée en vigueur du Statut de la Cour.

9. Il ressort toutefois des discussions que tinrent les rédacteurs du Statut qu'une interprétation aussi étroite n'a pas lieu d'être. Les traités de paix étaient réputés comprendre tous les «traités de paix visant les droits des minorités, le travail, etc.»<sup>15</sup> et, entre autres, tous les «traités, autres que le traité avec l'Allemagne, [faisant] partie du règlement général de la paix»<sup>16</sup> et prévoyant un règlement judiciaire des différends. Cette interprétation fut confirmée en 1926 dans le cadre de l'examen par la Cour d'amendements à son Règlement. Il fut alors précisé que l'article 35 concernait les «*situations prévues par les traités de paix*» (1926, *C.P.J.I. série D n° 2, add., Actes et documents*, p. 106; les italiques sont de moi), et «décidé ... de ne point fixer dorénavant les cas où» ces traités pour-

<sup>14</sup> L'interprétation de la Cour va à l'encontre de la jurisprudence de la Cour permanente en l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, dans laquelle l'expression «traités en vigueur» a implicitement été interprétée comme visant tout traité en vigueur à la date de l'introduction de l'instance devant la Cour (*C.P.J.I. série A n° 6*). Voir aussi la déclaration d'Ake Hammarskjöld, greffier :

«[L]a résolution du Conseil du 17 mai 1922 ne peut avoir aucune portée sur les affaires dont la Cour est saisie en vertu d'un traité général; car tout Etat qui est partie à un traité général peut alors, sans aucune déclaration spéciale, être partie devant la Cour. Il ne subsiste alors, comme seul domaine d'application de la résolution du Conseil, que le cas où la Cour est saisie par compromis.» (1926, *C.P.J.I. série D n° 2, add.*, «Revision du Règlement de la Cour», p. 76.)

<sup>15</sup> Société des Nations, Actes de la Première Assemblée, séances plénières, 20<sup>e</sup> séance plénière, annexe A, *Rapports sur la Cour permanente de Justice internationale présentés par la Troisième Commission à l'Assemblée*, 1920, p. 463.

<sup>16</sup> Secrétariat de la Société des Nations, «Mémoire sur les différentes questions concernant l'établissement de la Cour permanente de Justice internationale», réimprimé in Cour permanente de Justice internationale, comité consultatif de juristes, *Documents présentés au comité et relatifs à des projets déjà existants pour l'établissement d'une Cour permanente de Justice internationale*, 1920, p. 16.

might provide non-League Members access to the Court<sup>17</sup>.

10. Indeed, there were numerous treaties and conventions connected with the Peace Settlement of 1919, including labour treaties adopted by the International Labour Conference, treaties regarding the various mandates approved by the Council of the League of Nations, and treaties concerning the protection of minorities<sup>18</sup>.

11. By analogy, in the context of the Statute of the International Court of Justice drafted in the aftermath of the Second World War, the Genocide Convention can be considered a treaty connected with the peace settlement. Barely a year after the end of the war, there was already a General Assembly resolution<sup>19</sup> mandating the Economic and Social Council to prepare a draft convention prohibiting genocide as a crime against international law. The Convention was the first post-war treaty in the area of human rights and was considered to be the United Nations' first concrete legal response to the Holocaust. The philosophy, object and purpose of the Convention as a whole are a direct outcome of the tragic events of the Second World War. Thus, when the Convention was drafted, it was stressed that

“Having regard to the troubled state of the world, it was essential that the convention should be adopted as soon as possible, before the memory of the barbarous crimes which had been committed faded from the minds of men.”<sup>20</sup>

12. The fact that the Genocide Convention came into force after the Statute of the Court does not change this conclusion. The PCIJ drafters clearly contemplated that the treaties “in force” under Article 35 included not only those that were already in force, but also treaties granting non-League Members access to the Court which were still in draft form and under negotiation<sup>21</sup>.

13. This is confirmed in the Permanent Court's jurisprudence in the *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* case (*P.C.I.J., Series A, No. 6*). In this case, Germany, a non-League Member, was the applicant

<sup>17</sup> Report of the Registrar of the Court, reprinted in 1936, *P.C.I.J., Series D, No. 2, 3rd Add.*, p. 818: “It was decided . . . not to lay down, once and for all, in what cases declarations were required (question of the Peace Treaties).”

<sup>18</sup> See M. Hudson, *The Permanent Court of International Justice 1920-1942*, 1972, pp. 439-444 (giving examples).

<sup>19</sup> United Nations doc. A/96 (I) (11 December 1946).

<sup>20</sup> United Nations, *Official Records of the General Assembly, Committees, Third Session, Part I*, Sept.-Dec. 1948, Vol. 4, *Report of the Economic and Social Council, Sixth Committee, Legal Questions, Sixty-third Meeting* (1948), p. 5.

<sup>21</sup> Secretariat of the League of Nations, *Memorandum on the Different Questions Arising in Connection with the Establishment of the Permanent Court of International Justice*, *op. cit.*, p. 17.

raient permettre aux Etats non membres de la Société des Nations d'ester devant la Cour<sup>17</sup>.

10. De fait, il existait nombre de traités et conventions liés au règlement de la paix de 1919, parmi lesquels figuraient des traités relatifs au travail adoptés par la Conférence internationale du Travail, des traités portant sur les divers mandats approuvés par le Conseil de la Société des Nations et des traités concernant la protection des minorités<sup>18</sup>.

11. Par analogie, dans le contexte de la rédaction, au lendemain de la seconde guerre mondiale, du Statut de la Cour internationale de Justice, la convention sur le génocide peut être considérée comme un traité lié au règlement de la paix. Moins d'un an après la fin de la guerre, une résolution de l'Assemblée générale<sup>19</sup> chargeait déjà le Conseil économique et social de préparer un projet de convention interdisant le génocide en tant que crime de droit international. La convention fut le premier traité d'après-guerre dans le domaine des droits de l'homme et fut considérée comme la première réponse juridique concrète de l'Organisation des Nations Unies aux exterminations nazies. La philosophie, l'objet et le but de la convention dans son ensemble sont la conséquence directe des événements tragiques de la seconde guerre mondiale. Ainsi, lors des travaux de rédaction, il fut insisté sur le fait que,

«[d]ans [c]e monde troublé ... il [était] essentiel d'adopter cette convention au plus vite, avant que les crimes atroces qui [avaie]nt été commis ne dispar[us]sent de la mémoire des hommes»<sup>20</sup>.

