

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE KREĆA

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. <i>LOCUS STANDI</i> DE LA SERBIE-ET-MONTÉNÉGR0	
1. Le rapport entre <i>locus standi</i> et compétence <i>ratione personae</i>	1-2
2. La qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies de la Serbie-et-Monténégro et son <i>locus standi</i>	3-6
a) Conclusions de la Cour consistant à éluder le problème	7-9
b) La présomption judiciaire	10-15
c) Saisine effective et saisine valide	16
d) <i>Obiter dictum</i> contenant des éléments ou des indices d'une position sur le fond	17-23
3. Les conséquences juridiques de l'admission de la RFY à l'Organisation des Nations Unies	24-31
II. LES RAISONS INVOQUÉES PAR LES DÉFENDEURS EN FAVEUR D'UN REJET <i>IN LIMINE LITIS</i> DE LA REQUÊTE	
1. Le désistement implicite est une <i>contradictio in adjecto</i>	32-36
2. Concordance des exposés des Parties sur les faits et obligation pour la Cour d'examiner <i>ex officio</i> sa compétence	37-39
a) L'aspect logique juridique	40
b) L'aspect normatif	41-44
c) Le principe de compétence de la compétence	45-51
3. La convergence de vues entre les Parties en matière de compétence a des effets sur le différend	52
a) L'existence d'un différend sur la compétence comme condition préalable à la poursuite de l'examen des exceptions préliminaires	53-55
b) La convergence de vues des Parties sur la question de la compétence et la disparition alléguée du différend au fond	56-63
4. L'intérêt juridique du demandeur en l'instance	64-66
III. LA QUESTION DE LA COMPOSITION DE LA COUR	67-75

Je souscris au présent arrêt dans son ensemble; je tiens toutefois à préciser ma position non seulement sur certains points de la décision auxquels j'adhère parfaitement, mais aussi quant à quelques réserves que j'éprouve sur les motifs et les conclusions finales.

En raison, d'une part, de la grande similitude voire, sur plus d'un point, de l'identité des arguments présentés par les Etats défendeurs et, d'autre part, du fait que le temps a manqué pour traiter ces affaires comme il aurait fallu, mon opinion a été rédigée de manière à s'appliquer, *mutatis mutandis*, aux huit affaires à la fois.

* * *

I. *LOCUS STANDI* DE LA SERBIE-ET-MONTÉNÉGO

1. *Le rapport entre locus standi et compétence ratione personae*

1. Dans son acception originelle¹, l'expression latine «*locus standi in judicio*» désigne le droit d'une personne d'ester en justice ou d'agir dans une instance (*Jowitt's Dictionary of English Law*, 2^e éd., vol. 2, p. 1115), ou, pour ce qui est de la Cour internationale de Justice, le droit d'une personne, au sens large de ce terme, d'ester devant ladite Cour ou de comparaître dans une instance dont la Cour est saisie.

La Cour internationale de Justice n'étant pas une cour totalement ouverte, le droit d'ester devant elle est limité à deux égards. Tout d'abord, ce droit est réservé aux seuls Etats (paragraphe 1 de l'article 34 du Statut), ce qui signifie qu'aucune autre personne morale ou physique ne peut en bénéficier. Ensuite, ce droit n'est reconnu qu'aux seuls Etats parties au Statut de la Cour (les Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies le sont de plein droit), et à ceux qui remplissent les conditions prévues au paragraphe 2 de l'article 35 du Statut. Les Etats non parties au Statut peuvent être admis à ester s'ils acceptent la compétence générale de la Cour, conformément aux dispositions de la résolution 9 (1946) du Conseil de sécurité.

Sur le fond, le droit d'ester devant la Cour est un privilège personnel (*privilegia favorabile*) de l'Etat qui, en acceptant le Statut de la Cour, la reconnaît en tant qu'organe judiciaire doté de la faculté de «dire le droit» (*jus dicere*). Le droit d'ester est la contrepartie de l'obligation (ou *privilegia odiosa*) faite aux Etats de satisfaire aux conditions prescrites.

¹ Même dans la jurisprudence de la Cour, cette expression a parfois un caractère descriptif. Il en est ainsi, par exemple, dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power, Limited*, où la Cour l'a employée non pas pour désigner le droit de la Belgique à ester devant elle mais pour qualifier un intérêt juridique, en l'espèce celui «d'un gouvernement pour protéger les intérêts d'actionnaires en tant que tels» (*exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1964*, p. 45). Cela étant, dans les affaires du *Sud-Ouest africain*, la Cour a, au contraire, établi une nette distinction entre «l'aptitude ... à se présenter devant la Cour», à savoir le *locus standi*, et «la qualité des demandeurs en la phase ... de la procédure» (*Sud-Ouest africain, deuxième phase, C.I.J. Recueil 1966*, p. 18, par. 4).

Cela étant, avoir qualité pour ester devant la Cour (*locus standi*) ne signifie pas que la compétence de la Cour soit établie. Il s'agit, de par sa nature, d'une condition préliminaire ou d'une présomption de compétence de la Cour. Aussi convient-il de dire que la Cour a, d'une part, une compétence générale et, d'autre part, une compétence spéciale. Dès lors qu'il a qualité pour ester devant elle, un Etat reconnaît automatiquement la compétence générale de la Cour.

Par ailleurs, pour qu'il soit possible de parler de compétence spéciale ou de compétence *in casu*, il faut qu'existe, outre la qualité pour ester devant la Cour, une *base* de compétence particulière. C'est sur ces fondements que les Etats soumettent à la Cour, pour règlement, un différend ou une catégorie de différends.

En d'autres termes, la Cour étant non pas uniquement une cour de justice dont la compétence est par nature facultative, mais en même temps une juridiction qui n'est que partiellement ouverte, il faut de la part des Etats un double consentement pour qu'elle puisse établir sa compétence *in casu*. Les Etats doivent :

- i) consentir à reconnaître la Cour en tant «qu'organe institué pour «dire le droit»» (*Détroit de Corfou, C.I.J. Recueil 1948*, p. 39, opinion dissidente de M. Daxner). Ce consentement s'exprime indirectement par le fait de devenir Membre de l'Organisation des Nations Unies, ou directement, s'il s'agit d'un Etat non Membre, par le fait que ce dernier adhère au Statut de la Cour ou accepte, à titre de condition préliminaire, sa compétence générale conformément aux dispositions de la résolution 9 (1946) du Conseil de sécurité; et
- ii) consentir à reconnaître que la Cour a compétence pour connaître du différend ou de la catégorie de différends en cause. Ce consentement s'exprime sur les bases juridictionnelles pertinentes énoncées à l'article 36 du Statut et c'est une condition de fond, mais relative².

2. Les notions de *locus standi* et de «compétence *ratione personae*» ne peuvent pas, en dépit de certaines ressemblances extrinsèques, être considérées comme synonymes.

Leur dénominateur commun est d'être des conditions processuelles dont dépend la validité de l'instance introduite devant la Cour, en ce qui

² Comme l'a indiqué la Cour, «la saisine de la Cour par voie de requête, dans le système du Statut, n'est pas ouverte de plein droit à tout Etat partie au Statut, elle n'est ouverte que dans la mesure définie par les déclarations applicables» (*Nottebohm, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1953*, p. 122). Il convient également de noter que, dans l'affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force*, la Cour a dit que :

«[c]onsidérant qu'en vertu de son Statut la Cour n'a pas automatiquement compétence pour connaître des différends juridiques entre les Etats parties audit Statut ou entre les autres Etats qui ont été admis à ester devant elle ... que la Cour ne peut donc exercer sa compétence à l'égard d'Etats parties à un différend que si ces derniers ont non seulement accès à la Cour, mais ont en outre accepté sa compétence, soit d'une manière générale, soit pour le différend particulier dont il s'agit» (*mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1999 (I)*, p. 549, par. 20; les italiques sont de moi).

concerne tant la procédure incidente que *le fond*, et aussi le fait que le différend est tranché par la Cour. La similitude s'arrête là car, pour le reste, les deux notions divergent.

Leur différence est tout d'abord conceptuelle. En effet, le *locus standi* est une condition qui intéresse les parties, tandis que la «compétence *ratione personae*» — en tant qu'élément de la compétence de la Cour — intéresse la Cour elle-même. De plus, la question du *locus standi* ayant un caractère préalable, c'est une question pré-préliminaire et elle «doi[t] être examinée *préalablement* à toute question de compétence» (*Cameroun septentrional, C.I.J. Recueil 1963*, p. 105, opinion individuelle de sir Gerald Fitzmaurice; les italiques sont dans l'original); la question de la compétence *ratione personae*, quant à elle, est une question de compétence ou de compétence spéciale de la Cour *stricto sensu*. Enfin, il ne peut, en principe, être remédié à l'absence de qualité pour ester en cours d'instance, alors que le défaut de compétence *ratione personae* peut être surmonté, les parties ayant la possibilité de conférer compétence à la Cour ou de parfaire ladite compétence lors de l'instance (par exemple, en exprimant leur accord ou par la voie du *forum prorogatum*). Cette différence tient au fait que la compétence est soumise au droit en vigueur entre les parties, alors que la qualité pour ester est régie par des dispositions objectives du Statut ayant un caractère institutionnel.

L'identité apparente de ces deux notions semble donc tenir pour l'essentiel à une assimilation tacite entre le contact processuel qui lie la Cour et les parties à un différend, d'une part, et le rapport litigieux, d'autre part. Dès lors qu'il n'existe pas de procédure préliminaire distincte permettant d'établir l'existence de conditions processuelles à la validité de la procédure (mise à part l'intervention administrative du Greffe lorsqu'une requête est introduite par un sujet autre qu'un Etat), l'existence desdites conditions processuelles est établie au cours même de la procédure dont la validité dépend précisément de leur existence. Cela se passe le plus souvent lors de la procédure d'examen d'exceptions préliminaires, ce qui explique que les rares affaires de *locus standi* soient assimilées à des affaires de compétence *ratione personae*.

2. *La qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies de la Serbie-et-Monténégro et son locus standi*

3. La question du *locus standi* de la Serbie-et-Monténégro est, en la présente affaire, très étroitement et même intrinsèquement liée à sa qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies, car la Serbie-et-Monténégro ne saurait être considérée comme étant partie au Statut de la Cour sauf à être Membre de l'Organisation, et, en outre, parce que les dispositions du paragraphe 2 de l'article 35 du Statut de la Cour ne sauraient lui conférer ce *locus standi*.

4. Normalement, les conséquences juridiques de l'admission d'un Etat

à l'Organisation des Nations Unies en tant que Membre sont claires et n'appellent aucune précision particulière. L'admission confère à cet Etat les droits et obligations stipulés dans la Charte des Nations Unies, parmi lesquels la qualité de partie au Statut de la Cour revêt un intérêt particulier aux fins qui nous occupent. Cela étant, les circonstances de l'espèce peuvent difficilement être qualifiées de «normales». En effet, si le défendeur, la Serbie-et-Monténégro, a été admis en tant que Membre de l'Organisation des Nations Unies dans le respect de la procédure prévue à cet effet, son admission a eu lieu sans que son statut vis-à-vis de l'Organisation ait été au préalable établi de façon explicite, ni par les organes politiques de l'Organisation ni par la Cour.

5. La résolution 47/1 de l'Assemblée générale des Nations Unies n'est pas claire quant au fond et est même contradictoire en soi. L'ayant examinée au fond dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro)* (ci-après dénommée «*Convention sur le génocide*»), la Cour a estimé que «la solution adoptée ne laiss[ait] pas de susciter des difficultés juridiques» (*mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993*, p. 14, par. 18). Par la suite, la pratique des organes des Nations Unies, «caractérisée par le pragmatisme et la souplesse plutôt que par un strict respect des procédures» prescrites par la Charte (contribution de Christian Tams au sujet de l'article 6, par. 25, in B. Simma, dir. publ., *The Charter of the United Nations, A Commentary*, 2^e éd., vol. I, 2002, p. 213-214), n'a, en outre, fait que compliquer la situation. En 1993, M^{me} le professeur Rosalyn Higgins écrivait que «[l]e résultat a[vait] été anormal à l'extrême» (R. Higgins, «The New United Nations and Former Yugoslavia», *International Affairs*, vol. 69, n^o 3, juillet 1993, p. 479). Il est dès lors permis de conclure que, jusqu'à son admission en tant que Membre de l'Organisation des Nations Unies le 1^{er} novembre 2000, les organes politiques des Nations Unies n'avaient pas défini le statut de la Serbie-et-Monténégro au sein de l'Organisation de façon claire et dépourvue d'équivoque.

6. Depuis 1993, la Cour a été confrontée à plusieurs reprises à la question de la qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies de la Serbie-et-Monténégro. Ses conclusions en la matière peuvent en gros être classées en deux catégories: d'une part, celles qui, sur un plan formel, extrinsèque, pourraient être qualifiées de «conclusions consistant à éluder le problème» et, d'autre part, des *obiter dicta* qui apportent des éléments de réponse sur le fond.

a) *Conclusions de la Cour consistant à éluder le problème*

7. Dans son ordonnance du 2 juin 1999, la Cour a dit qu'elle «n'a[vait] pas à examiner cette question à l'effet de décider si elle p[ouvait] ou non indiquer des mesures conservatoires dans le cas d'espèce» (*C.I.J. Recueil 1999 (I)*, p. 553, par. 33). Il s'agit là d'une légère variante du texte par

lequel la Cour élude le problème «de savoir si la Yougoslavie est ou non Membre de l'Organisation des Nations Unies et, à ce titre, partie au Statut de la Cour» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro))*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 14, par. 18). La Cour utilise la formule à plusieurs reprises dans les affaires en lesquelles la Serbie-et-Monténégro est partie devant elle. Correctement interprétée, indépendamment des nuances propres à chaque cas d'espèce, la formule donne à penser que la Cour se réservait le droit de prendre définitivement position lors d'une phase ultérieure de l'instance.

La conclusion qui semble s'imposer est que, en statuant ainsi, la Cour diffère sa réponse à la question «de savoir si la Yougoslavie est ou non Membre de l'Organisation des Nations Unies et, à ce titre, partie au Statut de la Cour» (*ibid.*). Dans les circonstances de l'espèce, on peut cependant s'interroger sur le sens intrinsèque de ce report de décision.

8. La Cour a été saisie par requête introductive d'instance déposée au Greffe le 29 avril 1999 par la République fédérale de Yougoslavie (ci-après dénommée la «RFY»). Egalement saisie d'une demande en indication de mesures conservatoires, elle a mis en œuvre la procédure prévue à cet effet. Était-elle, au regard des dispositions pertinentes de son Statut, à même d'être saisie? Pouvait-elle, par ailleurs, engager une procédure en indication de mesures conservatoires si la République fédérale de Yougoslavie n'avait pas été Membre de l'Organisation des Nations Unies pendant la période considérée, et que d'ailleurs la RFY n'avait, en tout état de cause, pas accepté la compétence générale de la Cour aux conditions prévues par la résolution 9 (1946) du Conseil de sécurité, conformément aux dispositions du paragraphe 2 de l'article 35 du Statut de la Cour?

La réponse à ces questions est manifestement négative. En effet, dès lors qu'il s'agit d'une cour de justice dont l'accès est restreint, il est indispensable que les Etats satisfassent à la condition préliminaire pertinente — celle d'acquérir qualité pour agir — pour pouvoir saisir la Cour d'un différend.

9. La Cour avait donc le choix entre plusieurs solutions puisque la situation juridique de la Yougoslavie était en tout cas incertaine et que cette incertitude était patente depuis 1993 (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro))*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, p. 14, par. 18):

- i) la Cour pouvait demander à l'Assemblée générale, en sa qualité d'organe compétent de l'Organisation des Nations Unies, une interprétation authentique de la résolution 47/1;
- ii) elle pouvait formuler provisoirement sa propre réponse en demandant, sur le fondement du paragraphe 2 de l'article 38 du Règlement de la Cour, que la première pièce de procédure soit consacrée à cette

question³, ou en mettant en œuvre une procédure préjudiciaire sur la base des dispositions de l'article 48 du Statut;

- iii) elle pouvait aussi poser à titre de présomption judiciaire que la Yougoslavie avait le droit d'ester devant la Cour.

La Cour a choisi de présumer que la Yougoslavie était Membre de l'Organisation des Nations Unies et avait, à ce titre, qualité pour ester devant elle (voir l'opinion dissidente de M. le juge Vereshchetin jointe à l'arrêt rendu le 3 février 2003 en l'affaire de la *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. 41, par. 4 (affaire ci-après dénommée «*Demande en révision*»); voir aussi l'opinion individuelle de M. le juge Koroma, *ibid.*, p. 36, par. 9).

b) *La présomption judiciaire*

10. La présomption judiciaire⁴, comme la présomption légale, consti-

³ Dans son ordonnance du 30 juin 1999, la Cour a noté que la Belgique avait demandé «qu'il soit statué séparément, avant toute procédure sur le fond, sur les questions de la compétence de la Cour et de la recevabilité de la requête en l'espèce» (*Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique)*, C.I.J. Recueil 1999 (II), p. 989).

«Le fait que les diverses dispositions régissant la compétence incidente figurent dans le Statut ... offre une base consensuelle générale, les Etats étant parties à la Charte et au Statut, lesquels sont toujours partie intégrante du titre de compétence et confèrent toujours des droits et obligations aux parties envers la Cour et ses activités. Néanmoins, *s'il apparaît évident que la Cour n'a absolument aucune compétence pour connaître d'une affaire au fond, il s'ensuit mécaniquement qu'elle n'aura pas non plus de compétence incidente.*» (Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, vol. II, 1997, p. 598-599; les italiques sont de moi.)

⁴ Mieux connues que les présomptions judiciaires, les présomptions légales (*praesumptio juris*) sont très fréquentes en droit international. Les juridictions internationales recourent habituellement à la présomption de fait ou aux preuves circonstanciées (*Détroit de Corfou, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 18). En ce qui concerne la présomption légale dans la pratique de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, il convient de se reporter à l'ouvrage de T. Buergenthal, R. Norris et D. Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas, Selected Problems*, 2^e éd., 1986, p. 130-132 et p. 139-144. Les exemples de présomptions fondées sur les principes généraux du droit international sont extrêmement nombreux dans la pratique des cours internationales, que la présomption soit utilisée de manière positive comme présomption de bonne foi (voir, par exemple, *Concessions Mavrommatis à Jérusalem, arrêt n° 5, 1925, C.P.J.I. série A n° 5*, p. 43) ou de manière négative, comme présomption d'abus de droit (*Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, fond, arrêt n° 7, 1926, C.P.J.I. série A n° 7*, p. 30; *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex (deuxième phase), 1930, C.P.J.I. série A n° 24*, p. 12; *Détroit de Corfou, fond, arrêt, 1949, C.I.J. Recueil 1949*, p. 119, opinion dissidente de M. le juge Ečer). Ces présomptions revêtent une importance particulière dans le domaine de l'interprétation des traités étant donné que la fonction même d'une telle interprétation est de déterminer «l'intention, ou ce que l'on peut raisonnablement présumer avoir été l'intention, des parties à un traité lors de sa conclusion» (Harvard Law School, *Research in International Law, Part III, Law of Treaties*, art. 19, p. 940; les italiques sont de moi).

tue en droit international l'un des principaux types de présomption. Elle consiste, pour une juridiction internationale, à considérer comme avérés certains faits ou situations sans qu'ils aient été prouvés. Aussi ne coïncide-t-elle pas nécessairement avec le fait ou la situation en question, ou n'en est pas le strict équivalent.