12. Que la convention sur le génocide soit entrée en vigueur après le Statut de la Cour ne modifie nullement cette conclusion. Les rédacteurs du Statut de la CPIJ considéraient de toute évidence que les «traités en vigueur» au sens de l'article 35 comprendraient non seulement les instruments déjà en vigueur, mais également les traités — encore à l'état de projet et en cours de négociation — conférant à des Etats non membres de la Société des Nations le droit d'ester devant la Cour<sup>21</sup>.

13. La jurisprudence de la Cour permanente en l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (C.P.J.I. série A n° 6) le confirme : la demanderesse en cette affaire était l'Allemagne, Etat non

<sup>17</sup> Rapport du greffier de la Cour, réimprimé in 1936, C.P.J.I. série D n° 2, troisième addendum, p. 818 : «Il a été décidé ... de ne point fixer dorénavant les cas où la déclaration sera requise (question des traités de paix).»

<sup>18</sup> Voir M. Hudson, *The Permanent Court of International Justice 1920-1942*, 1972, p. 439-444 (qui fournit des exemples).

<sup>19</sup> Nations Unies, doc. A/96 (I), 11 décembre 1946.

<sup>20</sup> Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, troisième session, première partie*, septembre-décembre 1948, vol. 4, rapport du Conseil économique et social, Sixième Commission, questions juridiques, 63<sup>e</sup> séance, 1948, p. 5.

<sup>21</sup> Secrétariat de la Société des Nations, «Mémorandum sur les différentes questions concernant l'établissement de la Cour permanente de Justice internationale», *op. cit.*, p. 16.

and the PCIJ's jurisdiction was derived from the German-Polish Convention relating to Upper Silesia, which was concluded *after* the adoption of the PCIJ Statute. Poland did not dispute the fact that the suit had been duly submitted to the Court under Article 35, and the Court found itself, on the basis of the treaty alone — (Germany had not complied with the conditions laid down by the Council of the League of Nations) — able to exercise jurisdiction over the parties to the case.

14. When the PCIJ considered the revision of its Rules in 1926, Judge Anzilotti explained that the *German Interests* case

“related to a treaty — the Upper Silesian Convention — *drawn up under the auspices of the League of Nations which was to be considered as supplementary to* [a First World War Peace Treaty,] the Treaty of Versailles. It was therefore possible to include the case in regard to which the Court had then to decide in the general expression ‘subject to treaties in force’, whilst construing that expression as referring to the peace treaties.”<sup>22</sup>

Similarly, being the first major human rights convention drawn up *under the auspices of the United Nations*, the Genocide Convention can be considered *supplementary to* the Second World War peace treaties and consequently comes within the definition of Article 35's “treaties in force” even though it entered into force after the Statute of the Court.

15. As an additional argument, I believe that even if one adopts the Court's interpretation of “treaties in force” as encompassing only those treaties which, like the Peace Treaties, were in force before the Statute of the Court came into force<sup>23</sup>, a special, broader interpretation of the expression is appropriate in a case which, like the present case, involves a multilateral treaty of a universal character which is intended to remedy violations of *jus cogens*. On this point, I subscribe to the view of Professor Sienho Yee, that in cases involving *jus cogens*, there is a special need

“to . . . resolv[e] disputes . . . as soon as possible. As treaties may not override *jus cogens*<sup>24</sup>, they should not hinder efforts to remedy violations of *jus cogens*. Accordingly, the phrase ‘treaties in force’ should be given the broadest scope so as to facilitate any consenting

<sup>22</sup> Minutes of Meeting of the PCIJ on 21 July 1926 on amending its Rules of Court, at 1926, *P.C.I.J., Series D, No. 2, Add., Acts and Documents*, p. 105; emphasis added.

<sup>23</sup> The Court notes in paragraph 112 that, in the context of the present Court, there were no such treaties in force prior to the Statute.

<sup>24</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties, Art. 53. See also Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4th ed., 1990, pp. 512-515.

membre de la Société des Nations, et la compétence de la CPJI procédait de la convention germano-polonaise relative à la Haute-Silésie, conclue *après* l'adoption du Statut de la CPJI. La Pologne ne contesta pas que l'instance eût été dûment soumise à la Cour aux termes de l'article 35, et la Cour se déclara, sur la base de ce seul traité (l'Allemagne n'avait pas satisfait aux conditions énoncées par le Conseil de la Société des Nations), à même d'exercer sa compétence à l'égard des parties à l'affaire.

14. Lorsque la CPJI procéda à la revision de son Règlement en 1926, le juge Anzilotti expliqua qu'il s'agissait, dans l'affaire relative à *Certains intérêts allemands*,

«d'un traité — la convention de Haute-Silésie — *rédigé sous les auspices de la Société des Nations et qui devait être considéré comme un complément* [d'un traité de paix conclu au lendemain de la première guerre mondiale, le] traité de Versailles. Il [était] donc possible de faire rentrer le cas sur lequel la Cour a[vait] alors statué dans l'expression générale «sous réserve des traités en vigueur», tout en interprétant cette expression comme visant les traités de paix.»<sup>22</sup>

De même, en tant que première grande convention relative aux droits de l'homme rédigée *sous les auspices des Nations Unies*, la convention sur le génocide peut être considérée comme *un complément des traités de paix* conclus à l'issue de la seconde guerre mondiale et relève par conséquent de la définition des «traités en vigueur» figurant à l'article 35, bien qu'elle soit entrée en vigueur après le Statut de la Cour.

15. J'ajouterai, à titre subsidiaire, que même si l'on retient l'interprétation de la Cour selon laquelle l'expression «traités en vigueur» ne vise que les traités qui, à l'instar des traités de paix, étaient en vigueur avant l'entrée en vigueur du Statut de la Cour<sup>23</sup>, une interprétation particulière, plus large, de cette expression me semble s'imposer dans une affaire qui, telle la présente, concerne un traité multilatéral à caractère universel destiné à remédier à des violations du *jus cogens*. Sur ce point, je souscris au point de vue de M. Sienho Yee, selon lequel, dans les affaires relevant du *jus cogens*, il est tout particulièrement nécessaire

«de résoudre les différends ... dans les meilleurs délais. De même qu'ils ne sauraient prévaloir sur le *jus cogens*<sup>24</sup>, les traités ne doivent pas gêner les efforts tendant à remédier aux violations de celui-ci. En conséquence, il convient de donner à l'expression «traités en vigueur»

<sup>22</sup> Procès-verbal de la séance consacrée par la CPJI à la revision de son Règlement le 21 juillet 1926, *C.P.J.I. série D n° 2, add., Actes et documents*, p. 105; les italiques sont de moi.

<sup>23</sup> La Cour note au paragraphe 112 de son arrêt que, en ce qui concerne la présente Cour, aucun traité de cette nature n'était en vigueur avant l'entrée en vigueur du Statut.

<sup>24</sup> Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 53. Voir également Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4<sup>e</sup> éd., 1990, p. 512-515.

sovereign State to utilise the Court to resolve any disputes involving *jus cogens*.”<sup>25</sup>

16. Thus, even if the PCIJ drafters primarily had in mind the special category of existing peace treaties, to the exclusion of all others, their original intent should give way, in the context of the ICJ Statute, to a broader interpretation of “treaties in force” that includes multilateral treaties addressing *jus cogens* violations which have largely emerged in the post-Second World War era.

17. Because of the overriding importance of such treaties to the progressive development of international law and the maintenance of peace, they are, and should be, subject to a special interpretation. Cf. Article 60, paragraph 5, of the Vienna Convention on the Law of Treaties (non-applicability of treaty termination rules to “provisions relating to the protection of the human person contained in treaties of a humanitarian character”); the Court’s Advisory Opinion on *Reservations to the Genocide Convention* (limiting ability of States to enter reservations to the Genocide Convention) (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951*, p. 24), and Order on counter-claims in the *Application of the Genocide Convention* case (limiting applicability of reciprocity rules in context of Genocide Convention) (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Counter-Claims, Order of 17 December 1997, I.C.J. Reports 1997*, p. 258, para. 35).

18. In sum, the Genocide Convention and other treaties that either relate to the peace settlement following the Second World War or are aimed at redressing violations of *jus cogens* should be interpreted as “treaties in force” under Article 35, paragraph 2, as long as they are in force at the time an application is instituted before the Court.

#### IV. JURISDICTION UNDER THE GENOCIDE CONVENTION

1. The Court found that the FRY did not have access to the Court and the Court did not therefore consider it necessary to decide whether the FRY was or was not a party to the Genocide Convention at the time it filed its Application. In my view, the FRY did have access to the Court under the provisions of Article 35 and I shall proceed to

---

<sup>25</sup> S. Yee, “The Interpretation of ‘Treaties in Force’ in Article 35 (2) of the Statute of the ICJ”, 47 *ICLQ* 884, 903 (1998).

une portée aussi vaste que possible, de manière à permettre à tout Etat souverain consentant de recourir facilement à la Cour en vue de résoudre tout différend relevant du *jus cogens*.»<sup>25</sup>

16. Ainsi, quand bien même les rédacteurs du Statut de la CPIJ auraient eu à l'esprit les seuls traités de paix existants, à l'exclusion de toute autre catégorie de traités, il y aurait lieu, dans le contexte du Statut de la CIJ, d'aller au-delà de leur intention initiale, pour privilégier une interprétation plus large de l'expression «traités en vigueur» incluant les traités multilatéraux relatifs à des violations du *jus cogens* conclus pour la plupart après la seconde guerre mondiale.

17. Compte tenu de l'importance fondamentale qu'ils revêtent pour le développement progressif du droit international et le maintien de la paix, ces traités font et doivent faire l'objet d'une interprétation particulière. (Voir le paragraphe 5 de l'article 60 de la convention de Vienne sur le droit des traités (prévoyant l'inapplicabilité des règles relatives à l'extinction d'un traité aux dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire); l'avis consultatif rendu par la Cour sur les *Réserves à la convention sur le génocide* (restreignant la capacité des Etats à formuler des réserves à la convention sur le génocide) (*Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951*, p. 24) et l'ordonnance sur les demandes reconventionnelles rendue en l'affaire relative à l'*Application de la convention sur le génocide* (limitant l'applicabilité des règles de réciprocité dans le contexte de la convention sur le génocide) (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, demandes reconventionnelles, ordonnance du 17 décembre 1997, C.I.J. Recueil 1997*, p. 258, par. 35).)

18. En résumé, la convention sur le génocide et les autres traités qui sont ou bien liés au règlement de la paix intervenu à l'issue de la seconde guerre mondiale, ou bien destinés à remédier à des violations du *jus cogens* doivent être réputés constituer des «traités en vigueur» au sens du paragraphe 2 de l'article 35, sous réserve d'être en vigueur à la date du dépôt d'une requête devant la Cour.

#### IV. COMPÉTENCE SUR LA BASE DE LA CONVENTION SUR LE GÉNOCIDE

1. La Cour a conclu qu'elle n'était pas ouverte à la RFY et n'a, en conséquence, pas jugé nécessaire de se prononcer sur la question de savoir si la RFY était ou non partie à la convention sur le génocide à la date du dépôt de sa requête. Or, à mon sens, la Cour était ouverte à la RFY en vertu des dispositions de l'article 35 du Statut; j'examinerai donc

<sup>25</sup> S. Yee, «The Interpretation of «Treaties in Force» in Article 35 (2) of the Statute of the ICJ», 47 *ICLQ* 884, p. 903, 1998.



examine the Genocide Convention as a basis for the Court's jurisdiction<sup>26</sup>.