Lorsque l'on motive l'existence d'une présomption judiciaire, ce sont les considérations d'ordre pratique qui sont au premier plan.

Le recours à la présomption judiciaire permet de se dispenser d'attendre que soient connus de façon détaillée les faits et la situation dont dépendent l'existence, la teneur ou l'extinction du droit susceptible de nuire aux intéressés ou d'entraver le bon déroulement de l'instance.

Même si elle tend au maximum à établir la vérité et à la dire, la justice en réalité préfère toujours élaborer des solutions utiles et adaptées aux cas d'espèce au lieu de laisser, en tentant d'établir la vérité en tant que telle, se perdre totalement ou partiellement des droits et obligations qui existent.

11. Dans son rôle de présomption, la présomption judiciaire présente certains traits caractéristiques qui la distinguent de la présomption légale (*praesumptio juris*).

Il convient à cet égard de citer deux de ces traits qui sont importants.

En premier lieu, la présomption judiciaire est normalement une présomption naturelle, factuelle (*praesumptio facti vel homine*) qui ne procède pas des règles particulières constituant le droit propre aux juridictions internationales ou le droit qu'elles appliquent. C'est un élément inhérent à la motivation juridique de la juridiction internationale quand celle-ci interprète et applique les règles de droit.

En second lieu, par opposition à la présomption légale qui peut être irréfragable (*praesumptio juris et de jure*), la présomption judiciaire est par définition, du fait de son caractère naturel et factuel, réfragable. Ce caractère réfragable présente toutefois une particularité.

Faisant partie intégrante de la motivation de la juridiction internationale, la présomption judiciaire ne sera en effet pas réfragable au sens où peut l'être la présomption légale. Elle peut en effet être écartée ou remplacée par la juridiction.

Dans le cadre de sa motivation juridique, la juridiction internationale a la faculté d'écarter la présomption judiciaire ou de la remplacer par une présomption d'une autre nature. Au sens strict, seules les conclusions et décisions que la juridiction internationale fonde sur une présomption judiciaire sont réfragables. Toutefois, elles perdent leur raison d'être lorsque la juridiction identifie la question litigieuse qui fait l'objet de la présomption. Privées d'objet, elles disparaissent alors d'elles-mêmes. Cela étant, même dans cette hypothèse, la juridiction est tenue de réfuter, conformément à la procédure prévue, la conclusion ou décision qu'elle avait fondée sur une présomption.

12. La compétence dite «*prima facie*» illustre bien ce que sont les pré-

somptions judiciaires. Cette expression associe de façon assez artificielle un aspect modal (*prima facie*) et un objet (compétence). Dans ce contexte particulier, l'aspect modal est également qualitatif, puisque «*prima facie*», dans la motivation juridique de la Cour, veut dire implicitement que ce n'est «pas concluant» ou «pas définitif». Au sens purement grammatical, l'expression «compétence *prima facie*» donne à penser qu'il existe une compétence distincte, en quelque sorte une subdivision de la compétence de la Cour. Un tel morcellement de la compétence est pourtant dénué de fondement, tant au regard du Statut et du Règlement de la Cour que, d'ailleurs, de la logique juridique. Il faudrait plutôt dire que l'on «constate *prima facie* la compétence». C'est-à-dire qu'en principe il s'agit d'une affaire *prima facie*, d'une affaire établie par des preuves *prima facie*. C'est sur ce fondement que la Cour se présume compétente, en réservant la suite de la procédure pour se prononcer plus avant, notamment pour formuler sa conclusion.

13. Sur le fond, le fait pour la Cour d'éluder le problème est, compte tenu des circonstances pertinentes de l'espèce, plus qu'un simple report de décision et est aussi autre chose. Que la Cour élude le problème ne saurait se ramener à un simple report, tout d'abord parce que le statut de la RFY vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies et du Statut de la Cour intéresse la possibilité même de ce pays d'ester devant elle. Il est difficile d'imaginer que la Cour, qui est gardienne de son Statut, se soit satisfaite d'un «report» pour répondre à cette question cruciale. Le fait pour la Cour d'éluder la question revêt deux aspects: le premier aspect, intrinsèque, de fond, se traduit par la présomption relative à la qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies de la RFY; le second aspect, extrinsèque, purement formel, se traduit par un simple report.

14. Présumer que la Yougoslavie était Membre de l'Organisation des Nations Unies antérieurement au 1^{er} novembre 2000 était le seul fondement possible de la saisine de la Cour.

Le droit pour une partie d'ester devant la Cour est le préalable indispensable d'une saisine valide. La saisine n'est pas et ne saurait être une conséquence automatique de l'acte par lequel un Etat veut saisir la Cour (dans cette seconde hypothèse, il serait plus approprié de parler de l'«acte de saisine»; voir sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. II, 1986, p. 440, note de bas de page 2). Si, ne serait-ce qu'aux fins de l'argumentation, certains adoptaient le point de vue opposé, on ne voit pas pourquoi la Cour ne pourrait pas également être saisie par des actes émanant d'autres personnes — physiques ou morales — auxquelles le Statut refuse le droit d'ester devant elle.

La saisine effective est donc la condition indispensable qui doit être remplie pour que la Cour puisse exercer les pouvoirs que son Statut lui confère. La Cour se doit de les exercer

«lorsqu'elle a été régulièrement saisie et qu'il ne lui a pas été démontré, sur une autre base, qu'elle est incompétente ou que la demande

est irrecevable» (*Nottebohm, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1953*, p. 122; les italiques sont de moi).

En réalité, la Cour ne serait pas à même d'examiner une demande si elle n'est pas régulièrement saisie. Comme elle l'a noté:

«Lorsque la requête est déposée à un moment où le droit en vigueur comporte la juridiction obligatoire de la Cour ... le dépôt de la requête n'est que la condition pour que la clause de juridiction obligatoire produise effet à l'égard de la demande qui fait l'objet de la requête. Cette condition remplie, la Cour doit connaître de la demande; elle a compétence pour en examiner tous les aspects, qu'ils touchent à la compétence, à la recevabilité ou au fond.» (*Ibid.*, p. 123; les italiques sont de moi.)

15. Etant par définition réfragables, les présomptions judiciaires peuvent faire l'objet de vérifications. En principe, lorsqu'elles portent sur le *locus standi* des parties, la Cour les vérifie d'office ou à la demande d'une partie.

Il convient de souligner que, en la (les) présente(s) affaire(s), les exceptions préliminaires formulées par l'ensemble des Etats défendeurs quant à la compétence de la Cour *ratione personae* revêtent un caractère particulier. Bien qu'étant présentées comme des exceptions à la compétence *ratione personae* de la Cour, elles visent en réalité à contester la validité de sa saisine. En outre, dans leurs conclusions finales, quatre Etats défendeurs (à savoir le Portugal, l'Allemagne, les Pays-Bas et l'Italie) ont prié la Cour, en des termes similaires, de dire et juger que la «la RFY n'a[vait] pas qualité pour agir devant [elle]». En d'autres termes, ils mettaient en doute l'existence même de l'«affaire» devant la Cour.

c) *Saisine effective et saisine valide*

16. Il faut, semble-t-il, opérer une distinction entre la «saisine effective» de la Cour et une «saisine valide».

En principe, la première est fondée sur une appréciation *prima facie* du droit d'une partie ou des parties d'ester devant la Cour.

L'appréciation *prima facie* de ce droit semble être moins rigoureuse que l'appréciation de la base de compétence, du fait surtout que la quasi-totalité des Etats sont aujourd'hui Membres de l'Organisation des Nations Unies. On constate donc, dans la pratique de la Cour, que l'observation des conditions prévues aux paragraphes 1, 2 et 3 de l'article 38 et aux paragraphes 1 et 2 de l'article 39 du Règlement de la Cour autorise sa saisine effective.

En l'absence de procédure distincte permettant de vérifier, avant qu'une instance soit véritablement engagée, que celle-ci répond aux conditions de validité prescrites, y compris pour ce qui a trait au *locus standi*, la saisine

effective constitue une démarche procédurale indispensable, qui permet notamment à la Cour d'établir la validité de sa saisine.

En revanche, pour que la saisine de la Cour soit valide en ce qui concerne le *locus standi*, la Cour doit avoir dûment établi que les parties à un différend ont satisfait à la condition préalable leur permettant d'ester devant elle, c'est-à-dire qu'elles ont reconnu en bonne et due forme la compétence générale de la Cour (parce qu'elles sont parties à son Statut ou qu'elles ont fait une déclaration conforme aux prescriptions de la résolution 9 (1946) du Conseil de sécurité). C'est à ce moment précis que les parties à un différend deviennent parties au différend porté devant la Cour.

A cet égard, le rapport entre saisine effective et saisine valide pourrait être comparé au rapport entre la «compétence dite *prima facie*» et la «compétence considérée comme établie de façon concluante».

Dès lors, si l'expression «saisine effective» ou «saisine régulière» est employée pour désigner la validité de la saisine de la Cour, elle doit être interprétée comme se rattachant au seul aspect formel de cette validité et non à son aspect de fond.

d) *Obiter dictum contenant des éléments ou des indices d'une position sur le fond*

17. Dans l'affaire de la *Demande en revision*, la Cour, examinant la résolution 55/12 de l'Assemblée générale en date du 1^{er} novembre 2000, souligne notamment que ladite résolution

«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 et de la convention sur le génocide. En outre, la lettre du conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies en date du 8 décembre 2000 ne peut avoir modifié le statut de la RFY à l'égard des traités.» (*Arrêt, C.I.J. Recueil 2003*, p. 31, par. 71.)

On souscrit sans peine à l'idée qu'en principe les résolutions de l'Assemblée générale, dont celle qui est citée ci-dessus, n'ont pas d'effet rétroactif. Mais dans le cas présent, cette constatation de la Cour n'est guère utile. En effet, l'objet sur lequel porte l'absence d'effet rétroactif de la résolution 55/12 de l'Assemblée générale dans le passage cité plus haut — à savoir «la situation *sui generis* dans laquelle se trouvait la RFY vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies pendant la période 1992-2000» — est manifestement confus et imprécis. Dans ce passage, l'expression «*sui generis*» qualifie le substantif «situation», dont le sens, dans ce contexte particulier, est extrêmement abscons et technique. Le terme est-il utilisé comme un synonyme de l'expression «qualité de Membre» ou de la formule «droits et obligations attachés à la qualité de Membre» ou remplace-t-il cette expression ou cette formule, ou bien encore vise-t-il à exprimer le lien concret entre le demandeur et l'Organisation? S'il s'agit de la

qualité de Membre «*sui generis*», il est difficile de saisir quels sont, dans l'abstrait, les éléments de la qualité de Membre ou, au cas particulier, les éléments de la qualité de Membre présumée de la République fédérale de Yougoslavie, qui autoriseraient à parler en l'occurrence de qualité de Membre «*sui generis*». C'est-à-dire qu'il convient d'observer qu'il n'est fait aucune mention, dans la Charte des Nations Unies, d'une qualité de Membre «*sui generis*», qui serait manifestement une sorte d'amalgame entre la qualité de «Membre» et celle de «non-membre». L'emploi de tels termes vise plutôt à conceptualiser une notion inexistante qu'à exprimer de façon juste une réalité juridique véritable — à plus forte raison, à défaut d'éléments qui, *a limine* ou à titre d'exemple, illustreraient la «qualité de Membre» ou celle de «non-membre» au sein de l'organisation mondiale.

Cependant, il est vrai que, au paragraphe 70 de l'arrêt rendu le 3 février 2003 en l'affaire de la *Demande en revision*, il est dit que :

«La résolution 47/1 ne portait notamment pas atteinte au droit de la RFY d'ester devant la Cour ... dans les conditions fixées par le Statut. Elle ne touchait pas davantage à la situation de la RFY au regard de la convention sur le génocide.» (*C.I.J. Recueil 2003*, p. 31, par. 70.)

On se trouve ici devant une affirmation plutôt que devant un raisonnement juridique à proprement parler. Plus précisément, compte tenu de la controverse relative au statut du demandeur à l'égard de l'Organisation des Nations Unies, on ne voit pas bien ce qui fonde le «droit de la RFY d'ester devant la Cour» (*ibid.*). Ce droit procède-t-il de sa qualité d'Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies, qui lui confère *ipso facto* la qualité de partie au Statut de la Cour, ou répond-il aux conditions prescrites au paragraphe 2 de l'article 35 du Statut de la Cour et dans la résolution 9 (1946) du Conseil de sécurité ?

18. On comprend mal ce qui a amené la Cour à prononcer son *obiter dictum* sur la «situation *sui generis*» de la RFY vis-à-vis des Nations Unies dans son arrêt en l'affaire de la *Demande en revision*. Dans cette affaire, la Cour devait dire si l'admission de la RFY à l'Organisation des Nations Unies constituait *en tant que telle* un «fait nouveau» au sens de l'article 61 du Statut. La Cour a elle-même souligné ce qui suit :

«[la RFY] fonde en réalité sa requête en revision sur les conséquences juridiques qu'elle entend tirer de faits postérieurs à l'arrêt dont la revision est demandée. Ces conséquences, à les supposer établies, ne sauraient être regardées comme des faits au sens de l'article 61. L'argumentation de la RFY ne peut par suite être retenue.» (*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. 30, par. 69; les italiques sont de moi.)

Il est frappant de constater que la Cour a formulé cet *obiter* après avoir, pendant près de dix ans, «éludé» la question de la qualité de Membre de la RFY au sein de l'Organisation des Nations Unies alors même que cette question revêtait depuis le début une importance fondamentale pour la compétence de la Cour dans tous les différends portés devant elle auxquels la RFY est partie. Le fait restant présent à l'esprit, la Cour pouvait difficilement formuler la moindre objection, dans l'une ou l'autre des procédures introduites successivement devant elle tout au long de cette période, quant à l'obligation pour elle de se prononcer expressément, à titre provisoire, sur la question aux fins des procédures en cours. Toutefois, la Cour n'a rien fait de tel *jusqu'à l'admission de la RFY à l'Organisation des Nations Unies*, qui a résolu définitivement la question. Voilà qui est en soi surprenant.

19. Objectivement, l'insistance sur la situation *sui generis* de la Serbie-et-Monténégro à l'égard de l'Organisation des Nations Unies pendant la période allant de 1992 à 2000, telle qu'elle est envisagée au paragraphe 70 de l'arrêt en l'affaire de la *Demande en revision*, revient dans les circonstances actuelles à une tentative de revision de la décision prise par les organes politiques principaux de l'Organisation des Nations Unies. En termes juridiques, cela revient à créer une *fictio legis*.

20. Qualifier le statut du demandeur à l'égard de l'Organisation des Nations Unies par des formules telles que «qualité de Membre *sui generis*» et «participation de fait», etc., n'a aucun sens juridique dans l'optique de la Charte. La Charte des Nations Unies ne reconnaît pas pareilles formes d'«appartenance» et de «non-appartenance» ni les formes hybrides d'appartenance. L'emploi de ces expressions vise plutôt — par analogie avec la qualité de Membre telle qu'elle est définie dans la Charte — à doter de façon abstraite et hypothétique un non-membre du statut d'observateur reposant sur le paragraphe 6 de l'article 2 et le paragraphe 2 de l'article 35 de la Charte, ou à lui conférer le statut d'entité non étatique qui est celui des mouvements de libération nationale, ou encore le statut d'observateur conféré à des organisations régionales et des groupes d'Etats en vertu du paragraphe 1 de l'article 52 de la Charte des Nations Unies. Qualitativement, la formule «qualité de Membre *sui generis*» ou «participation de fait» signifierait en réalité que les droits dont la qualité de Membre est assortie sont restreints ou bien viserait les privilèges accordés à certains non-membres.

Il est difficile de concilier une telle interprétation avec les dispositions de la Charte des Nations Unies qui régissent les droits et obligations liés à la qualité de Membre, ou avec le principe fondamental de l'égalité souveraine des Etats consacré par le paragraphe 1 de l'article 2 de la Charte.

Les dispositions de la Charte, en ce qui concerne le lien entre l'Organisation et les Etats, ont été formulées suivant la dichotomie opposant les Etats Membres et les Etats non membres. Il n'existe pas de *tertium quid*. Le chapitre II de la Charte des Nations Unies («Membres») n'établit de distinction qu'entre les Membres originels des Nations Unies et les

Membres admis à l'Organisation par la suite, mais cette distinction n'emporte aucune conséquence de fond du point de vue des droits et devoirs liés à la qualité de Membre et ne présente qu'un intérêt historique.

L'article 2 de la Charte des Nations Unies, qui énonce les principes sur lesquels est fondée l'Organisation et selon lesquels doivent agir ses Membres, dispose en son premier paragraphe que «[l']Organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses Membres».

Le principe ainsi énoncé au paragraphe 1 de l'article 2 de la Charte constitue *ratione materiae* une application étroite du «concept juridique fondamental de la souveraineté des Etats en droit international coutumier» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 111, par. 212; ci-après l'«*affaire Nicaragua*») et il est doté d'une force juridique égale à celle du principe exprimé au paragraphe 2 du même article, que la Cour a déclaré être «non seulement un principe de droit international coutumier, mais encore un principe fondamental ou essentiel de ce droit» (*ibid.*, p. 100, par. 190).

Le principe de l'égalité souveraine des Etats en tant que principe universel relevant du *corpus juris cogentis* s'applique, dans le cadre de la Charte des Nations Unies, sur deux plans :

- i) dans les relations entre les Etats Membres, à l'exception des membres permanents du Conseil de sécurité, en tant que principe de l'égalité des droits et des obligations liés à la qualité de Membre, et
- ii) dans les relations entre les Etats non membres et l'Organisation, en tant que principe de l'égalité des droits et des obligations des non-membres devant les organes appropriés de l'Organisation ainsi qu'il est indiqué au paragraphe 2 de l'article 35 de la Charte.

En d'autres termes, le caractère impératif du principe de l'égalité souveraine des Etats exclut que l'ensemble des droits et obligations d'un Membre soit réduit par rapport à l'ensemble des droits et obligations d'un Etat Membre selon la Charte; il exclut tout autant l'élargissement des droits et obligations d'un Etat non membre au-delà de ce que prévoit la Charte pour cette catégorie d'Etats.

La suspension, fondée sur l'article 5 de la Charte, de l'exercice par un Etat Membre de certains droits liés à la qualité de Membre soulève une autre question. La suspension fondée sur l'article 5 des droits et privilèges liés à la qualité de Membre ne porte pas atteinte au principe de l'égalité de ces droits et privilèges puisque ladite suspension ne modifie ni la base juridique de la qualité de Membre ni les droits et privilèges qui y sont liés, son seul effet étant de restreindre l'exercice de ces derniers tant qu'elle n'est pas levée. Toutefois, la suspension des droits liés à la qualité de Membre peut, dans certaines circonstances, conduire à une violation du principe fondamental de l'égalité des Etats Membres dans une procédure devant la Cour (par exemple, si un Membre suspendu se trouve empêché de prendre part aux travaux d'organes de l'Organisation, ou aux procé-

dures établies par eux, dont des conclusions ou déclarations sont utilisées comme éléments de preuve devant la Cour).

La disparition d'un Etat Membre comme sujet de droit international conduit *ipso facto* à la suppression de sa qualité de Membre au sein de l'Organisation des Nations Unies. Puisque les droits et obligations liés à cette qualité constituent un effet important de l'appartenance à l'Organisation, la disparition d'un Etat équivaut à la cessation de tous ses droits et obligations liés à la qualité de Membre. (Echappent à cette règle les droits et obligations consacrés par la Charte qui ont un caractère *erga omnes* ou un caractère impératif et qui, considérés sous l'angle juridique, ne sont pas des droits et obligations *liés à la qualité de Membre*.)