2. During the period 1992-2000, the treaty obligations of the SFRY extended to each of the successor States. This is true regardless of whether or not the FRY was a member of the United Nations during this period. As the Court notes in paragraph 70, the United Nations Office of Legal Affairs in its "Summary of Practice of the Secretary-General as Depositary of Multilateral Treaties" published in 1996, concluded that the legal effects of General Assembly resolution 47/1 were limited to the framework of the United Nations and did not affect the rules of treaty succession:

"[A]fter the separation of parts of the territory of the Union of Soviet Socialist Republics (which became independent States), the Union of Soviet Socialist Republics (as the Russian Federation) continued to exist as a predecessor State, and all its treaty rights and obligations continued in force in respect of its territory. The same applies to the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro), which remains as the predecessor State upon separation of parts of the territory of the former Yugoslavia. General Assembly resolution 47/1 of 22 September 1992, to the effect that the Federal Republic of Yugoslavia could not automatically continue the membership of the former Yugoslavia in the United Nations . . . was adopted within the framework of the United Nations and the context of the Charter of the United Nations, and not as an indication that the Federal Republic of Yugoslavia was not to be considered a predecessor State."<sup>27</sup>

3. Indeed, during this period, the FRY continued to claim that it was a successor State to the SFRY and that, as such, it was bound by all the treaty obligations of the predecessor State. On 27 April 1992, the FRY submitted a note to the Secretary-General in which it declared explicitly

---

<sup>26</sup> The FRY argued in relation to all eight Respondents that the Court had jurisdiction *ratione personae* under the Genocide Convention. Because I find that the Court did not have jurisdiction *ratione materiae*, I will not proceed to consider the alternative grounds raised by the FRY in relation to particular respondent parties.

<sup>27</sup> United Nations doc. ST/LEG/8. The passage was later

"deleted by the Secretariat in response to the objections raised by a number of States that the text was contrary to the relevant Security Council and General Assembly resolutions and the pertinent opinions of the Arbitration Commission of the International Conference for Peace in Yugoslavia" (Judgment, para. 70, citing United Nations docs. A/50/910-S/1996/231, A/51/95-S/1996/251, A/50/928-S/1996/263 and A/50/930-S/1996/260).

à présent dans quelle mesure la convention sur le génocide peut constituer une base de compétence pour la Cour<sup>26</sup>.

2. Entre 1992 et 2000, les obligations conventionnelles de la RFSY s'étendaient à chacun des Etats successeurs, et ce, indépendamment de la question de savoir si la RFY était alors Membre ou non de l'Organisation des Nations Unies. Ainsi que le relève la Cour au paragraphe 70 de son arrêt, le bureau des affaires juridiques de l'Organisation avait estimé, dans son «Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux» publié en 1996, que les effets juridiques de la résolution 47/1 de l'Assemblée générale étaient limités au cadre de l'Organisation des Nations Unies et étaient sans incidence sur les règles relatives à la succession en matière de traités :

«[A]près la séparation de parties du territoire de l'Union des Républiques socialistes soviétiques (qui ont acquis le statut d'Etats indépendants), l'Union des Républiques socialistes soviétiques a continué (sous le nom de Fédération de Russie) à exister en tant qu'Etat prédécesseur, et tous ses droits et obligations d'origine conventionnelle sont demeurés valables à l'égard de son territoire. Il en va de même de la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro), qui demeure l'Etat prédécesseur après séparation de parties du territoire de l'ex-Yougoslavie. La résolution 47/1 de l'Assemblée générale en date du 22 septembre 1992, aux termes de laquelle la République fédérative de Yougoslavie ne pouvait pas assumer automatiquement la continuité de la qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies de l'ex-Yougoslavie ..., fut adoptée dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies et dans le contexte de la Charte de l'Organisation des Nations Unies, et non pour indiquer que la République fédérative de Yougoslavie ne devait pas être considérée comme un Etat prédécesseur.»<sup>27</sup>

3. De fait, pendant cette période, la RFY continua d'affirmer qu'elle assurait la succession de la RFSY et que, par conséquent, elle restait liée par l'ensemble des obligations conventionnelles incombant à l'Etat prédécesseur. Le 27 avril 1992, la RFY soumit au Secrétaire général une note

<sup>26</sup> La RFY a affirmé, à l'égard des huit défendeurs, que la Cour était compétente *ratione personae* en vertu de la convention sur le génocide. Etant d'avis que la Cour n'avait pas compétence *ratione materiae*, je n'examinerai pas les chefs de compétence subsidiaires invoqués par la RFY à l'égard de certains défendeurs en particulier.

<sup>27</sup> Traduction par le Greffe de l'édition anglaise du document des Nations Unies ST/LEG/8. Ce passage fut ultérieurement

«supprimé par le Secrétariat en réponse aux objections soulevées par un certain nombre d'Etats, faisant valoir qu'il allait à l'encontre des résolutions du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale relatives à cette question ainsi que des avis pertinents de la commission d'arbitrage de la conférence internationale pour la paix en Yougoslavie» (arrêt, par. 70, faisant référence aux documents des Nations Unies A/50/910-S/1996/231, A/51/95-S/1996/251, A/50/928-S/1996/263 et A/50/930-S/1996/260).

that it would respect the obligations assumed by the SFRY:

“Strictly respecting the continuity of the international personality of Yugoslavia, the Federal Republic of Yugoslavia shall continue to fulfil all the rights conferred to, and obligations assumed by, the Socialist Federal Republic of Yugoslavia in international relations, including its membership in all international organizations and participation in international treaties ratified or acceded to by Yugoslavia.”<sup>28</sup>

4. Under applicable rules of international law, the FRY would have succeeded to these treaties even in the absence of such a declaration because a successor State that separates from a predecessor State is not entitled, upon separation, to disavow the treaty obligations of the predecessor State. The entitlement to pick and choose treaty obligations applies only to *newly independent* States in conformity with Article 17, paragraph 1, of the Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties. Article 17, paragraph 1, provides that

“a newly independent State may, by a notification of succession, establish its status as a party to any multilateral treaty which at the date of the succession of States was in force in respect of the territory to which the succession of States relates”.

Article 34 of the Vienna Convention, on the other hand, provides that

“[w]hen a part or parts of the territory of a State separate to form one or more States, whether or not the predecessor State continues to exist:

- (a) any treaty in force at the date of the succession of States in respect of the entire territory of the predecessor State continues in force in respect of each successor State so formed[, and]
- (b) any treaty in force at the date of the succession of States in respect only of that part of the territory of the predecessor State which has become a successor State continues in force in respect of that successor State alone”<sup>29</sup>.