21. La Cour a recouru à la présomption judiciaire comme il le fallait dans la procédure en indication de mesures conservatoires.

Pour conclure que «les déclarations faites par les Parties conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut ne constituent pas une base sur laquelle la compétence [pourrait être fondée]», la Cour s'est appuyée en effet sur la limitation *ratione temporis* figurant dans la déclaration par laquelle la Yougoslavie a reconnu la compétence obligatoire de la Cour (*Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique), mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I)*, p. 135, par. 30). Par conséquent, la Cour a remis en cause, non pas en tant que telle, la validité de la déclaration par laquelle la Yougoslavie a reconnu la juridiction obligatoire de la Cour conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, mais les modalités temporelles de son application compte tenu de la condition de réciprocité.

Le juge Kooijmans avait sans doute raison d'écrire:

«Comment la Cour peut-elle dire qu'il n'y a pas lieu d'examiner la question de la validité de la déclaration de la Yougoslavie et conclure en même temps que ladite déclaration, considérée avec celle du défendeur, ne peut pas constituer une base de compétence? *Pour conclure ainsi, il faut certainement prendre pour hypothèse que la déclaration de la Yougoslavie est valable*, tout au moins au stade actuel de la procédure. Si cette présomption de validité fait défaut, la Cour aurait dû tout au moins dire qu'elle accepte cette validité aux seules fins du débat puisque, même si elle avait été valable, cette déclaration du demandeur n'aurait pas pu conférer compétence à la Cour en raison de la limitation *ratione temporis* qu'elle énonce.» (*Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique), mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I)*, p. 177, par. 16; opinion individuelle de M. le juge Kooijmans; les italiques sont de moi.)

La réciprocité n'a rien à voir avec la validité d'une déclaration en tant qu'instrument juridictionnel, étant donné que son effet est limité à la durée de validité de l'obligation couverte par la déclaration. Le seul effet que la réciprocité soit en mesure de produire est de limiter la juridiction

au terrain commun accepté par les deux parties, comme l'a dit la Cour dans l'affaire de l'*Interhandel*:

«La réciprocité permet à l'Etat qui a accepté le plus largement la juridiction de la Cour de se prévaloir des réserves à cette acceptation énoncées par l'autre partie. *Là s'arrête l'effet de la réciprocité.*» (*Exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1959*, p. 23; les italiques sont de moi.)

Compte tenu des dispositions du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour et eu égard au fait que la Yougoslavie n'a pas accepté la compétence de la Cour sur la base de la résolution 9 (1946) du Conseil de sécurité, il faut en déduire que la présomption de validité de la déclaration de la Yougoslavie reposant sur le seul terrain *ratione materiae* revient à n'accorder que très étroitement à la Yougoslavie la qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies.

22. La Cour a, en outre, présumé qu'il y avait en droit identité et continuité de la RFY à l'égard de la convention sur le génocide et elle s'est estimée incompétente parce que l'intention des Etats défendeurs de commettre un génocide n'a pas été prouvée.

En d'autres termes, la Cour a estimé qu'en l'espèce elle avait, du moins *prima facie*, compétence *ratione personae* — sur le fondement du lien contractuel entre le demandeur et le défendeur dans le cadre de la convention sur le génocide — et elle a jugé que si elle n'était pas compétente *ratione materiae* en vertu de la convention, c'est parce qu'il n'a pas été démontré que l'intention de commettre un génocide, en tant qu'élément constitutif de ce crime, était probable.

Il est manifeste que, lorsqu'elle constate que la RFY est partie à la convention sur le génocide, la Cour se fonde sur la déclaration officielle de la RFY en date du 22 avril 1992, confirmée dans une note officielle que la mission permanente de la Yougoslavie auprès de l'Organisation des Nations Unies adresse au Secrétaire général le 27 avril 1992 et selon laquelle:

«La République fédérative 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.» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 610, par. 17.)

Selon les règles d'interprétation d'actes unilatéraux émanant d'Etats que la Cour a énoncées avec précision et clarté dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)* («les déclarations ... doivent être considérées comme un tout» et «interprété[s] comme formant un tout» (*compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 454, par. 47; p. 453, par. 44)), et on doit interpréter les actes unilatéraux

«tel[s] qu'[ils] se présente[nt], en tenant compte des mots effectivement employés» (*Anglo-Iranian Oil Co., exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1952*, p. 105), «l'accent [étant mis] sur l'intention de l'Etat...» (*Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 454, par. 48).

Il est difficile, à partir de ces règles d'interprétation des actes unilatéraux émanant d'Etats, ou à partir de l'une quelconque d'entre elles prise individuellement, de conclure que l'intention de la Yougoslavie était de «respect[er] strictement tous les engagements que la République fédérative socialiste de Yougoslavie a[vait] pris à l'échelon international» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 610, par. 17), sans se fonder sur l'identité et la continuité juridiques avec la République socialiste fédérative de Yougoslavie (ci-après dénommée la «RSFY») ni prendre un autre fondement de même effet. (Que la déclaration du 27 avril 1992 puisse être considérée comme un acte unilatéral *créant* de quelconques obligations juridiques est également discutable. Ainsi que la Cour l'a clairement indiqué dans les affaires des *Essais nucléaires*, «[q]uand l'Etat auteur de la déclaration entend être lié conformément à ses termes, cette intention confère à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique» (*Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 267, par. 43; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 472, par. 46).) Ainsi, tout dépend de l'intention de l'Etat et il appartient à la Cour de «se faire sa propre opinion sur le sens et la portée que l'auteur a entendu donner à une déclaration unilatérale d'où peut naître une obligation juridique» (*Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 269, par. 48; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 474, par. 50). Il ressort très clairement du texte de la déclaration que la Yougoslavie n'avait pas pour intention de se lier par les obligations de l'ex-RSFY mais de *rester* liée par «toutes ses obligations vis-à-vis des organisations et institutions internationales auxquelles elle appart[enait]».

Eu égard au fait que, après l'adoption de la Constitution du 27 avril 1992, la Yougoslavie n'a pas exprimé son consentement à être liée par la convention sur le génocide comme il est stipulé à l'article XI de la convention, et qu'elle n'a pas non plus publié de notification de succession, il est manifeste que l'on ne saurait considérer la Yougoslavie comme partie à la convention sur le génocide antérieurement au 12 mars 2001 que sur la base de l'identité et de la continuité juridiques avec la RSFY en matière de traités multilatéraux.

23. Il est clair que les présomptions évoquées plus haut ne se sont pas, dans les circonstances entourant le statut général de la RFY, imposées par la force à la Cour (*violentia praesumptio*). Autrement, il n'y aurait aucun sens à conclure que la solution adoptée par la résolution 47/1 de l'Assemblée générale «ne laisse pas de susciter des difficultés juridiques» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime*

de génocide (*Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro)*), mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 14, par. 18).

Vu les circonstances pertinentes qui ont existé jusqu'à l'admission de la Yougoslavie à l'Organisation des Nations Unies en qualité de Membre et dans lesquelles les arguments favorables et les arguments défavorables s'équilibrent à peu près, on peut dire que ces présomptions se situent entre des présomptions légères (*praesumptiones facti vel hominis leves*) et des présomptions probables (*praesumptiones facti vel hominis graves*).

3. Les conséquences juridiques de l'admission de la RFY à l'Organisation des Nations Unies

24. La RFY a revendiqué l'identité et la continuité juridiques avec la RSFY jusqu'à l'an 2000. Même si, à mon avis, la RFY, compte tenu des règles pertinentes du droit international — règles qui, il est vrai, ne sont pas parfaitement claires ni solides —, avait droit à l'identité et à la continuité juridiques avec la RSFY, la revendication de continuité de la RFY, considérée à l'aune de raisons éminemment politiques, n'a pas été acceptée. S'agissant du statut de la RFY au sein de l'Organisation des Nations Unies, ce rejet s'est traduit par ce que l'on pourrait, de manière très approximative, qualifier de suspension *de facto* irrégulière des droits liés à la qualité de Membre, sur le modèle du «siège vacant», modèle qui, en ce qui concerne la RFY, a été appliqué en premier lieu au sein de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE).

25. A la fin de l'an 2000, la RFY, dans le contexte pertinent, a fait deux choses :

- i) elle a renoncé à revendiquer la continuité et accepté le statut d'Etat successeur de l'ex-RSFY ; et
- ii) sur une base juridique nouvelle du point de vue qualitatif — c'est-à-dire en qualité d'Etat successeur —, elle a présenté une demande d'admission à l'Organisation des Nations Unies.

26. L'Etat, en droit international, est constitué de deux éléments, c'est-à-dire qu'il se présente sous deux aspects :

- i) la qualité d'Etat au sens des attributs constitutifs de cette qualité, par exemple un territoire défini, une population stable, l'exercice de la souveraineté ;
- ii) la personnalité juridique, c'est-à-dire le statut de sujet de droit international doté d'un *corpus* de droits et obligations. La personnalité juridique de la RFY, eu égard aux circonstances pertinentes, peut être soit déduite, dérivée — fondée sur l'identité et la continuité juridiques avec la RSFY —, soit intrinsèque, originelle — fondée sur le statut d'Etat nouveau.

27. En demandant son admission à l'Organisation des Nations Unies, la Yougoslavie n'a pas seulement renoncé à revendiquer l'identité et la

continuité juridiques, elle a demandé en même temps à être acceptée en tant qu'Etat nouveau, doté d'une autre personnalité juridique — en tant qu'Etat successeur et non plus d'Etat assurant partiellement la continuité de l'ex-RSFY — personnalité différente de celle revendiquée jusqu'en 2000. En réalité, elle a accepté la position, présentée comme étant celle de la communauté internationale, qui fut adoptée au moment de la proclamation officielle de la RFY en avril 1992. Position que, cependant, ni les organisations internationales concernées ni les Etats, agissant *in corpore* en qualité de membres desdites organisations ou individuellement, n'ont mise en application ni dans sa forme ni sur le fond. A la place, ils ont opté pour des solutions fondées sur des considérations politiques de caractère pragmatique plutôt que sur le droit international. D'où une sorte de «Rashomon» juridique au sujet du caractère de la Yougoslavie — est-ce un nouvel Etat ou bien est-ce l'ancien? — et de son statut au sein de l'Organisation des Nations Unies — la Yougoslavie est-elle ou n'est-elle pas Membre de l'Organisation?

28. Admettre la Yougoslavie comme Membre de l'Organisation des Nations Unies à compter du 1^{er} novembre 2000 a consisté également à accepter comme elle le demandait de la reconnaître comme un nouvel Etat, c'est-à-dire de lui reconnaître une nouvelle personnalité internationale, différente de la personnalité hybride et controversée qui avait été la sienne au cours de la période allant de 1992 à 2000. Cette demande a été acceptée sous forme simplifiée par un accord général ou une série d'accords accessoires entre la RFY d'un côté et les Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies ainsi que l'Organisation elle-même de l'autre, accords inscrits tacitement dans l'esprit et la lettre de la résolution 55/12 de l'Assemblée générale ainsi que dans la pratique cohérente suivie ensuite par l'Organisation (voir, par exemple, la lettre du Secrétaire général adjoint et conseiller juridique des Nations Unies en date du 8 décembre 2000⁵ et la liste des Etats Membres avec la date de leur admission à l'Organisation (communiqué de presse de l'Organisation des Nations Unies ORG/1317 mis à jour le 18 décembre 2000)). Dans cette série d'accords accessoires ou dans cet accord accessoire général, on reconnais-

⁵ La lettre, datée du 8 décembre 2000, du Secrétaire général adjoint et conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies concernant l'une des conséquences juridiques pertinentes de l'admission de la RFY à l'Organisation des Nations Unies en qualité d'Etat successeur est essentiellement de caractère administratif. A cet égard, il y a lieu de souligner que la Cour, dans son arrêt de 1996 traitant de la question de la participation de la Bosnie-Herzégovine à la convention sur le génocide, a noté que

«la Bosnie-Herzégovine est devenue Membre de l'Organisation des Nations Unies à la suite des décisions prises le 22 mai 1992 par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale, organes compétents en vertu de la Charte. Or, l'article XI de la convention sur le génocide ouvre celle-ci à «tout Membre des Nations Unies»; dès son admission au sein de l'Organisation, la Bosnie-Herzégovine pouvait donc devenir partie à la convention.» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 611, par. 19; les italiques sont de moi.)

sait en réalité à la RFY une nouvelle personnalité, c'est-à-dire la personnalité de l'Etat successeur de l'ex-RSFY et c'est en cette qualité qu'elle était admise comme Membre de l'organisation internationale. Dans ces conditions, la Yougoslavie, bien qu'elle fût toujours «l'ancien Etat» du point de vue de la qualité d'Etat, a été universellement reconnue comme un «Etat nouveau» du point de vue de sa personnalité juridique internationale. Etant donné que la reconnaissance d'un Etat a, par définition, un effet rétroactif, il s'ensuit nécessairement que toutes les déclarations faites ou les décisions adoptées qui concernent la RFY se rapportent à la RFY revendiquant la continuité avec la RSFY. Et, pour ce qui concerne la RFY postérieurement à l'an 2000, son existence en droit en tant que nouvelle personnalité juridique internationale a commencé en novembre de cette année-là avec son admission en qualité de Membre à l'Organisation des Nations Unies.

29. La résolution 55/12 de l'Assemblée générale n'est pas une résolution ordinaire. Les résolutions relatives à l'admission d'un Etat à l'Organisation des Nations Unies ne sont pas des recommandations, mais des décisions. En effet,

«les fonctions et pouvoirs de l'Assemblée générale selon la Charte ne sont pas limités à la discussion, à l'examen, à l'étude et à la recommandation; ses attributions ne sont pas simplement de caractère exhortatif. L'article 18 [de la Charte] traite des «décisions» de l'Assemblée générale «sur les questions importantes». Ces «décisions» comprennent en effet certaines recommandations, *mais d'autres ont une valeur et un effet de caractère impératif. Parmi ces dernières décisions*, l'article 18⁶ comprend la suspension des droits et privilèges de Membres, l'exclusion de Membres «et les questions budgétaires». En ce qui concerne la suspension des droits et privilèges de Membres et l'exclusion de Membres dans le cadre des articles 5 et 6, c'est le Conseil de sécurité dont le pouvoir se borne à faire des recommandations et *c'est l'Assemblée générale qui décide et dont la décision fixe le statut des Etats en question.*» (*Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1962, p. 163; les italiques sont de moi.*)

En conséquence, «[l']arrêt de la Cour n'infirmait pas les décisions de l'Assemblée générale» (*Cameroun septentrional, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1963, p. 33*), car dans la structure de l'Organisation des Nations Unies, la Cour ne possède pas «l'autorité suprême d'interpréter la Charte» (*Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1962, p. 168*).

⁶ L'article 18 de la Charte mentionne notamment «l'admission de nouveaux Membres dans l'Organisation».

De la décision prise par les organes compétents de l'Organisation des Nations Unies découlent des conséquences juridiques. L'admission de la RFY en qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies à compter du 1^{er} novembre 2000 a deux conséquences principales dans les circonstances des présentes affaires :

- i) en ce qui concerne l'admission de la Yougoslavie en qualité de Membre à compter du 1^{er} novembre 2000, on peut dire, bien que cela relève surtout de la description, qu'il est question ici de son admission «en qualité de nouveau Membre». Cette expression indique quel fut son statut dans le temps par rapport aux Membres admis à une date antérieure;
- ii) le fait que la Yougoslavie fut admise comme Membre à compter du 1^{er} novembre 2000 indique quelle était précédemment la nature de son statut vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies. Manifestement, au vu des décisions prises par les organes compétents de l'Organisation des Nations Unies, ce statut ne pouvait être celui de Membre. Autrement, la Yougoslavie n'aurait pas pu être admise en qualité de Membre à compter du 1^{er} novembre 2000. Comme on ne peut en même temps être une chose et son contraire, la Yougoslavie ne pouvait avoir été à la fois Membre et non-membre pendant la période allant de 1992 à 2000.

30. En l'espèce, la Cour a eu à connaître de plusieurs exceptions préliminaires présentées par le défendeur au sujet de la compétence spéciale de la Cour sous ses trois aspects (*ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione temporis*), de la recevabilité des demandes de la Yougoslavie et de la compétence générale de la Cour (*locus standi* de la Serbie-et-Monténégro).

Ayant conclu au défaut de compétence, la Cour a fondé sa décision essentiellement sur le fait que la Serbie-et-Monténégro n'avait pas qualité pour ester devant elle. La Cour a, semble-t-il, choisi la bonne voie.

Sur le choix du motif pour lequel elle se déclare incompétente, la Cour jouit d'un certain pouvoir discrétionnaire — *discretio legalis* — dont les limites sont définies par le bon sens et par des considérations juridiques primordiales tenant à la nature même de la fonction judiciaire. A cet égard, la Cour a, en l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens*, énoncé une formule générale consistant à dire qu'«[elle] est libre de baser sa décision sur le motif qui, selon elle, est plus direct et décisif» (*Certains emprunts norvégiens, arrêt, C.I.J. Recueil 1957, p. 25*).

La Cour applique concrètement cette formule selon les circonstances de chaque affaire afin de déterminer quel est, objectivement, le motif qui a priorité sur les autres arguments invoqués, tant selon le bon sens qu'en vertu de considérations juridiques.

En l'espèce, il semble que la qualité de la Serbie-et-Monténégro pour ester devant la Cour (*locus standi*) mérite d'être considérée comme ayant priorité absolue sur les autres motifs soulevés.

Cette priorité résulte de la nature même du *locus standi*, qui est la

condition préalable à remplir pour fonder la juridiction de la Cour en l'espèce, à la différence des autres motifs invoqués qui représentent les *conditions* de la compétence spéciale de la Cour sous les trois aspects à considérer. La qualité pour ester devant la Cour peut à elle seule, indépendamment des autres motifs soulevés, suffire à produire un effet direct et définitif sur la compétence de la Cour. Aucun des aspects pertinents de la compétence spéciale de la Cour (*ratione personae, ratione materiae, ratione temporis*), pas plus que la compétence spéciale elle-même, ne peut avoir cet effet. Car, si la Serbie-et-Monténégro n'a pas de *locus standi*, toute considération relative à ces autres aspects est sans objet. C'est là une application opportune du principe juridique *a majori ad minus*, qui est également un principe de bon sens.

En outre, il n'est pas à négliger que le choix fait par la Cour correspond à l'objet que le défendeur tout autant que le demandeur ont assigné à la question du *locus standi* de la Serbie-et-Monténégro dans leurs exposés devant la Cour et dans leurs conclusions finales.

31. Eu égard aux considérations que je viens d'exposer, en particulier dans les sections 1 et 3 de cette partie, je suis d'avis qu'un dispositif lié expressément au défaut de *locus standi* de la Serbie-et-Monténégro serait plus approprié compte tenu des circonstances des affaires. On produirait le même effet en qualifiant simplement le terme «compétence» par l'adjectif «générale». Non seulement parce que la question de la qualité pour ester devant la Cour était le *sedes materiae* des procédures considérées, mais aussi parce qu'un tel libellé découlerait naturellement de ce que la Cour a dit au sujet de la base de compétence invoquée (voir, par exemple, les paragraphes 45, 78, 90 et 125 de l'arrêt). Le libellé adopté semble révéler à tout le moins un manque de cohérence entre le dispositif et le raisonnement de la Cour.

II. LES RAISONS INVOQUÉES PAR LES DÉFENDEURS EN FAVEUR D'UN REJET IN LIMINE LITIS DE LA REQUÊTE

1. *Le désistement implicite est une contradictio in adjecto*

32. Les défendeurs, en particulier la France, ont cherché à plaider la clôture de l'instance sur la base de ce que l'on pourrait appeler un «désistement implicite».

Il a en effet été dit que «la République fédérale de Yougoslavie aurait pu faire le choix ..., choix simple et raisonnable, du *désistement*... *Ce n'est pas le cas, du moins pas explicitement.*» (CR 2004/12, p. 6, par. 3 et 4; les italiques sont de moi.) Commentant les observations écrites de la République fédérale de Yougoslavie, le conseil de la France déclare «[c]eci ressemble fort à un désistement qui ne dit pas son nom» (*ibid.*, p. 8, par. 9).

Un désistement, aux termes des articles 88 et 89 du Règlement de la Cour, repose sur deux éléments qui agissent cumulativement: la volonté des parties et la régularité du processus.

La volonté des parties représente l'aspect normatif du désistement tel qu'il est défini aux articles 88 et 89 du Règlement, car elle constitue le fondement juridique en vertu duquel le désistement peut être opéré. A travers «la volonté des parties», le désistement traduit le principe structurel de la compétence consensuelle dans les procédures contentieuses, selon lequel la Cour ne peut radier ni retirer une affaire du rôle au nom des parties si telle n'est pas leur volonté. Vue sous cet angle, la volonté des parties est une condition primordiale du désistement au sens des articles 88 et 89 du Règlement.

La volonté des parties s'exprime de différentes manières. Selon l'article 88 du Règlement, l'accord des parties est nécessaire et, à la lumière du paragraphe 2 de l'article 89, l'absence d'objection de la part du défendeur — qui constitue en fait une présomption d'acquiescement — doit aussi être prise en compte.

Le processus normal de désistement comprend les actions de la partie ou des parties, ainsi qu'une ordonnance de la Cour. Ce processus, aux termes des articles 88 et 89 du Règlement, présente une double caractéristique: premièrement, compte tenu de la signification essentielle que revêt la volonté des parties, l'ordonnance de la Cour constitue un acte neutre ayant «principalement pour objet de prévoir un moyen de procédure ou plutôt ... d'organiser le processus de désistement» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1964*, p. 19); deuxièmement, le paragraphe 1 de l'article 88 du Règlement dispose que «les parties, conjointement ou séparément, notifient à la Cour *par écrit* [leur accord]» (les italiques sont de moi), tandis que le paragraphe 1 de l'article 89 indique que «le demandeur fait connaître *par écrit* à la Cour [sa renonciation]» (les italiques sont de moi). La Cour donne effet au désistement par voie d'ordonnance en vertu de l'article 48 du Statut et de l'article 88 ou 89 du Règlement.

33. Au cas particulier, le désistement devrait, le cas échéant et à la lumière des circonstances propres à l'espèce, être fondé sur les dispositions du paragraphe 2 de l'article 89 du Règlement de la Cour, qui se lisent comme suit:

«Si, à la date de la réception du désistement, le défendeur a déjà fait acte de procédure, la Cour fixe un délai dans lequel il peut déclarer s'il s'oppose au désistement. Si, dans le délai fixé, il n'est pas fait objection au désistement, celui-ci est réputé acquis et la Cour rend une ordonnance en prenant acte et prescrivant la radiation de l'affaire sur le rôle. S'il est fait objection, l'instance se poursuit.»

Cependant, aucune des conditions relatives au désistement énoncées dans ces dispositions, en ce qui concerne tant la volonté des parties que la procédure voulue, n'est remplie.

La Serbie-et-Monténégro, en sa qualité de demandeur, a exprimé clairement et sans ambiguïté la volonté de ne pas se désister de l'instance. Dans les observations qu'il a formulées en guise de conclusion à l'issue de la procédure orale, l'agent de la Serbie-et-Monténégro a souligné maintes fois que le demandeur «[ne s'était] pas désist[é] de l'instance» (CR 2004/23, p. 16, par. 21 ; p. 18, par. 27 ; p. 20, par. 34). Il est donc évident que la Serbie-et-Monténégro ne pouvait avoir notifié son désistement à la Cour comme le prévoit le paragraphe 2 de l'article 89 du Règlement. Il est vrai que certains Etats défendeurs (le Royaume-Uni, les Pays-Bas et la France) ont interprété les observations écrites de la Serbie-et-Monténégro du 18 décembre 2002 comme une notification de désistement. Le demandeur, répondant à ces affirmations dans la lettre de son agent en date du 28 février 2003, a souligné que la Serbie-et-Monténégro «n'a[vait] pas fait état, dans ses observations écrites [du 18 décembre 2002], d'un tel désistement». Comme il n'y a tout bonnement pas en l'espèce de volonté du demandeur de se désister de l'instance, rien ne permet de faire de la volonté des parties un motif de désistement. La déclaration du défendeur concernant le désistement est, en l'occurrence, sans pertinence et pourrait être qualifiée d'invitation ou de proposition adressée au demandeur pour qu'il se désiste dans les conditions prévues au paragraphe 2 de l'article 89 du Règlement de la Cour.

34. Les dispositions des articles 88 et 89 du Règlement, lesquelles s'inscrivent dans le cadre du droit procédural de la Cour, sont des règles obligatoires pour les parties et pour la Cour elle-même. Bien qu'établies par la Cour, les règles de procédure applicables, en tant que règles de droit, ont une existence objective et imposent des restrictions que la Cour elle-même est tenue d'observer. La Cour n'a pas la faculté de modifier *ad casum* l'application de l'article 89 du Règlement. Cette conclusion découle clairement, à mon sens, à la fois de la nature des règles de procédure en tant que règles de droit et de la genèse du Règlement de la Cour. Les propositions visant à investir la Cour de cette faculté ont été rejetées au motif que «les plaideurs ont droit à une sérieuse garantie de la stabilité des règles de la procédure» (sixième séance, tenue le 19 mai 1934, *C.P.J.I. série D, 3^e addendum au n^o 2*, p. 38).

Il est vrai que, contrairement aux articles 93 à 97 du titre III du Règlement, les dispositions de l'article 89 peuvent être modifiées ou complétées par les parties *inter se* conformément à l'article 101 du Règlement de la Cour, qui dispose :

«Les parties à une affaire peuvent proposer d'un commun accord d'apporter aux articles contenus dans le présent titre, à l'exception des articles 93 à 97 inclus, des modifications ou additions particulières que la Cour ou une chambre peut adopter si elle les estime appropriées aux circonstances de l'espèce.»

Les Parties au présent différend n'ont cependant pas eu recours à la possibilité que leur offrent les dispositions de l'article 101.

35. A la lumière de l'article 89 du Règlement de la Cour, un «désistement implicite» constituerait une *contradictio in adjecto*. Un «désistement implicite» serait totalement incompatible avec l'intention expresse du demandeur de poursuivre l'instance et aussi avec le caractère formel du processus de désistement. Dans les circonstances propres à l'espèce, il signifierait que la Cour renonce à jouer le rôle essentiellement exécutif qui lui incombe quand elle doit prononcer un désistement fondé sur l'article 89. Dans ces conditions, alors que l'ordonnance relative au désistement elle-même est de nature déclaratoire en vertu de l'article 89 du Règlement (aux termes de cet article, l'ordonnance a pour rôle de «pren[dre] acte du désistement»); et il existe aussi à cet égard une jurisprudence de la Cour⁷ qui est tout à fait cohérente), cette ordonnance revêtirait l'aspect d'un acte constitutif.

36. Lorsqu'ils ont défendu la thèse du «désistement implicite», les Etats défendeurs semblent s'être inspirés de la motivation que la Cour expose dans les affaires des *Essais nucléaires (Australie c. France) (Nouvelle-Zélande c. France)*. Aucune analogie ne peut cependant être établie entre les faits pertinents des affaires des *Essais nucléaires* et la présente espèce.

Dans les affaires des *Essais nucléaires*, il n'y a pas eu de désistement

⁷ Affaires visées: *Usine de Chorzów*, ordonnance du 25 mai 1929, C.P.J.I. série A n° 19, p. 3; *Délimitation des eaux territoriales entre l'île de Castellorizo et les côtes d'Anatolie*, ordonnance du 26 janvier 1933, C.P.J.I. série A/B n° 51, p. 6; *Losinger*, ordonnance du 14 décembre 1936, C.P.J.I. série A/B n° 69, p. 101; *Borchgrave*, ordonnance du 30 avril 1938, C.P.J.I. série A/B n° 73, p. 5; *Appels contre certains jugements du tribunal arbitral mixte hongaro-tchécoslovaque*, ordonnance du 12 mai 1933, C.P.J.I. série A/B n° 56, p. 164; *Statut juridique du territoire du sud-est du Groënland*, ordonnance du 11 mai 1933, C.P.J.I. série A/B n° 55, p. 159 (dans cette affaire, la Cour prit acte des déclarations de la Norvège et du Danemark portant désistement de leurs requêtes respectives); *Administration du prince von Pless*, ordonnance du 2 décembre 1933, C.P.J.I. série A/B n° 59, p. 195-196; *Réforme agraire polonaise et minorité allemande*, ordonnance du 2 décembre 1933, C.P.J.I. série A/B n° 60, p. 202-203; *Incident aérien du 27 juillet 1955 (Etats-Unis d'Amérique c. Bulgarie)*, ordonnance du 30 mai 1960, C.I.J. Recueil 1960, p. 146-148; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, ordonnance du 10 avril 1961, C.I.J. Recueil 1960, p. 9-10; *Procès de prisonniers de guerre pakistanais*, ordonnance du 15 décembre 1973, C.I.J. Recueil 1973, p. 347-348; *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Costa Rica)*, ordonnance du 19 août 1987, C.I.J. Recueil 1987, p. 182-183; *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark)*, ordonnance du 10 septembre 1992, C.I.J. Recueil 1992, p. 348-349; *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique)*, ordonnance du 10 novembre 1998, C.I.J. Recueil 1998, p. 427.

Le désistement de l'Etat défendeur a été réputé acquis dans l'affaire relative à la *Protection des ressortissants et protégés français en Egypte*, ordonnance du 29 mars 1950, C.I.J. Recueil 1950, p. 60.

Le désistement a été opéré sur la base d'un acte unilatéral du demandeur dans les affaires relatives à la *Dénonciation du traité sino-belge du 2 novembre 1865*, ordonnance du 25 mai 1929, C.P.J.I. série A n° 18, p. 7; et au *Procès de prisonniers de guerre pakistanais*, ordonnance du 15 décembre 1973, C.I.J. Recueil 1973, p. 348.

procédant des articles 88 et 89 du Règlement. En fait, dans ces affaires, la Cour, suivant la motivation qu'elle avait retenue en l'affaire du *Cameroun septentrional (exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1963, p. 38)*, a mis fin aux instances en raison de *l'absence d'objet de la requête*. La Cour a notamment estimé que «[l]a demande ayant manifestement perdu son objet, il n'y a[vait] rien à juger» (*Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 272, par. 59*) et que

«[l]a conclusion à laquelle cette interprétation a[vait] amené la Cour ne signifiait pas qu'elle opér[ait] elle-même un retrait de la demande; elle se born[ait] à établir l'objet de cette demande et l'effet des actes du défendeur» (*ibid.*, p. 270, par. 54; les italiques sont de moi).

Il est évident que, dans la présente espèce, l'objet de la requête demeure celui qui a été défini au moment de l'introduction de l'instance et qui est à l'origine du véritable différend dont la Cour est saisie, puisque l'Etat défendeur n'a pris aucune mesure ni aucun engagement qui auraient permis d'atteindre l'objectif du demandeur (voir objectif du demandeur, arrêt, par. 21).

2. *Concordance des exposés des Parties sur les faits et obligation pour la Cour d'examiner ex officio sa compétence*

37. Dans leurs exceptions préliminaires, les défendeurs ont tous affirmé notamment que le demandeur n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies ni partie au Statut de la Cour et que, par conséquent, la Cour ne lui était pas ouverte à la date du dépôt de sa requête, alors que cette condition est indispensable pour établir la compétence de la Cour.

Le demandeur, de son côté, a affirmé avoir été admis à l'Organisation des Nations Unies le 1^{er} novembre 2000 en qualité de nouveau Membre et n'être pas non plus lié par le Statut en vertu du paragraphe 2 de l'article 93 de la Charte des Nations Unies; il n'a pas davantage fait la déclaration prévue au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour.

38. Le défendeur a soutenu que, en raison du changement fondamental de position opéré par la Serbie-et-Monténégro au sujet de sa qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies et par ailleurs de son statut de partie à la convention sur le génocide, il fallait l'empêcher par la voie de l'*estoppel* de poursuivre l'instance portant sur les exceptions préliminaires. L'argument semble discutable pour diverses raisons. Premièrement, la doctrine de l'*estoppel* repose essentiellement sur la maxime *allegans contraria non est audiendus*. On ne saurait cependant considérer que le demandeur, en affirmant assurer la continuité de la qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies, a avancé une thèse sur la foi de laquelle le défendeur a révisé sa position à son propre détriment. En fait, le demandeur, en modifiant sa position au sujet de sa qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies et de son statut de partie à

la convention sur le génocide, a agi à l'encontre de l'instance qu'il a introduite devant la Cour. Il est d'une importance capitale de savoir si ce changement résulte d'un caprice ou d'un artifice de procédure, ou s'il traduit l'adaptation du demandeur à un état de fait créé sans participation active de sa part et sans qu'il puisse s'y opposer. Deuxièmement, l'*estoppel*, à supposer même qu'il soit établi *in casu*, ne peut entrer en contradiction avec la question du *locus standi*, condition énoncée dans le Statut et établissant la limite objective de l'exercice de la fonction judiciaire de la Cour. Troisièmement, il s'avère que le défendeur a exercé, ou peut avoir exercé, une influence sur la position du demandeur par rapport à deux faits juridictionnels pertinents: la qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies du demandeur et son statut de partie à la convention sur le génocide. En qualité d'Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies, le défendeur a voté pour la résolution 47/1 — juridiquement contradictoire — de l'Assemblée générale. Il a certainement eu conscience que cette résolution représentait un important moyen d'action politique. En outre, le défendeur n'a pas non plus retiré son adhésion à la pratique suivie ultérieurement par les organes des Nations Unies. Dans le cadre de la présente espèce, la position du défendeur — laquelle est que le demandeur est l'un des cinq successeurs de la RSFY se trouvant sur un pied d'égalité — exclut que le demandeur soit considéré comme étant partie à la convention sur le génocide. Il est de notoriété publique que, jusqu'au 12 mars 2001, le demandeur n'avait pas expressément consenti à être lié par la convention en vertu de l'article XI de celle-ci et qu'il n'a d'ailleurs pas publié de notification de succession à ce sujet. En l'absence de règles de droit international positif en matière de succession automatique, c'est uniquement sur la base de l'identité et de la continuité juridiques entre le demandeur et la RSFY que le demandeur peut être considéré comme étant partie à la convention sur le génocide.

39. Incontestablement, à ce stade de l'instance, les exposés des Parties sur les faits coïncident en ce qui concerne le statut du demandeur tant vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies qu'au regard du Statut de la Cour. (Il serait difficile d'affirmer en l'espèce que cela équivaut à l'acceptation ou à la reconnaissance par le demandeur de l'exposé des faits émanant du défendeur. La reconnaissance ou l'acceptation est un acte délibéré, exprimant l'intention d'une partie de s'incliner devant les allégations de l'autre. Il s'agit plutôt, ici, d'une convergence des exposés des Parties sur les faits, étant donné que, déjà à l'époque de l'«Initiative présentée à la Cour aux fins d'un réexamen d'office de sa compétence» (en date du 4 mai 2001) et en l'affaire de la *Demande en revision*, le demandeur avait présenté à ce sujet un exposé des faits dont la teneur était pratiquement identique.)

On ne peut cependant pas tenir pour acquis que la convergence des vues du demandeur et du défendeur sur les faits, voire la reconnaissance par le demandeur de l'exposé des faits tel qu'il est présenté par le défendeur, soit concluante pour l'instance et qu'elle suffise en soi à écarter la nécessité d'examiner si la Cour est compétente.

a) *L'aspect logique juridique*

40. La convergence de vues ou la reconnaissance, directe ou indirecte, de l'exposé des faits émanant d'une partie à l'instance ne détermine que le contenu de la prémisse mineure du syllogisme dont la conclusion est la décision que la Cour adopte sur l'exception préliminaire. Vue sous cet angle, la convergence de vues ou la reconnaissance de l'exposé des faits ne détermine pas, du moins pas complètement, le droit que la Cour doit appliquer — et qui constitue la prémisse majeure du syllogisme.

Si la convergence des exposés des faits des parties avait un effet automatique sur la compétence de la Cour, ce seraient les parties et non la Cour qui décideraient quant au fond quel droit pertinent régit la compétence de la Cour. Pareil résultat reviendrait à s'écarter du principe issu de l'essence même de la fonction judiciaire, à savoir que la Cour est seule juge de sa compétence.

b) *L'aspect normatif*

41. Dans ces conditions, «établir ou ne pas établir sa compétence n'est pas une question qui relève des parties; elle est du ressort de la Cour elle-même» (*Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 450, par. 37; voir aussi l'opinion individuelle de sir Arnold McNair, président, émise au stade de l'examen de la compétence dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, dans laquelle l'auteur déclare qu'«[u]n tribunal international ne saurait considérer une question de compétence comme une simple question *inter partes*» (*exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1952*, p. 116)); compte tenu de ce fait, le désaccord entre les parties sur la compétence au stade des exceptions préliminaires n'est pas une condition nécessaire pour que la Cour examine la question de sa compétence.

Les exceptions préliminaires soulevées par une partie ne sont qu'un instrument, un moyen de procédure permettant à la Cour d'établir sa compétence, *suo nomine et suo vigore*, car elle est tenue de le faire *ex officio*. La signification juridique de la procédure relative aux exceptions préliminaires a été définie par la Cour dans l'affaire relative aux *Droits de minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires)* (ci-après dénommée l'affaire des «*Ecoles minoritaires*»):

«l'exception de la partie ne fait qu'attirer l'attention du tribunal sur une objection à la compétence qu'il doit examiner d'office» (*Droits de minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires), arrêt n° 12, 1928, C.P.J.I. série A n° 15*, p. 23; les italiques sont de moi).

Dans l'affaire relative à la *Convention sur le génocide*, la Cour a aussi indiqué qu'elle

«doit, dans chaque instance introduite devant elle, vérifier si elle a compétence pour connaître de l'affaire... [L]es exceptions éventuelle-

ment soulevées par la partie défenderesse peuvent *être utiles pour clarifier* la situation juridique.» (*Exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 622, par. 46; les italiques sont de moi.)

L'établissement de sa compétence par la Cour *in casu* n'est donc pas nécessairement lié au différend sur la compétence. Si la Cour est tenue de vérifier sa compétence dans chaque cas d'espèce indépendamment des exceptions préliminaires en tant que telles, les arguments avancés par les parties ne revêtent à fortiori pas une importance décisive en la matière. Dès lors que, comme le fait observer Shabtai Rosenne au sujet de l'affaire de l'*Or monétaire pris à Rome en 1943* (ci-après dénommée l'affaire de l'*« Or monétaire »*),

«[I]e fait qu'il soit soulevé une exception ne signifie pas — aux yeux de la Cour — qu'elle soit priée de s'abstenir en toutes circonstances de se prononcer sur le fond de la demande» (Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, vol. II, compétence, p. 863),

la proposition contraire est tout aussi vraie, à savoir que la Cour est priée de s'abstenir de se prononcer sur le fond de la demande s'il n'est pas fait opposition à l'exception préliminaire, ce que confirme abondamment la pratique de la Cour.