5. Thus, there is a difference in international law between a newly independent State and a successor State. A newly independent State is required upon independence to clarify its legal position regarding treaties in conformity with the “clean slate” doctrine codified in Article 17 of the Vienna Convention. In the case of the separation of States, on the other hand, the successor State automatically assumes the treaty obligations of the predecessor.

6. This rule of succession to treaties applies to new States and is

<sup>28</sup> United Nations doc. A/46/915, Ann. I, p. 2.

<sup>29</sup> Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties, Art. 34, para. 1.

dans laquelle elle déclarait explicitement qu'elle honorerait les obligations assumées par la RFSY, dans les termes suivants :

« Dans le strict respect de la continuité de la personnalité internationale de la Yougoslavie, la République fédérale de Yougoslavie continuera 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 les relations internationales, y compris en ce qui concerne son appartenance à toutes les organisations internationales et sa participation à tous les traités internationaux que la Yougoslavie a ratifiés ou auxquels elle a adhéré. »<sup>28</sup>

4. En vertu des règles applicables du droit international, la RFY aurait succédé à la RFSY à l'égard de ces traités même en l'absence d'une telle déclaration, un Etat successeur qui se sépare de l'Etat prédécesseur n'étant pas habilité, après séparation, à méconnaître les obligations conventionnelles dudit prédécesseur. La liberté de choisir les obligations conventionnelles ne vaut que pour les Etats *nouvellement indépendants* aux termes du paragraphe 1 de l'article 17 de la convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités. Cette disposition prévoit que

« un Etat nouvellement indépendant peut, par une notification de succession, établir sa qualité de partie à tout traité multilatéral qui, à la date de la succession d'Etats, était en vigueur à l'égard du territoire auquel se rapporte la succession d'Etats ».

L'article 34 de la convention de Vienne dispose, quant à lui :

« Lorsqu'une partie ou des parties du territoire d'un Etat s'en séparent pour former un ou plusieurs Etats, que l'Etat prédécesseur continue ou non d'exister :

- a) tout traité en vigueur à la date de la succession d'Etats à l'égard de l'ensemble du territoire de l'Etat prédécesseur reste en vigueur à l'égard de chaque Etat successeur ainsi formé, et]
- b) tout traité en vigueur à la date de la succession d'Etats à l'égard uniquement de la partie du territoire de l'Etat prédécesseur qui est devenue un Etat successeur reste en vigueur à l'égard de cet Etat successeur seul. »<sup>29</sup>

5. Ainsi existe-t-il une différence en droit international entre un Etat nouvellement indépendant et un Etat successeur. Un Etat nouvellement indépendant est tenu, lorsqu'il accède à l'indépendance, de clarifier sa situation juridique à l'égard des traités conformément à la doctrine de la « table rase » codifiée à l'article 17 de la convention de Vienne. Dans le cas d'une séparation d'Etats, en revanche, l'Etat successeur assume automatiquement les obligations conventionnelles de l'Etat prédécesseur.

6. Cette règle de succession en matière de traités s'applique aux nou-

<sup>28</sup> Nations Unies, doc. A/46/915, annexe I, p. 2.

<sup>29</sup> Convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités, art. 34, par. 1.

entirely independent of the issue of a State's membership in the United Nations. By way of example, when Switzerland was admitted to the United Nations, it was considered a new Member, though not a newly independent State. It did not therefore have to clarify its legal position with respect to treaties. Conversely in the FRY's case, it succeeded to the SFRY's treaty obligations in 1992 regardless of the status of its membership in the United Nations at that time. The existence of the FRY dates back to 1992, not to 2000, and this is a point on which, in my view, the Court should have made the distinction. Oscar Schachter underlined this distinction when he stated that:

“a separated state which was not a colony is presumed to succeed to the treaty obligations and rights of the predecessor state unless this result would be incompatible with the object of the treaty. The experience thus far with respect to the cases of the former Soviet Union and the former Yugoslavia supports a general presumption of continuity. That presumption would not, however, apply to membership in the United Nations or other general international organizations that provide for the election of new members.”<sup>30</sup>

7. Article 34 of the Vienna Convention should be considered reflective of customary law on succession to treaties. It is indisputable that certain provisions in the Vienna Conventions on treaties “are declaratory of customary [international] law” (*Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1997*, p. 62, para. 99)<sup>31</sup> and recent State practice, for instance in respect of the successors of Czechoslovakia and the SFRY, lends support to this proposition in respect of the rules of succession. This is all the more true in cases involving succession to human rights treaties. In the words of my learned colleague Judge Weeramantry,

“[it] . . . seems to me to be a principle of contemporary international law that there is automatic State succession to so vital a human rights convention as the Genocide Convention . . . [The] reasons [for applying the principle of automatic succession] apply with special force to treaties such as the Genocide Convention . . . leaving no room for doubt regarding automatic succession to such treaties.” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*),

<sup>30</sup> O. Schachter, “State Succession: The Once and Future Law”, 33 *Va. J. Int'l Law* 257 (1992-1993).

<sup>31</sup> See also *Digest of United States Practice in International Law*, 1980, p. 1041 n. 43 (United States State Department Legal Adviser expressing opinion that the rules of the Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties were “generally regarded as declarative of existing customary law”).

veaux Etats et est totalement indépendante de la question de la qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies. La Suisse, par exemple, fut, au moment de son admission à l'Organisation, considérée comme un nouveau Membre, mais non comme un Etat nouvellement indépendant. Aussi n'eut-elle pas à clarifier sa situation juridique à l'égard des traités. La RFY, quant à elle, succéda aux obligations conventionnelles de la RFSY en 1992, et ce, qu'elle ait été Membre ou non de l'Organisation à cette époque. L'existence de la RFY remonte à 1992, et non à 2000, une distinction que, selon moi, la Cour aurait dû établir. Cette distinction a été soulignée par Oscar Schachter en ces termes :