Le *dictum* énoncé par la Cour dans l'affaire de l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI* (ci-après dénommée l'affaire du *« Conseil de l'OACI »*) pourrait représenter une synthèse de cette pratique: «[I]a Cour n'en doit pas moins toujours s'assurer de sa compétence et elle doit, s'il y a lieu, l'examiner d'office» (*arrêt, C.I.J. Recueil 1972*, p. 52, par. 13). C'est également ce qui ressort des opinions des juges. (Dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, le juge Moore a dit dans son opinion dissidente que «même dans le silence des parties, le tribunal est tenu de se dessaisir d'office s'il estime qu'il y a défaut de compétence» (*arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2*, p. 58); dans l'affaire des *Ecoles minoritaires*, le juge Huber a affirmé, dans son opinion dissidente: «[la Cour] recherchera d'office quelle sera sa base juridique pour se prononcer sur les demandes des Parties» (*arrêt n° 12, 1928, C.P.J.I. série A n° 15*, p. 54); et, dans l'affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, le juge Kellog a souligné, dans ses observations jointes à l'ordonnance du 6 décembre 1930, qu'il n'était pas indispensable que la question de la compétence soit soulevée par l'une des parties, car «[cette question] peut et doit être soulevée par la Cour de sa propre initiative, ainsi qu'elle l'a fait dans l'affaire de la Carélie orientale» (*ordonnance du 6 décembre 1930, C.P.J.I. série A n° 24*, p. 43).)

42. La question de la compétence de la Cour présente deux grandes caractéristiques: il s'agit *a)* d'une *questio juris* et c'est aussi *b)* une question d'ordre public international.

a) En tant que *questio juris*⁸, la compétence de la Cour relève du principe *jura novit curia*. Dans l'affaire relative à la *Jurisdiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder* (ci-après dénommée l'affaire de l'« Oder »), ce n'est qu'au moment de la procédure orale que le Gouvernement polonais a soutenu que la convention de Barcelone n'avait pas été ratifiée par la Pologne. Les six défendeurs ont demandé à la Cour de rejeter *in limine* l'argument polonais parce qu'il avait été présenté à un stade aussi avancé de l'instance. La Cour a rejeté l'exception, considérant qu'elle n'était pas fondée puisque, « [l]e fait que la Pologne n'a[vait] pas ratifié la convention de Barcelone n'[ayant] pas [été] contesté, il [était] évident qu'il s'agi[ssait] d'une pure question de droit que la Cour ... devrait examiner même d'office » (*arrêt n° 16, 1929, C.P.J.I. série A n° 23*, p. 19).

La Cour est liée par le droit, mais n'est pas liée par les thèses des parties. C'est ce qui ressort clairement du principe *jura novit curia* tel que la Cour l'interprète dans ses arrêts sur la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)* et la *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)* :

« La Cour, en tant qu'organe judiciaire international, ... est ... censée constater le droit international et, dans une affaire relevant de l'article 53 du Statut *comme dans toute autre*, est donc tenue de prendre en considération de sa propre initiative toutes les règles de droit international qui seraient pertinentes pour le règlement du différend ... car le droit ressortit au domaine de la connaissance judiciaire de la Cour. » (*Fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 9, par. 17; *ibid.*, p. 181, par. 18; les italiques sont de moi.)

Le principe a aussi été confirmé dans l'affaire *Nicaragua* par un *dictum* selon lequel

« [l]e principe *jura novit curia* signifie que, pour décider que les conclusions sont fondées en droit, la Cour ne doit pas s'appuyer uniquement sur les exposés des parties relativement au droit applicable » (*fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 24, par. 29; cf. *Lotus, arrêt n° 9, 1927, C.P.J.I. série A n° 10*, p. 31);

par conséquent, la règle selon laquelle c'est à la partie qui affirme un fait

⁸ « L'existence de la compétence de la Cour dans un cas particulier n'est pas une question de fait, mais une question de droit qui doit être tranchée à la lumière des faits pertinents. » (*Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1988*, p. 76, par. 16.)

La question de la compétence de la Cour est

« une question nécessairement préalable et indépendante, une question de droit objective, qui ne saurait être régie par des considérations de forclusion pouvant être formulées de façon à jouer contre l'une des Parties ou contre les deux » (*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI, arrêt, C.I.J. Recueil 1972*, p. 54, par. 16 c)).

qu'il incombe de le prouver «est sans pertinence aux fins d'établir la compétence de la Cour» (*Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, *compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 450, par. 37).

b) La volonté des parties, bien qu'elle constitue le principe primordial de la procédure qui se déroule devant la Cour, comporte des limites.

Ces limites découlent des règles objectives du Statut et du Règlement de la Cour qui définissent la nature et les limites de l'action judiciaire de la Cour. En tant que normes constitutionnelles (R. Monaco, «Observations sur la hiérarchie des sources du droit international», *Festschrift für Hermann Mosler*, 1983, p. 607-608) ou en tant que règles préceptives (intervention du juge Yovanovitch, session préliminaire de la Cour, *C.P.J.I. série D n° 2*, p. 59), ces règles vont au-delà de la volonté des parties et relèvent de l'ordre public international.

La question de la compétence relevant donc de l'ordre public international et étant supérieure à la volonté des parties, il n'est pas indispensable qu'elle soit soulevée par les parties elles-mêmes, mais la Cour peut et doit l'examiner *ex officio* (cf. *Jurisdiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder, arrêt n° 16, 1929, C.P.J.I. série A n° 23*, p. 18-19; *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1973*, p. 7, par. 12; p. 54, par. 13; *Administration du prince von Pless, ordonnance du 4 février 1933, C.P.J.I. série A/B n° 52*, p. 15; *Usine de Chorzów, compétence, arrêt n° 8, 1927, C.P.J.I. série A n° 9*, p. 32).

43. Dans la pratique de la Cour, les expressions «*ex officio*» et «*proprio motu*» sont employées comme si elles étaient interchangeables même s'il existe des nuances de sens entre elles. L'expression «*proprio motu*» renvoie au pouvoir discrétionnaire de la Cour d'agir de sa propre initiative. Lorsque la Cour agit «*ex officio*», c'est en vertu de l'obligation qui lui impose sa fonction judiciaire. L'exclusion du pouvoir discrétionnaire de la Cour se rapporte à l'action même et n'a pas d'incidence sur la liberté dont la Cour jouit pour se prononcer.

L'élément commun aux deux expressions est de caractère négatif et a trait aux dispositions que la Cour prend ou peut prendre indépendamment de la volonté et des actes procéduraux des parties.

La réelle différence de sens existant entre les deux expressions disparaît dans certains *dicta* de la Cour quand l'expression «*proprio motu*» est assortie de l'obligation qu'exprime le verbe «devoir», comme c'est le cas, par exemple, dans l'arrêt de la Cour en l'affaire du *Conseil de l'OACI* (*arrêt, C.I.J. Recueil 1972*, p. 52, par. 13). L'initiative de la Cour est alors présentée comme étant l'obligation et l'acte commis «*proprio motu*» lui ôte sa valeur discrétionnaire et la transforme en acte commis «*ex officio*».

44. En tant que *questio juris* relevant de l'ordre public, la compétence est déterminée par la décision, officielle ou officieuse, que la Cour adopte en vertu du principe de la compétence de la compétence. Dans la présente

affaire, il est nécessaire de faire la distinction entre le principe général de compétence de la compétence et sa projection normative étroite énoncée au paragraphe 6 de l'article 36 du Statut. Certains défenseurs ont soutenu qu'il est spécifié au paragraphe 6 de l'article 36 du Statut que, «[e]n cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est compétente, la Cour décide» (CR 2004/10, p. 10, conseil du Royaume-Uni; les italiques sont dans l'original; CR 2004/12, p. 12, conseil de la France).

c) *Le principe dit de compétence de la compétence*

45. Le principe général de «compétence de la compétence» est un principe structurel et fonctionnel fondamental, inhérent à toute institution judiciaire, qu'il s'agisse d'une juridiction ordinaire ou de tout autre organe investi de pouvoirs juridictionnels. Comme le soulignait le commissaire américain Gore dans l'affaire de la *Betsey* (1797), ce principe est «indispensable aux fins de l'accomplissement de [l]a mission» de tout organe juridictionnel (J. B. Moore, dir. publ., *International Adjudications, Ancient and Modern, History and Documents, Modern Series*, vol. IV, p. 183 [traduction du Greffe]).

Le principe est confirmé dans la jurisprudence de la Cour. Dans l'affaire *Nottebohm*, la Cour a notamment déclaré ce qui suit:

«Le paragraphe 6 de l'article 36 ne fait que reprendre pour la Cour une règle que le droit international commun a consacrée en matière d'arbitrage international. Depuis l'affaire de l'*Alabama*, il est admis, conformément à des précédents antérieurs, qu'à moins de convention contraire, un tribunal international est juge de sa propre compétence et a le pouvoir d'interpréter à cet effet les actes qui gouvernent celle-ci.

En conséquence, la Cour n'a pas hésité à statuer sur sa propre compétence dans des cas où la contestation élevée à ce sujet dépassait l'interprétation et l'application du paragraphe 2 de l'article 36. Dans l'affaire du Détroit de Corfou (arrêt du 9 avril 1949, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 23-26 et 36), elle a statué sur une contestation de sa compétence pour fixer le montant de la réparation, contestation portant sur l'interprétation d'un compromis; dans l'affaire *Ambatielos* (arrêt du 1^{er} juillet 1952, *C.I.J. Recueil 1952*, p. 28), elle a statué sur une contestation de compétence concernant l'interprétation de la clause compromissoire inscrite dans un traité; ici et là, le différend sur la compétence se rattachait au paragraphe premier et non au paragraphe 2 de l'article 36.

L'article 36, paragraphe 6, suffit à conférer à la Cour le pouvoir de statuer sur sa compétence dans le cas présent. *Même si tel n'était pas*

le cas, la Cour, « dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis » (article 38, paragraphe 1, du Statut), devrait suivre à cet égard ce que prescrit le droit international commun. Or le caractère judiciaire de la Cour et la règle de droit international commun qui a été précédemment rappelée suffisent à établir que la Cour est compétente pour statuer sur sa propre compétence en la présente affaire. » (Exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1953, p. 119-120; les italiques sont de moi.)

Etant l'une des caractéristiques qui font d'elle une institution judiciaire, la faculté conférée à la Cour de statuer sur sa compétence, laquelle procède du principe général de compétence de la compétence, est un droit et une obligation inhérents à la Cour qui ne connaissent aucune limitation (cf. *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 77*, p. 102-103, opinion dissidente du juge Urrutia). De l'introduction de l'instance jusqu'à sa clôture, la Cour exerce son pouvoir inhérent pour dire si elle a ou non compétence dans l'affaire considérée. (En fait, la Cour exerce son pouvoir inhérent de deux manières: *a*) en s'assurant, par une appréciation *prima facie*, de l'existence des conditions procédurales nécessaires à sa compétence, ce qui équivaut au fond à une présomption judiciaire de compétence, ou *b*) en adoptant une décision officielle sur la compétence. En ce sens, le pouvoir de la Cour de déterminer si elle a compétence dans une affaire donnée semble être absolu, étant donné que la Cour exerce ce pouvoir inhérent même si elle déclare n'avoir pas compétence en l'espèce.)

46. Mis à part l'énoncé du principe au paragraphe 6 de l'article 36 du Statut, ce principe général de compétence de la compétence figure dans plusieurs dispositions du Statut. Le paragraphe 2 de l'article 53 précise que « [l]a Cour ... doit s'assurer non seulement qu'elle a compétence ... mais que les conclusions sont fondées en fait et en droit ». Dans les affaires de la *Compétence en matière de pêcheries*, la Cour a notamment dit que « l'article 53 du Statut donn[ait] à la Cour le droit et, dans ... [l']affaire [considérée], lui impos[ait] l'obligation de se prononcer sur le problème de sa compétence » (*Compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1973*, p. 22, par. 45, et p. 66, par. 45; les italiques sont de moi).

Une partie des dispositions de l'article 41 du Statut autorisant la Cour à indiquer *proprio motu* des mesures conservatoires peut également être interprétée comme procédant du principe général de compétence de la compétence.

En outre, le droit interne de la Cour comprend des règles qui procèdent du principe général de compétence de la compétence, à savoir celles qui sont énoncées au paragraphe 2 de l'article 32 ainsi qu'au paragraphe 5 de l'article 38 du Règlement de la Cour. Le rôle central joué par le Greffe dans les deux cas ne modifie en rien la nature de ces règles.

Le principe ne s'applique pas uniquement à la procédure contentieuse.

Il est tout aussi pertinent pour la procédure consultative. Comme la Cour l'a dit dans l'affaire de la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé*, «il incombe ... à la Cour de s'assurer que les conditions auxquelles est subordonnée sa propre compétence pour donner l'avis sollicité sont remplies» (avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 83, par. 29; les italiques sont de moi). Il existe une ressemblance de fond entre les procédures contentieuse et consultative (dans l'affaire du *Statut de la Carélie orientale*, la Cour a dit qu'elle avait le droit et l'obligation d'examiner sa propre compétence dans les affaires consultatives aussi bien que dans les affaires contentieuses (rapport du greffier, juin 1933, *C.P.J.I. série D n° 2, 3^e Addendum*, p. 837) et cette ressemblance repose, pour cette question particulière, sur l'article 68 du Statut. Lors de toute demande d'avis consultatif, la Cour doit s'assurer elle-même de sa compétence. Elle ne peut s'en dispenser au motif qu'une demande d'avis consultatif suffit à lui conférer le pouvoir de rendre un avis sur la question posée (cf. Shabtai Rosenne, «The Advisory Competence of the International Court of Justice», *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques* (A. Sottile, Genève), janvier-mars 1952, n° 1, p. 33; Georg Schwarzenberger, «Trends in the Practice of the World Court», *Current Legal Problems*, vol. 4, 1951, p. 27).

47. Il convient de distinguer entre la faculté qu'a la Cour de déterminer si elle a compétence *in casu* — en vertu du principe général de compétence de la compétence — et la faculté concomitante qu'elle exerce aussi de déterminer l'*étendue* de sa compétence.

L'*étendue* de la compétence de la Cour n'est pas une question à trancher sur la base du principe de compétence de la compétence considéré exclusivement en tant que norme fonctionnelle, car il faut alors faire appel à des normes de fond du Statut qui définissent la portée de la fonction judiciaire impartie à la Cour. A cet égard, c'est la norme fondamentale du caractère consensuel de la compétence de la Cour — norme en quelque sorte constitutionnelle du droit interne de la Cour et des juridictions internationales — qu'il faut tenir pour pertinente.

Dès son arrêt n° 2, la Cour permanente de Justice internationale a déjà clairement établi les limites de sa compétence quand elle dit «que sa juridiction est limitée, qu'elle se fonde toujours sur le consentement ... et ne saurait subsister en dehors des limites dans lesquelles ce consentement a été donné» (*Concessions Mavrommatis en Palestine, 1924, C.P.J.I. série A n° 2*, p. 16).

48. Le paragraphe 6 de l'article 36 du Statut exprime de manière étroite et restrictive le principe général de compétence de la compétence. Pour que s'applique ce principe tel qu'il est énoncé dans cette disposition il faut qu'existe au préalable un différend sur la compétence de la Cour. De ce fait, la Cour, se fondant sur le paragraphe 6 de l'article 36 du Statut, n'est pas en mesure, ni du point de vue logique ni du point de vue normatif, de mettre *ex officio* en doute sa compétence. C'est-à-dire que la Cour, dans l'exercice de sa fonction judiciaire, ne se prononce *ex officio* que sur les différends relatifs à sa compétence. Telle est, *strictissimo*

sensu, la signification normative du principe de compétence de la compétence tel qu'il est énoncé au paragraphe 6 de l'article 36 du Statut.

Dans la pratique, il est arrivé à la Cour, au stade de la procédure portant sur la compétence, de soulever la question *proprio motu* alors que les parties ne l'avaient pas fait. Par exemple, dans l'affaire de l'*Interhandel*, la Cour a opposé *proprio motu* à la demande subsidiaire l'exception relative à sa compétence *ratione temporis* (*exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1959, p. 22*). Une telle démarche de la part de la Cour pourrait être considérée comme un chevauchement de la règle générale et du cas particulier, en d'autres termes du principe général de compétence de la compétence et de sa formulation la plus étroite qui figure au paragraphe 6 de l'article 36 du Statut.

49. Il est douteux que, comme l'ont affirmé les Etats défendeurs, l'application du paragraphe 6 de l'article 36 du Statut soit, dans la présente espèce, exclue *in toto*. A l'évidence, tout dépend de la question de savoir si les exposés des Parties sur les faits coïncident entièrement.

Tel n'est pas le cas. En réalité, les exposés des Parties ne coïncident que partiellement, car ils portent principalement sur la compétence *ratione personae* de la Cour, ou, plus précisément, sur le statut du demandeur par rapport au Statut de la Cour.

Si les exposés des Parties paraissent fondés à cet égard, la conclusion concerne exclusivement la compétence de la Cour au sens du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, mais ne concerne pas nécessairement — sauf à connaître la décision de la Cour quant à la signification de l'expression «[l]es dispositions particulières des traités en vigueur» figurant au paragraphe 2 de l'article 35 du Statut — la compétence de la Cour au titre de l'article IX de la convention sur le génocide.

En ce qui concerne la convention sur le génocide en tant que «traité en vigueur» au moment de la présentation de la requête, il existe cependant, sous les apparences, un différend bien réel — quoique latent — entre les Parties. Le demandeur a soutenu qu'il était devenu partie à la convention sur le génocide par voie d'adhésion le 12 mars 2001, alors que les défendeurs ont implicitement admis que le demandeur était partie à la convention à l'époque où il a présenté sa requête.

Enfin, en ce qui concerne la compétence *ratione materiae* et la compétence *ratione temporis* de la Cour, les positions des parties sont diamétralement et totalement opposées.

50. Dans son intégralité, le principe de compétence de la compétence — c'est-à-dire le principe général et aussi le principe sous la forme qu'il revêt au paragraphe 6 de l'article 36 du Statut — est un instrument judiciaire qui permet d'atteindre un double objectif:

Premièrement, il permet à la Cour d'établir sa compétence *in casu* en application de la norme fondamentale ou constitutionnelle que représente la juridiction consensuelle, soit *ex officio*, soit lorsqu'il est soulevé une exception à sa compétence. Parallèlement, il autorise en droit la Cour à vérifier, au fur et à mesure du déroulement de l'instance, ses présomp-

tions judiciaires concernant sa compétence jusqu'à ce qu'elle se prononce sur celle-ci de manière finale et définitive. Ce faisant, comme il n'existe pas plusieurs paliers de juridiction en droit international, la Cour agit *de facto* comme une cour d'appel *sui generis* en matière de compétence.

Deuxièmement, dans un procès reposant sur une relation tripartite, le principe constitue un instrument judiciaire qui permet à la Cour de statuer non seulement sur le différend relatif à sa compétence, mais aussi sur la contestation de la décision qu'elle a adoptée à ce sujet au stade des exceptions préliminaires, soit *ex officio*, soit à la demande d'une partie dans le cadre d'une procédure de révision.

On peut donc affirmer que, pris dans son intégralité, le principe de compétence de la compétence permet à la Cour de s'assurer à chaque stade de l'instance, conformément aux circonstances et compte tenu de ce qu'elle sait, de sa compétence en tant que fondement et de cadre d'une bonne administration de la justice.

51. Quand elle exerce son droit et s'acquitte de son obligation en se fondant sur le principe de compétence de la compétence, la Cour agit fondamentalement sur trois plans :

- i) elle statue *ex officio* au stade des exceptions préliminaires sur le différend qui oppose les parties au sujet de sa compétence;
- ii) elle soulève *proprio motu* la question de sa compétence (ou, comme on dit parfois de façon peu précise, elle «soulève une exception d'incompétence», car la Cour ne saurait soulever d'exception à sa compétence puisque la décision en la matière est de son ressort exclusif), en demandant aux parties de se conformer au paragraphe 6 de l'article 79 du Règlement ou en appliquant elle-même le paragraphe 5 de l'article 38 du Règlement. En agissant ainsi *proprio motu*, la Cour met techniquement en œuvre le droit et l'obligation lui incombant de s'assurer *ex officio* de sa compétence; et
- iii) elle procède *ex officio* à l'examen de la compétence par une action judiciaire autonome qui ne relève pas de l'initiative des parties. Indépendamment de la décision que la Cour adopte sur sa compétence, l'examen même de la compétence — acte judiciaire en quelque sorte organique, et élément inhérent à la motivation juridique de la Cour — doit revêtir non pas une forme établie, mais la manière que la Cour juge appropriée.

3. *L'effet produit sur le différend par la convergence de vues entre les Parties en matière de compétence*

52. A cet égard, les exposés des défendeurs signifient deux choses (cf. CR 2004/6, p. 15-17; CR 2004/7, p. 10-12; CR 2004/10, p. 7; CR 2004/12, p. 12):

- de même que l'existence d'un différend est une condition préalable à la poursuite de la procédure judiciaire au fond, l'existence d'un diffé-

rend sur la compétence conditionne la poursuite de la procédure relative aux exceptions préliminaires; et

— l'existence d'un accord entre les parties sur une question de compétence est déterminante car elle a pour conséquence que le différend porté devant la Cour disparaît.

a) *L'existence d'un différend sur la compétence comme condition préalable à la poursuite de la procédure relative aux exceptions préliminaires*

53. Assimiler la procédure relative aux exceptions préliminaires à la procédure au fond serait très discutable. Cela reviendrait en effet à occulter la spécificité de l'activité judiciaire qu'exerce la Cour au stade de l'examen de sa compétence, spécificité qui procède du caractère même de la question de la compétence. («La Cour estime que l'acceptation par l'Italie de la juridiction est une chose, alors que le fait par elle de soulever un problème de droit touchant la juridiction en est une autre.» (Affaire de l'Or monétaire pris à Rome en 1943, question préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1954, p. 29.) Une telle assimilation aurait pour conséquence pratique de traiter la question de la compétence comme une question de fait et un sujet *inter partes*, ce qui est totalement contraire à sa véritable nature (voir ci-dessus aux paragraphes 40-44 de la présente opinion).

54. Cette assimilation est fondée sur l'idée qu'il convient de transposer à la procédure incidente des exceptions préliminaires la règle s'appliquant à la phase de l'examen au fond selon laquelle «[l]'existence d'un différend est ... la condition première de l'exercice de la fonction judiciaire [de la Cour]» (*Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 476, par. 58). Une telle transposition est cependant impossible eu égard à la nature même de la question de la compétence. Elle est en effet totalement contraire au droit et à l'obligation inhérents consistant pour la Cour à établir sa compétence. Sur ce point, l'énoncé des dispositions pertinentes du Règlement de la Cour concernant les exceptions préliminaires est révélateur. Ainsi le paragraphe 2 de l'article 79 dispose-t-il en termes impératifs que «[l]'acte introductif de l'exception *contient* l'exposé de fait et de droit sur lequel l'exception est fondée» (les italiques sont de moi), tandis que le paragraphe 3 de ce même article dispose notamment que «la partie contre laquelle l'exception est introduite *peut présenter* un exposé écrit contenant ses observations et conclusions» (les italiques sont de moi). Cette asymétrie entre les prescriptions de l'article 79 du Règlement — obligations *stricti juris* incombant au défendeur d'un côté, et faculté accordée au demandeur de l'autre — dit indirectement qu'il y a une différence de nature entre la procédure au fond et la procédure incidente des exceptions préliminaires (l'article 49 du Règlement énonce quant à lui en termes symétriques les obligations des parties relatives au mémoire et au contre-mémoire).

55. Il existe un étroit parallélisme entre les éléments pertinents de la présente affaire et ceux de l'affaire de l'Or monétaire. En cette dernière, la

Grande-Bretagne a, dans sa conclusion finale n° 1 b), soutenu que, en raison de l'exception préliminaire soulevée par l'Italie, la

«requête ...

.....
 b) a[vait] été, en fait, retirée ou annulée par l'Italie» (*question préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1954*, p. 25; voir aussi *ibid.*, p. 30).

La Cour a cependant jugé que le «fait par l'Italie d'avoir soulevé la question préliminaire ne saurait être considéré comme équivalant à un désistement» (*ibid.*, p. 30). Quant à la conclusion selon laquelle la requête italienne devrait être considérée comme «nulle et non avenue» (*ibid.*), la Cour a estimé que

«il suffit de dire que la requête, qui n'était pas entachée de nullité au moment de son introduction, n'a pu ultérieurement devenir nulle par suite de la question préliminaire que l'Italie avait soulevée touchant la compétence de la Cour en l'espèce» (*ibid.*).

b) *La convergence de vues des Parties sur la question de la compétence et la disparition alléguée du différend au fond*

56. La thèse selon laquelle il existerait un lien étroit entre le différend concernant la compétence et le différend au fond est, à la lumière de la jurisprudence constante de la Cour sur la question de l'existence d'un différend juridique, plus surprenante encore. Les divers éléments constitutifs d'un différend d'ordre juridique semblent être clairement exposés en l'espèce.

La teneur de la requête, du mémoire, des exceptions préliminaires et des autres pièces se rapportant à l'affaire brosse un tableau clair d'une situation dans laquelle «les points de vue des deux parties, quant à l'exécution ou à la non-exécution de certaines obligations découlant des traités, sont nettement opposés» (*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 74; ci-après dénommée l'affaire de l'«*Interprétation des traités de paix*»), et il en va de même quant à l'exécution d'obligations au titre du droit international général qui sont consacrées par la Charte des Nations Unies (mémoire du 5 janvier 2000, p. 301-346). Le demandeur soutient que «[l]es bombardements du territoire yougoslave» (mémoire, p. 301, par. 2.1.1) constituent la violation par les défendeurs d'obligations internationales qui leur incombent en vertu non seulement des traités internationaux en vigueur, mais aussi de la Charte des Nations Unies. Les défendeurs ont rejeté cette accusation.

57. Ce faisant, les défendeurs développent, dans les limites et la mesure imposées par la procédure à ce stade, une argumentation juridique diamétralement opposée, suivant laquelle le bombardement du territoire de la République fédérale de Yougoslavie aurait été mené en toute légalité,

conformément au principe dit d'ingérence humanitaire et aux règles du droit humanitaire. Se trouve ainsi remplie la seconde condition mise à l'existence d'un différend juridique — «que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'*opposition manifeste* de l'autre» (*Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962*, p. 328; les italiques sont de moi). En adoptant cette façon de procéder, les défendeurs sont allés au-delà de la simple dénégation des accusations du demandeur et ont élevé la question au niveau d'une opposition de thèses juridiques, opposition qui, au cas particulier, est totale et absolue.

58. La question de l'existence d'un différend au fond revêt une dimension temporelle. Comme la Cour l'a dit dans l'affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France)*, «[l]e différend dont la Cour a été saisie doit donc persister au moment où elle statue» (*arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 271, par. 55).

Un différend existant dans une instance pendante devant la Cour peut, en règle générale, disparaître de deux manières:

- a) par le retrait de la requête; ou
- b) si la demande a été satisfaite par d'autres voies, par exemple lorsqu'«un Etat a pris un engagement quant à son comportement futur» qui a entraîné la disparition du différend (*Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 272, par. 60).

Or, rien de tel ne s'est produit dans les présentes affaires.

Il est vrai que le défendeur a prétendu non que la requête avait été retirée, mais que le demandeur avait renoncé à la base de compétence, tournant «en dérision le principe d'une compétence fondée sur le consentement des parties» (CR 2004/10, p. 11), une «sorte de *forum dit prorogatum*» au sens négatif (CR 2004/12, p. 12).

Hormis la nature de la question de la compétence (voir ci-dessus, aux paragraphes 40-44 de la présente opinion), il convient de noter qu'en ce qui concerne l'abandon lui-même la Cour ne peut déduire des thèses des parties qu'une demande a été abandonnée. Ainsi qu'il a été précisé dans l'affaire des *Emprunts norvégiens* «[l]'abandon ne saurait être présumé ni déduit; il doit être déclaré expressément» (*arrêt, C.I.J. Recueil 1957*, p. 26).

59. La véritable question à laquelle nous nous trouvons confrontés est celle du rapport entre la requête et les thèses des Parties.

Comme ce fut souligné dans les affaires des *Essais nucléaires (Australie c. France)* (*arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 262-263) et de la *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), compétence de la Cour* (*arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 449, par. 31), la Cour, pour définir le différend juridique porté devant elle, se fonde sur la requête et les conclusions finales ainsi que sur d'autres éléments de preuve pertinents.

L'expression «autres éléments de preuve pertinents» est une formule collective désignant diverses façons d'exprimer l'intention des parties qui permettent de définir le différend porté devant la Cour. Dans les circon-

stances de l'espèce, compte tenu des revendications et des thèses des défendeurs, les différentes écritures et plaidoiries soumises à la Cour au cours de la procédure relative aux exceptions préliminaires se révèlent particulièrement éclairantes.

La question qui semble cruciale en l'espèce est celle du rapport entre la requête et les conclusions formulées d'une part, et les thèses des Parties d'autre part. A cet égard, il s'agit tout particulièrement de voir si les thèses du demandeur peuvent déroger, en tout ou partie, à la requête et aux conclusions, voire les remplacer.

A mon sens, il convient de répondre à cette question par la négative, et ce pour plusieurs raisons :

- i) La requête dans son ensemble, c'est-à-dire assortie des conclusions qui y sont énoncées, constitue un paramètre fondamental pour la définition du différend. La Cour fait appel à «[d']autres éléments de preuve pertinents» (*Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 449, par. 31) en cas d'«incertitudes ou [de] contestations ... quant à l'objet réel du différend dont la Cour est saisie ou à la nature exacte des demandes qui lui sont soumises» (*ibid.*, p. 448, par. 29). Dans la présente affaire, il s'agit des écritures et plaidoiries qui lui ont été soumises.
- ii) En tant que telles, les écritures et plaidoiries constituent donc plutôt un moyen accessoire qu'un paramètre de base subsidiaire servant à définir le différend et la Cour s'en sert lorsque la requête dans son ensemble est obscure ou imprécise. De surcroît,

«quand la demande n'est pas formulée comme il convient parce que les conclusions des parties sont inadéquates, la Cour n'a pas le pouvoir de «se substituer [aux parties] pour en formuler de nouvelles sur la base des seules thèses avancées et faits allégués» (*C.P.J.I. série A n° 7*, p. 35)» (*Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 466, par. 30).
- iii) Les écritures et plaidoiries en tant que telles, à l'exclusion des conclusions, sont, essentiellement, des thèses présentées par les parties. Or ces thèses, de même que les thèses avancées par les parties à l'appui ou à l'encontre de la demande formulée, présentent une valeur très relative au stade de l'examen de la compétence de la Cour, cette dernière n'étant pas liée par lesdites thèses et possédant en fait «le pouvoir [de les] écarter» (cf. *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 449, par. 32). La valeur qui est assignée par la Cour aux arguments et thèses des parties est celle d'«indications de ce que la partie lui demande de décider» (cf. *ibid.*; les italiques sont de moi).
- iv) Les arguments et thèses des parties ne sont pas intégrés à leurs

conclusions. La différence de sens entre le terme français «conclusion» et le terme anglais «*submission*» qui correspond au fait que le second terme «peut, au-delà de la demande précise adressée à la Cour, englober les arguments avancés et les moyens invoqués» a reçu pour solution que «la Cour a constitué une jurisprudence constante en cette matière en se fondant sur le sens le plus restrictif» (Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, vol. III (Procedure), p. 1266).

60. En raison de l'autonomie de la notion de «différend» en matière d'obligations internationales, la définition d'un différend revêt certaines spécificités. Celles-ci procèdent pour l'essentiel de ce qu'un «différend entre Etats» n'est pas automatiquement un «différend devant la Cour», et ce même dans l'hypothèse où les Etats ont observé les règles régissant l'introduction d'une instance devant la Cour.

En ce qui concerne la définition d'un «différend devant la Cour», lorsque l'instance est introduite par une requête, il est assigné un rôle tant au demandeur qu'à la Cour elle-même. Le rôle du demandeur consiste à «présenter» ou à «formul[er le] différend» (voir *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 447-448, par. 29 et 30) au moyen d'actes dont le Statut et le Règlement de la Cour font des obligations du demandeur (paragraphe 1 de l'article 40 du Statut; paragraphes 1 et 2 de l'article 38 du Règlement de la Cour). Quant à la Cour, c'est à elle qu'il revient, dans l'exercice de sa fonction judiciaire, de définir le différend opposant les parties ainsi que d'identifier l'objet de la demande.

Quelle est alors, concrètement, la signification juridique intrinsèque du terme «définition»?

Sur le fond, la définition d'un différend consiste, jusqu'à un certain point, à vérifier l'existence d'un différend tel qu'il est présenté ou formulé par le demandeur. Le seul cas de figure où la Cour procède elle-même à cette définition de façon entièrement autonome, sans aucun lien matériel avec la requête, est celui où elle considère qu'il n'existe pas de véritable différend entre les parties. La vérification, au sens de l'authentification ou de la confirmation du différend tel qu'il est présenté par le demandeur, peut être totale ou partielle. Dans cette dernière hypothèse, il est alors possible de distinguer entre le «véritable différend» et le «différend tel que présenté ou formulé». Cette interprétation matérielle de l'expression «définition du véritable différend» est fondée sur le fait que la requête — assortie des conclusions finales et autres éléments de preuve pertinents — constitue un paramètre fondamental pour la définition du véritable différend. A cet égard, les mots «quels que soient la nature et l'objet du différend soumis à la Cour dans la présente instance» (*Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962*, p. 328) s'entendent comme signifiant qu'on se situe non pas en dehors de la requête, mais indépendamment des thèses des parties concernant la nature et l'objet du

différend. L'essence même du processus de définition réside dans le fait que l'existence d'un différend international demande à être établie objectivement (*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 74).

L'objectivité est un caractère qualitatif mais impersonnel et consiste dans la pratique à évaluer les éléments constitutifs des différends juridiques plutôt qu'à interpréter ou à nier l'existence de tels différends. Ces éléments constitutifs du différend sont en réalité des critères à l'aune desquels il convient de «démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre» (*Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962*, p. 328).

61. Si un lien organique devait effectivement être établi entre la controverse sur la question de la compétence et l'existence d'un différend dans une affaire déterminée, la Cour ne pourrait, par exemple, connaître d'une affaire en cas de défaut de comparution du défendeur. Bien qu'elle soit, il est vrai, inhabituelle, la situation du demandeur en la présente instance n'est cependant pas sans précédent. Ainsi apparaît-elle très semblable à celle de l'Italie en l'affaire de l'*Or monétaire*, dans laquelle cet Etat, à titre de demandeur, a soulevé comme exception préliminaire la question de la compétence de la Cour. Celle-ci, analysant cette situation de l'Italie, a dit ceci :

«La Cour estime que l'acceptation par l'Italie de la juridiction est une chose, alors que le fait par elle de soulever un problème de droit touchant la juridiction en est une autre. De la présentation d'une exception préliminaire on ne saurait déduire que l'acceptation par l'Italie de la juridiction est devenue moins complète ou moins positive que ne l'envisageait la déclaration de Washington.» (*Question préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1954*, p. 29.)

En outre, la Cour a adopté cette position dans sa réponse à la conclusion du Royaume-Uni, laquelle, dans sa teneur, correspond précisément à la conclusion de l'Italie en la présente affaire. La Cour a estimé «[qu'elle] ne saurait [non plus] retenir la thèse formulée par le Royaume-Uni dans sa conclusion finale n° 1 b) et selon laquelle la requête aurait en fait été retirée ou annulée par l'Italie» (*ibid.*, p. 30).

62. La Cour confirme également par sa jurisprudence que l'absence de différend particulier en matière de compétence ne prive pas sa décision de son caractère judiciaire. Dans l'affaire de l'*Or monétaire*, l'Italie, à titre de demanderesse, a soumis à la Cour ce qu'elle appelait elle-même une «question préliminaire» formulée de façon quasi identique à la première demande de la Serbie-et-Monténégro. A l'époque, l'Italie priait la Cour de «statuer sur la question préliminaire de sa compétence pour connaître au fond de la demande formulée au n° 1 des conclusions de la requête» (*ibid.*, p. 23). Dans la première demande énoncée dans ses conclusions finales, la Serbie-et-Monténégro, c'est-à-dire le demandeur, a prié la Cour de «statuer sur sa compétence *ratione personae* en les présentes affaires»

(CR 2004/23, p. 38, par. 34). Dans ces deux affaires, par conséquent, les demandeurs ont invité la Cour non à déclarer qu'elle avait compétence, mais seulement à statuer sur sa compétence.

63. Dans les circonstances des présentes affaires, le fait que le demandeur ait prié la Cour de statuer sur sa compétence *ratione personae* obéit à une raison particulière. Lesdites circonstances interdisent de qualifier la demande formulée par le demandeur au sujet de la compétence de la Cour *ratione personae* de demande complètement abstraite. Elles permettent de la voir sous un jour différent, c'est-à-dire comme une demande s'inscrivant dans la jurisprudence de la Cour en la matière, comme pour lui rappeler d'agir conformément à ses propres décisions. En effet, face à la question de savoir si la Yougoslavie était ou non Membre des Nations Unies et, à ce titre, partie à son Statut, la Cour a jugé, dans la phase de l'examen des mesures conservatoires, qu'elle «n'a[vait] pas à examiner cette question à l'effet de décider si elle [pouvait] ou non indiquer des mesures conservatoires dans le cas d'espèce» (*Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Pays-Bas)*, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 553, par. 33; voir aussi CR 2004/23, p. 38, par. 34). Cet énoncé, qui ne diffère que légèrement de celui de l'ordonnance du 8 avril 1993 en l'affaire relative à la *Convention sur le génocide*, revient à dire implicitement que la Cour a le droit, et en même temps l'obligation, de se prononcer sur cette question dans une phase ultérieure de la procédure. A mon sens, et l'on en conviendra aisément, la phase la plus appropriée pour ce faire est celle des exceptions préliminaires.

4. *L'intérêt juridique du demandeur en l'instance*

64. Certains Etats défendeurs (comme le Portugal, par exemple (CR 2004/9, p. 9)) ont soutenu que, en priant la Cour de dire qu'elle n'avait pas compétence pour statuer au fond, la Serbie-et-Monténégro avait démontré qu'elle n'avait pas d'intérêt juridique à demander le règlement du différend par la Cour.

Schématiquement, l'intérêt juridique du demandeur peut être défini comme un intérêt particulier à solliciter l'intervention judiciaire, faute de quoi le demandeur subirait un préjudice injuste et (ou) ne serait pas en mesure de défendre, conformément au droit international, ceux de ses droits auxquels il a été porté atteinte.