«un Etat issu d'une séparation et qui n'était pas une colonie est réputé succéder aux obligations et droits conventionnels de l'Etat prédécesseur sous réserve qu'il n'en résulte aucune incompatibilité avec l'objet du traité. L'expérience, à ce jour, s'agissant du cas de l'ancienne Union soviétique et de celui de l'ex-Yougoslavie, vient étayer une présomption générale de continuité, présomption qui ne vaut toutefois pas en ce qui concerne l'appartenance à l'Organisation des Nations Unies ou à d'autres organisations internationales à vocation générale prévoyant de mettre aux voix l'admission de leurs nouveaux membres.»<sup>30</sup>

7. L'article 34 de la convention de Vienne doit être considéré comme une expression du droit coutumier relatif à la succession en matière de traités. Nul ne contestera que certaines dispositions des conventions de Vienne relatives aux traités «sont déclaratoires du droit [international] coutumier» (*Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 62, par. 99)<sup>31</sup>, et la pratique récente des Etats, par exemple à l'égard des successeurs de la Tchécoslovaquie et de la RFSY, tend à le confirmer en ce qui concerne les règles de succession. Ce constat est d'autant plus vrai lorsqu'il est question de la succession à des traités relatifs aux droits de l'homme. Pour reprendre les termes de mon éminent collègue, le juge Weeramantry,

«[il] me paraît être un principe du droit international contemporain ... que la succession d'Etats à une convention relative aux droits de l'homme aussi vitale que la convention sur le génocide est automatique... [Les] raisons [d'appliquer le principe de la succession automatique] valent à fortiori pour les traités tels que la convention sur le génocide, ... et ne laissent pas de place au doute pour ce qui est de la succession automatique à de tels traités.» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*)

<sup>30</sup> O. Schachter, «State Succession: The Once and Future Law», 33 *Va. J. Int'l Law* (1992-1993), p. 257.

<sup>31</sup> Voir également *Digest of United States Practice in International Law*, 1980, 1041, n° 43 (avis du conseiller juridique du département d'Etat des Etats-Unis selon lequel les règles de la convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités sont «généralement considérées comme déclaratoires du droit coutumier existant»).

*Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, pp. 654, 645, separate opinion of Judge Weeramantry; see also *ibid.*, pp. 634-637, separate opinion of Judge Shahabuddeen (recognizing that allowing a suspension of the operation of the Genocide Convention would be incompatible with the object and purpose of the treaty, and others which, like it, exist to safeguard the fundamental rights and freedoms of the individual and endorse the most elementary principles of morality.)

8. When the FRY was formally admitted as a Member of the United Nations in 2000, this did not affect its legal status as successor to the SFRY's treaty obligations. It was admitted as a new Member of the United Nations, but in my view, not as a newly independent State, because its separation from the SFRY and its assumption of the legal obligations as a successor State took place on 27 April 1992.

9. As a result, the letter of 8 December 2000 from the United Nations Legal Counsel to the FRY, in which he stated that, in his view,

“the Federal Republic of Yugoslavia should now undertake treaty actions, *as appropriate*, in relation to the treaties concerned, if its intention is to assume the relevant legal rights and obligations as a successor State” (*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*), *Judgment, I.C.J. Reports 2003*, p. 24, para. 51 (citing Application of Yugoslavia, Ann. 27; emphasis added)

must be read in context: it was a routine letter which the United Nations Secretariat addresses to all new Members regardless of the particular circumstances of their admission. The FRY was a State in existence since 1992 and not a newly independent State. The appropriate characterization would have been that the FRY was a successor State, as repeatedly acknowledged by the FRY when it declared that it succeeded to the SFRY's legal obligations on 27 February 1992.

10. The Court acknowledged this in the 2003 *Application for Revision* case, when it emphasized

“that General Assembly resolution 55/12 of 1 November 2000 [admitting the FRY as a Member] cannot have changed retroactively the *sui generis* position which the FRY found itself in vis-à-vis the United Nations over the period 1992 to 2000, or its position in relation to the Statute of the Court and the Genocide Convention. Furthermore, the letter of the Legal Counsel of the United Nations

(*Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie*), *exceptions préliminaires*, *C.I.J. Recueil 1996 (II)*, opinion individuelle de M. le juge Weeramantry, p. 645, 654; voir également *ibid.*, p. 634-637, opinion individuelle de M. le juge Shahabuddeen (reconnaissant qu'autoriser la suspension de l'application de la convention sur le génocide serait incompatible avec l'objet et le but de cet instrument, ainsi que d'autres qui visent de même à sauvegarder les droits et libertés fondamentaux de la personne et à sanctionner les principes de morale les plus élémentaires).)

8. Lorsque, en 2000, la RFY fut officiellement admise en tant que Membre de l'Organisation des Nations Unies, son statut juridique en tant que successeur de la RFSY en matière d'obligations conventionnelles ne s'en trouva pas modifié. La RFY fut admise comme nouveau Membre de l'Organisation des Nations Unies, mais pas, selon moi, en tant qu'Etat nouvellement indépendant, puisque c'était le 27 avril 1992 qu'elle s'était séparée de la RFSY et avait assumé, en qualité d'Etat successeur, les obligations juridiques de cette dernière.

9. Par conséquent, la lettre adressée le 8 décembre 2000 à la RFY par le conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies, dans laquelle celui-ci exprimait l'avis que

«la République fédérale de Yougoslavie dev[ait] maintenant accomplir les formalités conventionnelles, *s'il y a[vait] lieu*, si elle entend[ait] faire valoir les droits et assumer les obligations qui lui rev[enaient], en qualité d'Etat successeur, au titre des traités en cause» (*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)*, *arrêt*, *C.I.J. Recueil 2003*, p. 24, par. 51 (citant la requête de la Yougoslavie, annexe 27); les italiques sont de moi),

doit être lue dans son contexte: il s'agit d'une lettre type que le Secrétaire de l'Organisation adresse à tout nouveau Membre indépendamment des circonstances propres à son admission. La RFY existait en tant qu'Etat depuis 1992 et n'était pas un Etat nouvellement indépendant. Il aurait été juste de qualifier la RFY d'Etat successeur, ce qu'elle a plusieurs fois reconnu être en déclarant avoir succédé à la RFSY en matière d'obligations juridiques le 27 février 1992.

10. La Cour a reconnu cet état de fait dans l'affaire de la *Demande en révision* de 2003, soulignant

«que la résolution 55/12 de l'Assemblée générale en date du 1<sup>er</sup> novembre 2000 [admettant la RFY en tant que Membre] ne p[ouvait] avoir rétroactivement modifié la situation *sui generis* dans laquelle se trouvait la RFY vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies pendant la période 1992-2000, ni sa situation à l'égard du Statut de la Cour et de la convention sur le génocide. En outre, la



dated 8 December 2000 cannot have affected the FRY's position in relation to treaties.

The Court also observes that, in any event, the said letter did not contain an invitation to the FRY to accede to the relevant conventions, but rather to 'undertake treaty actions, as appropriate, . . . as a successor State'." (*I.C.J. Reports 2003*, p. 31, para. 71.)

11. In its 1996 Judgment on preliminary objections in *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, the Court left open the question whether it accepted the automatic succession argument, and confined its Judgment to noting that:

"Without prejudice as to whether or not the principle of 'automatic succession' applies in the case of certain types of international treaties or conventions, the Court does not consider it necessary, in order to decide on its jurisdiction in this case, to make a determination on the legal issues concerning State succession in respect to treaties which have been raised by the Parties." (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 612, para. 23.)

The time has come for the Court to answer this question and, in my view, the answer should have been that:

- (a) the FRY succeeded to the Genocide Convention on 27 April 1992, and
- (b) the FRY was not a newly independent State required to establish its status vis-à-vis multilateral treaties. Thus, it is bound by Article IX of the Convention.

12. Because, in my view, the FRY succeeded to the Genocide Convention in 1992, the FRY's purported accession — and reservation — to the Convention in March 2001 must be declared void *ab initio*. The Court, should, in my view, have concluded that the FRY has been bound since 1992 to assume all the legal obligations of the SFRY, including those flowing from the Genocide Convention. Such a conclusion would have been consistent with:

- The FRY's declaration of succession in 1992;
- Article 34 of the Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties;
- the position taken by the FRY prior to 1 November 2000; and
- the Court's prior jurisprudence. (*Ibid.*, pp. 617, 621, paras. 34, 41.)

13. Thus the Court should have followed the rationale that it adopted in 1996 in respect to Bosnia, that

"[s]ince the Court has concluded that Bosnia and Herzegovina could become a party to the Genocide Convention *as a result of a succes-*

lettre du conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies en date du 8 décembre 2000 ne p[ouvait] avoir modifié le statut de la RFY à l'égard des traités.

La Cour rel[evait] également que, en tout état de cause, cette lettre ne comportait pas, à l'intention de la RFY, d'invitation à adhérer aux conventions pertinentes, mais plutôt à «accomplir les formalités conventionnelles, s'il y a[vait] lieu, ... en qualité d'Etat successeur.» (C.I.J. Recueil 2003, p. 31, par. 71.)

11. Dans son arrêt de 1996 sur les exceptions préliminaires en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, la Cour n'a pas tranché la question de la recevabilité de l'argument relatif à la succession automatique, se bornant à indiquer:

«Sans préjudice de l'applicabilité ou non du principe de la «succession automatique» dans le cas de certains types de traités ou conventions internationaux, la Cour ne considère pas nécessaire, pour décider de sa compétence en l'espèce, de se prononcer sur les questions juridiques concernant la succession d'Etats en matière de traités qui ont été soulevées par les Parties.» (C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 612, par. 23.)

Le moment était venu pour la Cour de répondre à cette question et, à mon sens, sa réponse aurait dû être que la RFY

- a) avait succédé à la convention sur le génocide le 27 avril 1992, et
- b) n'était pas un Etat nouvellement indépendant tenu de préciser son statut vis-à-vis des traités multilatéraux. En conséquence, la RFY est liée par l'article IX de la convention.

12. La RFY ayant, à mon avis, succédé à la convention sur le génocide en 1992, la prétendue adhésion de la RFY — et sa réserve — à la convention en mars 2001 doit être déclarée nulle et non avenue *ab initio*. La Cour aurait dû, à mon sens, conclure que la RFY était tenue, depuis 1992, d'assumer toutes les obligations juridiques de la RFSY, y compris celles découlant de la convention sur le génocide; cette conclusion aurait été conforme à:

- la déclaration de succession faite par la RFY en 1992;
- l'article 34 de la convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités;
- la position adoptée par la RFY avant le 1<sup>er</sup> novembre 2000; et
- la jurisprudence de la Cour (*ibid.*, p. 617, 621, par. 34, 41).

13. La Cour aurait ainsi dû suivre la logique qu'elle avait adoptée en 1996 à l'égard de la Bosnie-Herzégovine, à savoir que

«[l]a Cour étant parvenue à la conclusion que la Bosnie-Herzégovine pouvait devenir partie à la convention sur le génocide *par l'effet*

sion, the question of the application of Articles XI and XIII of the Convention does not arise" (*I.C.J. Reports 1996 (II)*), p. 612, para. 24; emphasis added)

and made the same finding in respect of the FRY. The FRY became a party to the Genocide Convention "as a result of a succession" and as a result the Convention provides a basis for the Court's jurisdiction *ratione personae*.

14. When considering its jurisdiction *ratione materiae*, the Court must ascertain whether the breaches of the Genocide Convention alleged by the FRY-SM are capable of falling within the provisions of that Convention (*Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, *Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 803). Article IX of the Convention provides the Court with jurisdiction over disputes "relating to the interpretation, application or fulfilment" of the Convention, including disputes "relating to the responsibility of a state for genocide". Genocide, in turn, is defined in Article II of the Convention as the "intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group" through certain acts, including the use of force.

15. Aside from the question of whether the acts of NATO are imputable to each respondent State, the facts alleged by the FRY-SM, even if substantiated on the merits, do not satisfy the element of specific intent necessary to constitute genocide. Genocide, as defined in the Convention, requires evidence that force was used with "an intent to destroy" a certain defined group, and the Court should not accept the FRY-SM's invitation to lower the *mens rea* bar set by the Convention by holding that the requirement of genocidal intent is satisfied as long as genocidal consequences were "readily foreseeable". As a result, the Court, in my view, lacks jurisdiction *ratione materiae*.