Pour être qualifié d'intérêt juridique pertinent, l'intérêt du demandeur doit remplir plusieurs conditions:

- a) Cet intérêt doit être de nature juridique. La Cour ne pouvant connaître que de différends d'ordre juridique, les intérêts non juridiques, qu'ils soient notamment économiques ou politiques, ne suffisent pas en tant que tels.
- b) L'intérêt doit être concret. Cette condition signifie implicitement que l'intervention de la Cour se répercute, de manière positive ou négative, sur l'ensemble de droits et d'obligations, réels ou présumés, des parties, tels que les prescrit le droit international.

- c) L'intérêt doit être personnel, dimension qui complète le caractère concret évoqué plus haut. Si l'avis consultatif que donne la Cour sur une question juridique concrète peut être abstrait et dépourvu de dimension personnelle, l'intérêt doit ici être lié à un droit subjectif du demandeur. Cette dimension personnelle de l'intérêt juridique est le critère permettant d'opérer la distinction entre un intérêt général qui sous-tend une *actio popularis* et un intérêt particulier.

Les éléments ci-dessus constituent l'essence du concept d'intérêt juridique sur lequel est fondée la *legitimitas ad processum* (qualité pour agir), laquelle est indépendante de la qualité d'un Etat pour ester devant la Cour: c'est l'expression d'un rapport juridique concret entre le demandeur et l'objet du différend.

Il faut définir objectivement l'intérêt juridique du demandeur, d'autant que celui-ci, en introduisant une instance devant la Cour, prouve qu'il ressent subjectivement son intérêt juridique en l'espèce.

Comme le différend juridique est en réalité fondé sur une opposition de points de vue entre les parties au sujet de certains intérêts contradictoires, sa définition et celle de l'intérêt juridique du demandeur sont, par nature, étroitement liées. Dès lors, ce que nous avons dit de la définition des différends juridiques s'applique *mutatis mutandis* aux paramètres fondamentaux servant à définir l'intérêt juridique du demandeur.

La partie titulaire du droit subjectif, quand elle invoque la violation d'un droit concret auquel l'autre partie s'oppose formellement, possède *eo ipso* un intérêt juridique. Dans ce cas de figure, la présomption d'intérêt juridique s'applique. L'intérêt juridique fait en réalité partie intégrante de la notion de droit subjectif.

65. Le demandeur, tout comme le défendeur, est un Etat qui est partie à un certain nombre de traités multilatéraux en vigueur, dont il reproche l'inobservation au défendeur. Etant donné que ces traités internationaux confèrent aux parties des droits et obligations subjectifs réciproques, la partie dont un droit subjectif a été violé est fondée à revendiquer la protection dudit droit (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 45, par. 80; p. 46, par. 86). L'existence du droit subjectif n'aurait plus de fondement si la partie qui en est titulaire ne possède pas d'intérêt juridique à assurer sa protection. Cette présomption d'intérêt juridique au profit de l'Etat titulaire du droit subjectif est solidement confortée par une autre raison liée à la nature même de la communauté internationale moderne. En raison de la règle générale interdisant de se faire justice soi-même, l'Etat dont les droits ont été violés ne dispose pas de moyens juridiques efficaces pour défendre ses droits subjectifs. En conséquence, il serait commode de tenir comme établie l'existence de l'intérêt juridique chaque fois qu'est alléguée une violation des règles du droit international, qu'il s'agisse de règles

conventionnelles ou de règles coutumières, à la manière d'une *actio condemnatoria* dans les procédures engagées devant la Cour.

Le cas des traités multilatéraux ou bilatéraux énonçant une clause compromissoire est un cas à part. Une clause compromissoire prouve en soi et à priori l'existence de l'intérêt juridique de la partie, laquelle n'a donc pas à être présumée ni prouvée (action attitrée). D'un point de vue strictement juridique, le droit à la protection juridique quand il est énoncé une clause compromissoire ne procède pas de l'intérêt juridique du demandeur, ce droit procède directement de la clause compromissoire elle-même en tant que disposition conventionnelle.

* * *

66. En tant que telle, la procédure sommaire de radiation du rôle pourrait constituer une mesure administrative que la Cour prescrirait soit de sa propre initiative, soit à la demande du défendeur, pour rejeter la requête *in limine litis*. Dans un cas comme dans l'autre, la validité de cette procédure de radiation sommaire est à tout le moins contestable.

Cette radiation sommaire qui serait prescrite par la Cour *proprio motu* est privée de tout fondement par l'adoption des dispositions énoncées au paragraphe 5 de l'article 38 du Règlement de la Cour. Auparavant, elle avait été appliquée comme une sorte de mesure extorquée à la Cour lorsqu'un Etat intentait une action contre un autre Etat sans aucun titre de compétence, en le sommant à toutes fins pratiques d'accepter la compétence *ad hoc*⁹ de la Cour. *Cessante razione, cessat ipsa lex*.

Dans les cas de saisine effective de la Cour, il est inacceptable que la Cour raye sommairement une affaire du rôle pour acquiescer à la demande d'un défendeur qui la prie de rejeter la requête *in limine litis*. Une telle action contreviendrait gravement à l'obligation incombant à la Cour

⁹ Ainsi la Cour s'est-elle retrouvée dans la situation de devoir choisir entre Charybde et Scylla : soit autoriser l'« affaire » à figurer au rôle général pour un temps indéfini, soit prescrire sa radiation, comme cela a été fait dans un certain nombre de cas : *Traitement en Hongrie d'un avion des Etats-Unis d'Amérique et de son équipage (Etats-Unis d'Amérique c. Hongrie)*, ordonnance du 12 juillet 1954, C.I.J. Recueil 1954, p. 99-101, et *Traitement en Hongrie d'un avion des Etats-Unis d'Amérique et de son équipage (Etats-Unis d'Amérique c. Union des Républiques socialistes soviétiques)*, ordonnance du 12 juillet 1954, C.I.J. Recueil 1954, p. 103-105; *Incident aérien du 10 mars 1953*, ordonnance du 14 mars 1956, C.I.J. Recueil 1956, p. 6-8; *Incident aérien du 4 septembre 1954*, ordonnance du 9 décembre 1958, C.I.J. Recueil 1958, p. 158-161; *Incident aérien du 7 novembre 1954*, ordonnance du 7 octobre 1959, C.I.J. Recueil 1959, p. 276-278; *Antarctique (Royaume-Uni c. Argentine)*, ordonnance du 16 mars 1956, C.I.J. Recueil 1956, p. 12-14, et *Antarctique (Royaume-Uni c. Chili)*, ordonnance du 16 mars 1956, C.I.J. Recueil 1956, p. 15-17.

A la lumière du paragraphe 5 de l'article 38 du Règlement, ce que la Cour pourrait faire *proprio motu*, dans certaines circonstances et avant saisine effective, serait de décider de radier une affaire du rôle général, ce qu'elle fait en réalité en vertu des procédures prévues aux articles 88 et 89 du Règlement de la Cour. A titre d'exemple, on peut citer l'affaire de la *Délimitation maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, ordonnance du 8 novembre 1995, C.I.J. Recueil 1995, p. 423.

d'examiner d'office en l'espèce la question de sa compétence, sur la base du principe général de compétence de la compétence. Eu égard au contexte particulier dans lequel la Cour se doit d'examiner d'office sa compétence en la présente instance, on pourrait même considérer qu'une radiation sommaire du rôle équivaldrait dans les circonstances à une sorte de déni de justice.

En conséquence, l'adoption du paragraphe 5 de l'article 38 du Règlement de la Cour a conféré à la « radiation » son sens adéquat, celui d'un simple effet accessoire d'une décision judiciaire¹⁰ de la Cour, par laquelle celle-ci se déclare incompétente.

III. LA QUESTION DE LA COMPOSITION DE LA COUR

67. La différence fondamentale entre la composition de la Cour lors de la phase de la procédure consacrée aux mesures conservatoires, d'une part, et sa formation au stade des exceptions préliminaires, d'autre part, est manifeste. Elle appelle quelques observations de principe.

Lors de la phase de la procédure relative aux mesures conservatoires, neuf des dix Etats défendeurs étaient représentés sur le siège de la Cour, que ce fût par un juge de leur nationalité (France, Allemagne, Pays-Bas, Royaume-Uni et Etats-Unis d'Amérique) ou par un juge *ad hoc* (Belgique, Canada, Italie et Espagne). Parmi les Etats défendeurs non représentés sur le siège par un juge de leur nationalité, seul le Portugal n'a pas désigné de juge *ad hoc*. Le demandeur comptait pour sa part un juge *ad hoc* sur le siège.

Au stade des exceptions préliminaires, la composition de la Cour fut sensiblement modifiée. A l'ouverture de l'audience publique, le 19 avril 2004, le président de la Cour déclara notamment que

« [p]ar lettres datées du 23 décembre 2003, le greffier a[vait] informé les Parties que la Cour avait décidé ... que ... les juges *ad hoc* désignés par les Etats défendeurs ne siègeraient pas dans la présente phase de la procédure en ces affaires » (CR 2004/6, p. 6).

Le président ajouta que « le juge Simma avait auparavant estimé devoir ne pas participer au jugement de ces affaires et [lui] en avait fait part, conformément [à] ... l'article 24 du Statut » (*ibid.*, p. 7).

Ainsi, au stade des exceptions préliminaires, la Cour comptait-elle sur le siège trois juges nationaux pour les Etats défendeurs et un juge *ad hoc* pour le demandeur.

Il est intéressant de noter que la Cour a adopté pareilles décisions sans

¹⁰ On peut signaler au passage que la question de savoir si la « clause de radiation » doit figurer dans le dispositif d'un arrêt de la Cour reste posée; non seulement parce que la règle veut que soit automatiquement radiée du rôle général une affaire arrivée à son terme, mais aussi en raison de la nature de la décision judiciaire de la Cour, laquelle concerne les parties au différend plutôt qu'une question qui, fondamentalement, a trait au fonctionnement interne de la Cour.

les expliquer plus avant, qu'il s'agisse des décisions relatives à sa composition dans la procédure sur les exceptions préliminaires ou du remaniement substantiel intervenu entre les deux phases successives de la procédure.

Au stade des mesures conservatoires, la Cour, répondant aux objections élevées par le demandeur contre la désignation d'un juge *ad hoc* par quatre Etats défendeurs, s'en est tenue à une formule succincte selon laquelle les désignations «se justifia[en]t dans la présente phase de l'affaire»¹¹. La Cour fut un peu plus explicite dans sa décision concernant sa propre composition lors de la phase relative aux exceptions préliminaires, alors même que le demandeur, bien qu'il y fût opposé au stade des mesures conservatoires, n'élevait plus aucune objection contre la participation de juges *ad hoc* désignés par les Etats défendeurs. A l'appui de la décision selon laquelle «les juges *ad hoc* désignés par les Etats défendeurs ne siègeraient pas dans la présente phase de la procédure» (CR 2004/6, p. 6), la Cour invoqua «la présence sur le siège de juges de nationalité britannique, française et néerlandaise» (CR 2004/6, p. 6).

68. De la formule laconique utilisée pour approuver la désignation d'un juge *ad hoc* par quatre Etats défendeurs au stade des mesures conservatoires, l'on pouvait déduire que, en déclarant la désignation des intéressés justifiée, la Cour se fondait sur une interprétation grammaticale de la disposition énoncée au paragraphe 3 de l'article 31 du Statut, selon laquelle «[s]i la Cour ne compte sur le siège aucun juge de la nationalité des parties, chacune de ces parties peut procéder à la désignation d'un juge». En d'autres termes, la Cour a estimé que le droit indépendant et naturel d'une partie de désigner un juge *ad hoc* en vertu du paragraphe 3 de l'article 31 du Statut n'était soumis à aucune restriction particulière en l'espèce. Or, le demandeur contestait la désignation de juges *ad hoc* par quatre Etats défendeurs au motif que ceux-ci faisaient cause commune et que, par conséquent, le paragraphe 5 de l'article 31 du Statut aurait dû s'appliquer. La Cour ne traite pas spécifiquement de cet argument du demandeur dans sa décision, mais celle-ci signifie implicitement en soi que la Cour l'a rejeté.

69. Cette absence d'explication autorise plusieurs hypothèses. L'une d'elles, qui mérite selon moi d'être examinée, repose sur l'interprétation de l'expression «plusieurs parties [faisant] cause commune» (paragraphe 5 de l'article 31 du Statut). Il a été dit que :

«l'article 31, qui us[e] du singulier, «s'applique séparément à chaque affaire inscrite au rôle de la Cour». «En présence de deux affaires

¹¹ Voir *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique)*, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 130, par. 12; *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Canada)*, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 265, par. 12; *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Italie)*, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 487, par. 12; *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Espagne)*, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (II), p. 767, par. 12.

distinctes entre deux séries de parties (*même si l'une des parties est en cause dans les deux affaires*), le paragraphe 5 de l'article 31 ne trouve pas à s'appliquer.»» (H. Thirlway, «The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1960-1989 (Part Eleven)», *The British Year Book of International Law*, 2000, p. 167; l'auteur cite la déclaration commune des juges Bedjaoui, Guillaume et Ranjeva dans l'affaire relative à des *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 40; les italiques sont de moi.)

Or, c'est là une interprétation bien trop réductrice et aussi — compte tenu du sens et, en particulier, de l'application du paragraphe 5 de l'article 31 du Statut — arbitraire car elle suppose l'existence d'un lien organique indissoluble entre les «parties f[aisant] cause commune» et la jonction formelle d'instances, lien qui n'existe naturellement pas. La Cour peut fort bien considérer que les parties font cause commune sans prononcer la jonction d'instances. En outre, il a été dit que «les dispositions sur la cause commune trouv[ai]ent à s'appliquer» uniquement «à l'occasion de la désignation des juges *ad hoc*» (G. Guillaume, «La «cause commune» devant la Cour internationale de Justice», *Liber Amicorum — Mohammed Bedjaoui*, Emile Yakpo et Tahar Boumedra, dir. publ., 1999, p. 330). C'est ce que confirme aussi la jurisprudence de la Cour¹².

Dès lors, la disposition énoncée au paragraphe 5 de l'article 31 du Statut, selon laquelle les parties faisant cause commune ne comptent que pour une seule, ne saurait être assimilée à la jonction d'instances. Si le fait que les parties font «cause commune» est l'un des éléments de la jonction d'instances, cette cause commune ne constitue pas pour autant, en tant que telle, une jonction formelle, pas plus qu'elle ne peut être tenue pour identique à celle-ci. La jonction d'instances signifie que les parties faisant cause commune ne comptent que pour une seule dans l'ensemble de leurs démarches procédurales qui, outre la désignation d'un seul juge *ad hoc*, comprennent également un seul jeu d'écritures et un arrêt unique.

Si les parties faisant cause commune au sens du paragraphe 5 de l'article 31 du Statut ne comptent que pour une seule, c'est, par opposition à la jonction d'instances qui suppose une position unique des parties dans l'ensemble de leurs démarches procédurales, dans un sens restreint et fonctionnel, c'est-à-dire uniquement pour le choix du juge *ad hoc*. La formule selon laquelle «les parties f[aisant] cause commune ... ne comptent

¹² Par exemple, dans

«les affaires de la *Compétence en matière de pêcheries*, la Cour n'a pas prononcé une telle jonction et a rendu deux séries d'arrêts distincts, tant sur la compétence que sur le fond. Mais cela ne l'a pas empêchée de regarder le Royaume-Uni et l'Allemagne comme faisant «cause commune» dans la première phase de la procédure.» (G. Guillaume, «La «cause commune» devant la Cour internationale de Justice», *Liber Amicorum — Mohammed Bedjaoui*, 1999, p. 330 et 334-335.)

... que pour une seule» (Statut, art. 31, par. 5) ne vise pas une jonction mais «l'application des dispositions qui précèdent» (Statut, art. 31, par. 5) de l'article 31, lesquelles réglementent l'égalité entre les parties estant devant la Cour.

Si nous restons encore un instant dans le registre de la jonction d'instances, nous pourrions peut-être même dire de la situation de parties faisant cause commune au sens du paragraphe 5 de l'article 31 du Statut que c'est une sorte de jonction restreinte ou d'ordre procédural liée, au fond et dans la pratique, à la désignation de juges *ad hoc* sur la base des dispositions de l'article 31 du Statut de la Cour.

70. La Cour aurait pu justifier cette différence fondamentale de sa composition au stade des mesures conservatoires par opposition à celui des exceptions préliminaires en faisant valoir que, au stade des mesures conservatoires, elle n'était pas en mesure d'analyser quelle position les Etats défendeurs adoptaient sur les demandes du demandeur. Il faut sans doute reconnaître à cet argument un certain poids, mais il ne faut cependant pas trop lui en accorder dans la présente affaire, et ce pour au moins deux raisons. Premièrement, la question de la composition de la Cour relève de l'ordre public (dans l'opinion individuelle qu'il joignit à l'avis consultatif sur les *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité* (ci-après dénommé avis consultatif relatif à la «*Namibie*»), le juge Ammoun, vice-président, souligna que cette question touchait à «la règle de l'égalité que le Statut de la Cour a[vait] voulu justement sauvegarder par l'institution du juge *ad hoc*» (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 68)), règle présentant une «priorité logique absolue» (*ibid.*, p. 25, par. 36; voir également *Sahara occidental, ordonnance du 22 mai 1975, C.I.J. Recueil 1975*, p. 7-8; *Sahara occidental, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975*, p. 17-18, par. 13). Deuxièmement, la cause commune des Etats défendeurs ressortait de la requête elle-même, qui présentait à l'encontre des dix pays un exposé des faits et du droit identique. La requête permettait, en soi, d'apprécier *prima facie* les faits et le droit pour traiter «la désignation d'un juge *ad hoc* ... comme une question préliminaire» (*Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 25, par. 36). Troisièmement, on voit mal comment l'urgence de la procédure relative aux mesures conservatoires aurait pu être perçue comme un obstacle à une telle démarche en l'espèce, cette procédure ayant elle-même duré trente jours à compter de la date du dépôt de la requête jusqu'à celle du prononcé de l'ordonnance.

71. La décision relative à la composition de la Cour dans les deux phases (celle des mesures conservatoires et celle des exceptions préliminaires) a été adoptée de manière informelle, ayant été annoncée aux Parties par le greffier (la Cour s'est ainsi écartée de la pratique établie dans les affaires du *Sud-Ouest africain* (cf. *ordonnance du 18 mars 1965, C.I.J. Recueil 1965*, p. 3), dans lesquelles elle avait décidé de sa composition par voie d'ordon-

nance). Cette pratique présentait certains avantages intrinsèques, tant du point de vue de la forme que de celui du fond. En ce qui concerne les avantages formels, il est difficile de saisir pourquoi la Cour règle de manière informelle la question de sa composition, du moins lorsque des affaires plus délicates et controversées sont en cause, alors qu'elle traite par voie d'ordonnance formelle des questions comme la désignation d'experts à son service (cf. *Détroit de Corfou, ordonnance du 19 novembre 1949, C.I.J. Recueil 1949*, p. 237; *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, nomination d'expert, ordonnance du 30 mars 1984, C.I.J. Recueil 1984*, p. 165), la désignation d'experts chargés d'aider les parties à mettre un arrêt en œuvre (cf. *Différend frontalier, désignation d'experts, ordonnance du 9 avril 1987, C.I.J. Recueil 1987*, p. 7) ou les demandes de descente sur les lieux (cf. *Sud-Ouest africain, ordonnance du 29 novembre 1965, C.I.J. Recueil 1965*, p. 9; *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), ordonnance du 5 février 1997, C.I.J. Recueil 1997*, p. 3). Il n'y a certes aucune différence entre l'effet juridique de décisions adoptées à titre informel et l'effet juridique de décisions formelles, mais la manière dont la Cour se prononce traduit cependant une appréciation implicite des questions faisant l'objet de la décision. Cette pratique est d'autant plus surprenante quand on sait que la question de la composition de la Cour n'est pas une question purement procédurale, mais est, dans des affaires comme celle qui nous occupe ici, une question d'ordre public qui intéresse indirectement le principe de l'égalité des Etats, l'un des principes fondamentaux du droit international qui relève du *corpus juris cogentis*.