## V. CONCLUSION

The FRY had every right to claim the continuity of the legal personality of its predecessor with respect of the territory of Serbia and Montenegro. In the FRY's case, however, the competent United Nations organs opted to disregard the law of the Charter. The legal consequences of the FRY's "*sui generis*" status vis-à-vis the United Nations — it was excluded from participating in certain activities of specified organs but was never expelled — were not, in my view, properly addressed by the Court. As the principal judicial organ of the United Nations, the Court's function under Article 38 of its Statute is to decide disputes in accordance with international law. It has been in a position more than once in the last decade to set the record straight regarding the legal status of the FRY's membership in accordance with the Charter of the United Nations.

*d'une succession*, la question de l'application des articles XI et XIII de la convention n'a[vait] pas à être posée» (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 612, par. 24; les italiques sont de moi),

et formuler la même conclusion à l'égard de la RFY. La RFY est devenue partie à la convention sur le génocide «par l'effet d'une succession», en conséquence de quoi la convention fournit une base à la compétence *ratione personae* de la Cour.

14. S'agissant de décider de sa compétence *ratione materiae*, la Cour aurait dû déterminer si les violations de la convention sur le génocide alléguées par la RFY-SM étaient susceptibles d'entrer dans les prévisions de cette convention (*Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, *exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 803). L'article IX de la convention confère compétence à la Cour pour connaître de différends «relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution» de la convention, y compris ceux «relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide». Le génocide, quant à lui, est défini à l'article II de la convention comme «l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux» en commettant certains actes, dont l'emploi de la force.

15. Indépendamment de la question de savoir si les actes de l'OTAN sont imputables à chacun des Etats défendeurs, les faits allégués par la RFY-SM, quand bien même ils seraient avérés, ne comportent pas l'élément d'intention spécifique nécessaire pour constituer des actes de génocide. Pour qualifier un acte de génocide au sens de la convention, il doit être établi qu'il a été fait usage de la force «dans l'intention de détruire» un groupe donné, et la Cour ne devrait pas accepter de minimiser, ainsi que la RFY-SM l'invite à le faire, l'importance du critère d'intention coupable prévu par la convention, en concluant que le critère d'intentionnalité est rempli dès lors que les conséquences génocides étaient «aisément prévisibles». J'estime par conséquent que la Cour n'a pas compétence *ratione materiae*.

## V. CONCLUSION

La RFY pouvait en toute légitimité prétendre assurer la continuité de la personnalité juridique de son prédécesseur à l'égard du territoire de la Serbie-et-Monténégro. Dans le cas de la RFY, toutefois, les organes compétents de l'Organisation des Nations Unies ont choisi de passer outre au droit de la Charte. A mon sens, la Cour n'a pas traité comme elle aurait dû les conséquences juridiques du statut «*sui generis*» de la RFY vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies — s'il lui était effectivement interdit de prendre part à certaines activités d'organes donnés, elle n'en fut jamais exclue. En tant qu'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, la Cour a pour mission, aux termes de l'article 38 de son Statut, de régler les différends conformément au droit international. Au cours des dix dernières années, elle a eu plus d'une fois

Yet the Court, in holding that it “is led to the conclusion that Serbia and Montenegro was not a Member of the United Nations . . . at the time of filing its Application” did not address in a comprehensive manner “the legal situation [regarding the FRY’s membership status], which was shrouded in uncertainties” (Judgment, para. 78).

For this and other reasons set out in my opinion, I disagree with the findings of the Court regarding the interpretation of Article 35, paragraph 1, which the joint declaration correctly describes as being “at odds” with the Court’s previous judgments and orders. I also do not agree with the grounds chosen by the Court to reach its decision that it lacks jurisdiction or its substantive conclusions on the scope of Article 35, paragraph 2. Moreover I find that the approach adopted by the Court casts an unnecessary shadow of doubt on the *Genocide Convention* case which has been on the docket of the Court since 1993.

However, because I consider that the Court does not have jurisdiction *ratione materiae*, I find myself in agreement with the *dispositif* contained in paragraph 128 of the Judgment, which states that the Court “[f]inds that it has no jurisdiction to entertain the claims made in the Application filed by Serbia and Montenegro on 29 April 1999”. I was therefore able to vote in favour of the Judgment.

(Signed) Nabil ELARABY.

---

l'occasion de dissiper toute ambiguïté relative au statut juridique de la RFY vis-à-vis de l'Organisation au regard des dispositions de la Charte des Nations Unies. Cependant, en se déclarant « amenée à conclure que la Serbie-et-Monténégro n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies ... au moment où elle a déposé sa requête », la Cour s'est abstenue de traiter en détail « les incertitudes entourant la situation juridique » de la RFY, s'agissant de sa qualité de Membre (arrêt, par. 78).

Pour cette raison, ainsi que pour les autres motifs exposés dans la présente opinion, je ne saurais faire miennes les conclusions de la Cour quant à l'interprétation du paragraphe 1 de l'article 35 du Statut, interprétation présentée à juste titre, dans la déclaration commune, comme « incompatible » avec les arrêts ou ordonnances déjà rendus par la Cour. Je suis également en désaccord avec les bases sur lesquelles la Cour a décidé de fonder sa décision d'incompétence et avec ses conclusions générales sur la portée du paragraphe 2 de l'article 35. En outre, j'estime que la position adoptée par la Cour laisse inutilement planer un doute en ce qui concerne l'affaire de la *Convention sur le génocide*, inscrite au rôle de la Cour depuis 1993.

Toutefois, étant d'avis que la Cour n'a pas compétence *ratione materiae*, je suis à même de souscrire au dispositif énoncé au paragraphe 128 de l'arrêt, dans lequel la Cour « [d]it qu'elle n'a pas compétence pour connaître des demandes formulées par la Serbie-et-Monténégro dans sa requête déposée le 29 avril 1999 ». Aussi ai-je pu voter en faveur de l'arrêt.

(Signé) Nabil ELARABY.