Il est également incontestable, me semble-t-il, que donner un caractère formel aux décisions de la Cour sur sa composition présente des avantages quant au fond. Ceux-ci tiennent à la structure même de l'ordonnance, et surtout aux considérations spéciales que la Cour avait à l'esprit en la rendant et aux raisons justifiant sa décision sur sa composition. La Cour permet ainsi une interprétation plus aisée et plus sûre de sa décision et, ce qui est tout aussi important, consolide sa jurisprudence sur le sujet.

72. En décidant de refuser à trois Etats défendeurs (la Belgique, le Canada et l'Italie) la prorogation du mandat de leur juge *ad hoc* au stade des exceptions préliminaires, et en refusant au Portugal le droit de désigner un juge *ad hoc*, la Cour s'est fondée sur le paragraphe 5 de l'article 31 du Statut, lequel dispose que «[l]orsque plusieurs parties font cause commune, elles ne comptent, pour l'application des dispositions qui précèdent, que pour une seule. En cas de doute, la Cour décide.»

a) S'agissant de la Belgique, du Canada et de l'Italie, la Cour a pris cette décision «en application du paragraphe 5 de l'article 31 de son Statut..., compte tenu de la présence sur le siège de juges de nationalité britannique, française et néerlandaise» (CR 2004/6, p. 6-7; les italiques sont de moi). A l'interpréter, on conclut nécessairement de cette explication de la décision de la Cour que cette dernière considérait non seulement que la Belgique, le

Canada et l'Italie étaient des parties faisant cause commune, mais aussi qu'il en allait de même pour la France, les Pays-Bas et le Royaume-Uni.

Manifestement, l'effet du paragraphe 5 de l'article 31 du Statut ne pouvait pas être de priver la Belgique, le Canada et l'Italie, qui «ne comptent ... que pour une seule» partie, de leur droit d'être représentés sur le siège par un juge *ad hoc* unique, mais cet effet était de les priver de la prorogation du mandat des juges *ad hoc* que ces Etats avaient désignés individuellement au stade des mesures conservatoires. Or, ce refus de prorogation n'était fondé en droit que si la Cour avait conclu que ces trois Etats défendeurs se trouvaient être, avec la France, les Pays-Bas et le Royaume-Uni, dans la situation de «parties [faisant] cause commune». L'argument de la Cour donne à penser que tel est le cas, mais elle ne l'exprime pas clairement, puisqu'elle se borne à évoquer «la présence sur le siège de juges de nationalité britannique, française et néerlandaise» (CR 2004/6, p. 6) comme une raison justifiant d'exclure le droit de la Belgique, du Canada et de l'Italie de désigner un juge *ad hoc* unique sans déclarer que ces Etats faisaient tous cause commune. Pour établir un lien direct entre ces deux éléments — d'une part, le fait que les trois Etats défendeurs non représentés sur le siège par un juge de leur nationalité ont été privés de leur droit de désigner un juge *ad hoc* unique et, de l'autre, la présence sur le siège de juges de la nationalité des trois autres Etats défendeurs qui, eux, étaient bien représentés —, il faut nécessairement considérer que les Etats défendeurs en question faisaient tous cause commune.

b) En ce qui concerne l'Allemagne, le juge Simma ayant estimé devoir ne pas participer au jugement de l'affaire, elle était, sur la base du paragraphe 1 de l'article 37 du Règlement de la Cour, «autorisée à désigner un juge *ad hoc* dans un délai fixé par la Cour ou ... par le président». La Cour a toutefois déclaré que l'autorisation prévue à l'article 37 n'était en l'espèce pas applicable «en vertu du paragraphe 5 de l'article 31 du Statut» (CR 2004/6, p. 7). C'est-à-dire que la Cour a considéré que la situation de l'Allemagne relevait à cet égard des dispositions du paragraphe 2 de l'article 37 du Règlement, aux termes duquel «[l]es parties faisant cause commune ne sont pas considérées comme comptant ... un juge de la nationalité de l'une d'elles si le membre de la Cour ... n'est pas ou n'est plus en mesure de siéger» (les italiques sont de moi).

En conséquence, suivant la disposition relative à la «cause commune» qui est énoncée au paragraphe 1 de l'article 31 de son Statut et développée aux paragraphes 1 et 2 de l'article 37 de son Règlement, la Cour, par la décision qui fut notifiée aux Parties par le greffier dans des lettres datées du 23 décembre 2003, a adopté pour position que les huit Etats défendeurs faisaient tous cause commune.

73. Cette décision de la Cour a eu pour effet de rétablir, dans sa composition, l'égalité entre le demandeur et les défendeurs.

Ce rétablissement de l'égalité se manifeste à deux niveaux :

i) au niveau de la relation entre l'Etat demandeur et ceux des Etats

défendeurs qui ne comptaient sur le siège aucun juge national: grâce à ladite décision de la Cour, l'égalité, absente au stade des mesures conservatoires, était parfaite lors de la phase consacrée aux exceptions préliminaires, conformément à la jurisprudence tout à fait cohérente de la Cour (voir la déclaration commune de MM. les juges Bedjaoui, Guillaume et Ranjeva dans l'affaire des *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 34-39*);

- ii) au niveau de la relation entre l'Etat demandeur et ceux des Etats défendeurs qui comptaient sur le siège un membre de leur nationalité: à ce niveau, l'égalité a été rétablie partiellement quand le juge Simma a décidé de ne pas participer au jugement de l'affaire et que la Cour a conclu que l'Allemagne, en application du paragraphe 5 de l'article 31, n'était pas habilitée à désigner un juge *ad hoc*.

Ainsi la relation entre l'Etat demandeur et les Etats défendeurs comptant sur le siège un membre de leur nationalité a-t-elle été concrètement modifiée par rapport à la composition de la Cour lors de la procédure sur les mesures conservatoires — trois Etats défendeurs (la France, les Pays-Bas et le Royaume-Uni) ont sur le siège un juge de leur nationalité et l'Etat demandeur y comptait un juge *ad hoc*.

Pareille solution est-elle défendable du point de vue du droit et de la justice? Il faut à mon sens répondre à cette question non par l'affirmative mais par la négative.

Lorsqu'on interprète les paragraphes 1 à 5 de l'article 31 du Statut, on voit que l'égalité arithmétique du nombre de juges sur le siège ayant la nationalité des parties, laquelle est assurée par des variantes du rapport entre le nombre de juges nationaux (art. 31, par. 1), le nombre de juges nationaux et de juges *ad hoc* (art. 31, par. 2) ou le nombre de juges *ad hoc*, réciproquement (art. 31, par. 3), constitue une expression de l'égalité des parties. Cette égalité des parties ne correspond certes pas exclusivement à l'égalité arithmétique, mais il semble toutefois incontestable que, dans les relations entre Etats en tant qu'entités politiques souveraines, l'égalité arithmétique est une composante importante de l'égalité: si tel n'était pas le cas, les dispositions des paragraphes 1 à 5 de l'article 31 du Statut seraient, en tant que telles, dénuées de substance.

Or, force est de constater que, concrètement, cette égalité arithmétique n'existe pas, bien que les Etats défendeurs fassent cause commune. En fait, nous sommes tout simplement face à un exemple d'inégalité entre les parties, inégalité due à une interprétation grammaticale du paragraphe 4 de l'article 31 du Statut.

En effet, comme M. le juge Guillaume, se référant au paragraphe 4 de l'article 31 du Statut, le fait observer,

«Ce texte permettait d'assurer l'égalité des parties dans l'hypo-

thèse où aucune des parties ne compte un de ses nationaux parmi les membres de la Cour. En pareil cas en effet, que l'on ait pluralité de demandeurs ou pluralité de défendeurs, voire pluralité à la fois de demandeurs et de défendeurs, un seul juge *ad hoc* est désigné pour siéger de chaque côté.

Le système était également satisfaisant dans le cas où figure parmi les membres de la Cour un juge ayant la nationalité de l'une des parties et lorsque cette partie est opposée à une pluralité de demandeurs ou de défendeurs faisant cause commune et n'ayant pas de juge de leur nationalité au sein de la juridiction. Là encore, l'égalité est en effet garantie.

En revanche la situation était plus critiquable lorsque, d'un côté, se trouvent plusieurs Etats ayant des juges de leur nationalité siégeant à la Cour tandis que, de l'autre, on ne compte qu'un juge, voire un juge *ad hoc*.» (G. Guillaume, «La «cause commune» devant la Cour internationale de Justice», *Liber Amicorum — Mohammed Bedjaoui*, Emile Yakpo et Tahar Boumedra, dir. publ., 1999, p. 328-329; les italiques sont de moi.)

Il s'ensuit donc que, en cas de conflit entre le principe de la permanence de la Cour et celui de l'égalité des parties, «les auteurs du Statut et du Règlement ont privilégié le principe de la permanence de la Cour», ayant restreint l'application du principe de l'égalité entre les parties «à l'occasion de la désignation des juges *ad hoc* ... [où] les dispositions sur la clause commune trouvent à s'appliquer» (*ibid.*, p. 330).

Pareil état de choses est difficilement acceptable. Les lacunes que présentent les solutions prévues dans le Statut et dans le Règlement de la Cour ne sauraient justifier une dérogation au principe fondamental de l'égalité des parties. Ce principe n'est qu'un ingrédient, une composante du principe plus général de l'égalité souveraine des Etats. Bien que le Statut et le Règlement de la Cour constituent, par nature, un *jus specialis* destiné à régler les travaux de la Cour, on ne saurait pour autant considérer que, en tant que tels, ils autorisent la Cour à faire fi des normes du droit international général en la matière. D'ailleurs, ainsi qu'il est dit dans le Statut lui-même, la mission de la Cour «est de régler [les différends] conformément au droit international» (Statut, art. 38, par. 1). Cela vaut d'autant plus lorsqu'il s'agit du droit international contemporain qui, à la différence du droit international en vigueur à l'époque de la rédaction du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, range dans le *jus cogens* les règles d'importance fondamentale, lesquelles, par définition, ne souffrent aucune concurrence de la part de règles incongrues. Or, le principe de l'égalité souveraine des Etats fait indubitablement partie intégrante du *corpus juris cogentis*.

74. La concrétisation du principe fondamental de l'égalité des Etats dans la composition de la Cour constitue fondamentalement une question accessoire d'ordre technique. Deux moyens semblent permettre

d'assurer cette égalité, séparément ou conjointement, selon les circonstances. Le premier d'entre eux consiste simplement à dispenser un ou plusieurs membres de la Cour de siéger quand existe une inégalité entre les parties en litige dans les affaires multiples où l'une des parties comprend deux ou plusieurs Etats représentés sur le siège par un juge de leur nationalité, tandis que l'autre partie comprend un ou plusieurs Etats qui n'ont aucun juge national sur le siège ou qui en comptent moins que la partie adverse. En pareil cas, une solution consisterait peut-être à s'inspirer de la proposition qui fut faite en 1926, à l'époque de la revision du Règlement de la Cour, selon laquelle :

«Lorsqu'une des parties est représentée par deux ou plus de deux Etats qui ont des juges siégeant à la Cour, seul l'un de ces juges, désigné par lesdits Etats, pourra prendre part à la procédure et au jugement de l'affaire.» (*Statut et Règlement de la Cour permanente de Justice internationale — Eléments d'interprétation*, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1934, p. 189, cité in G. Guillaume, «La «cause commune» devant la Cour internationale de Justice», *Liber Amicorum — Mohammed Bedjaoui*, Emile Yakpo et Tahar Boumedra, dir. publ., 1999, p. 329.)

On peut formuler deux objections à l'encontre de cette manière de régler la question. La première est que cette solution oblige implicitement à reviser le paragraphe 1 de l'article 31 du Statut. Cette objection est justifiée, mais seulement en partie, si l'on se souvient que l'application du paragraphe 2 de l'article 24 du Statut permet d'assurer l'égalité sans même qu'il faille procéder à une revision formelle du Statut. Le fait que deux ou plusieurs Etats comptent des juges de leur nationalité sur le siège de la Cour, s'agissant d'Etats qui font cause commune, peut en effet être considéré par le président comme une «raison spéciale» d'exercer le pouvoir que lui confère le paragraphe 2 de l'article 24 du Statut. Toutefois, il est difficile d'envisager une application plus extensive de cette disposition du Statut, eu égard non seulement au principe de la permanence de la mission des membres de la Cour, mais aussi à la condition relative au nombre minimum de juges à réunir pour constituer la Cour (Statut, art. 25, par. 2). Pourtant, il ne faut pas sous-estimer les possibilités offertes par cette disposition du Statut, surtout si l'on interprète le principe de la permanence de façon systématique sans verser dans le fétichisme. En ce sens, le principe de la permanence de la Cour revêt un caractère relatif, en raison non seulement de la disposition du Statut prévoyant qu'un tiers de la Cour est élu tous les trois ans (Statut, art. 13), mais aussi du fait qu'un ou plusieurs juges peuvent être empêchés de siéger pour des raisons factuelles ou juridiques (Statut, art. 23, par. 3, et art. 24, par. 1).

Le second moyen consisterait à autoriser une partie non représentée sur le siège par un juge de sa nationalité à désigner plus d'un juge *ad hoc* si l'égalité ne peut être établie autrement. Rien, dans le Statut, ne fait vraiment obstacle à cette manière d'établir l'égalité. Le fait que le paragraphe 2 de l'article 31 du Statut confère à «toute autre partie» (c'est-à-

dire toute partie autre que celle représentée par un juge de sa nationalité) le droit de « désigner une personne de son choix pour siéger en qualité de juge », au singulier, ne saurait être interprété comme interdisant que « toute autre partie » désigne plus d'un juge *ad hoc*. Le paragraphe 2 de l'article 31 du Statut, tant dans sa syntaxe que dans ses termes, est conçu dans une optique individuelle, c'est-à-dire suivant l'opposition entre une partie (ayant sur le siège un juge de sa nationalité)/l'autre partie (autre que celle ayant sur le siège un juge de sa nationalité). Mais quand il faut juger des affaires multiples comme celles qui nous occupent ici, cette disposition devrait être interprétée de manière téléologique.

Dans le cas contraire, on voit mal comment assurer ce rééquilibrage en tant qu'expression du principe fondamental de l'égalité des Etats et manière d'en garantir le respect. Car il ne faut pas oublier qu'il n'est pas seulement question d'une égalité symbolique entre les parties, puisqu'un simple coup d'œil à la pratique de la Cour lorsqu'elle vote montre que la différence entre les juges nationaux et les juges *ad hoc*, dans les affaires où des Etats de leur nationalité sont en cause, n'est pas si grande qu'on le pense généralement.

75. Le calendrier des audiences publiques tenues du 19 au 23 avril 2004 dans les huit affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, envisagé en tant que tel et, en particulier, au regard de la décision de la Cour sur sa composition dans lesdites affaires, représente une approche particulière et inhabituelle de la part de la Cour.

A première vue, le calendrier des audiences publiques paraît suggérer une intention de regrouper des procédures distinctes afin d'organiser les audiences selon un ordre logique. Plus précisément, lors du premier tour de plaidoiries sur les exceptions préliminaires, tenu les 19 et 20 avril, les huit Etats défendeurs ont tous plaidé tandis que le demandeur l'a fait le 21 avril 2004. Le second tour de plaidoiries a été en substance organisé de la même manière, de sorte que le 22 avril 2004 a été réservé aux huit Etats défendeurs et le 23 avril 2004 au demandeur. Cependant, trois éléments montrent que ce calendrier des audiences publiques ne peut pas être simplement assimilé à un regroupement de procédures distinctes. Premièrement, le calendrier s'écarte de la pratique logique et normale qui est que, à la suite de la plaidoirie d'un Etat défendeur ayant soulevé des exceptions préliminaires, le demandeur plaide à son tour, étant bien entendu qu'il s'agit de plaidoiries distinctes. On pourrait arguer que huit Etats défendeurs étaient en cause, de sorte que le calendrier des audiences publiques, tel qu'il a été établi, visait à éviter d'éventuelles redites dans les plaidoiries des Parties, en particulier dans celles du demandeur. Mis à part le fait qu'un tel raisonnement suppose également que les plaidoiries des défendeurs présentent au fond beaucoup de ressemblances et soient même identiques, il suffit de parcourir les comptes rendus officiels d'audience pour voir clairement que, tel qu'il était conçu, le calendrier des audiences publiques n'a pas empêché les redites. Deuxièmement, l'ordre de parole des Etats défendeurs ne correspond pas à l'ordre qui leur est attribué dans la liste des affaires pendantes. Il ne correspond pas non plus à l'ordre dans

lequel les Etats défendeurs ont plaidé au stade des mesures conservatoires dans ces affaires. La Cour à l'époque a décidé qu'après la Yougoslavie, qui était l'Etat demandeur, les Etats défendeurs devraient plaider suivant l'ordre alphabétique anglais (Cour internationale de Justice, communiqué de presse 99/19 du 7 mai 1999), ce qui est également l'ordre dans lequel les affaires sont officiellement dénommées dans la liste des affaires pendantes inscrites au rôle de la Cour. Cela ne mérite pas en soi qu'on s'y attarde et ce pourrait simplement répondre à un souci de commodité s'il n'y avait pas eu aussi, par la suite, regroupement des Etats défendeurs dans le calendrier des audiences publiques. Ainsi, dans le cadre du premier tour de plaidoiries, l'audience tenue par la Cour le matin du 19 avril 2004 a-t-elle été réservée à la Belgique et aux Pays-Bas. De même, l'audience tenue le matin suivant a été réservée à l'Allemagne, la France et l'Italie. La Cour n'a pas précisé les raisons d'un tel groupement, lequel ne saurait être tenu pour inhabituel, mais on peut raisonnablement penser qu'elle avait tenu notamment compte de différents motifs de compétence invoqués par l'Etat demandeur (c'est-à-dire que, à l'égard de la Belgique et des Pays-Bas, le demandeur invoquait aussi des titres de compétence supplémentaires, soit l'article 4 de la convention de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage entre la Belgique et le Royaume de Yougoslavie, datée du 25 mars 1930, et l'article 4 du traité de règlement judiciaire, d'arbitrage et de conciliation entre les Pays-Bas et le Royaume de Yougoslavie, daté du 11 mars 1931). Ce qui caractérisait, en revanche, la situation de l'Allemagne, celle de la France et celle de l'Italie dans ces procédures, c'est qu'aucun de ces trois Etats défendeurs n'avait fait la déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour qui est prévue au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut. Troisièmement, on constate une coïncidence intéressante entre ledit regroupement des Etats défendeurs dans le calendrier des audiences publiques et la composition de la Cour qui peut en être déduite, composition qui répondrait pleinement au principe de l'égalité des parties. A supposer, par hypothèse, qu'il y ait jonction d'instances pour des groupes d'affaires constitués conformément au calendrier des audiences publiques tenues les 19 et 20 avril 2004 (soit une première jonction pour la Belgique et les Pays-Bas, une deuxième jonction pour l'Allemagne, la France et l'Italie et une troisième pour le Royaume-Uni, le Portugal et le Canada), le demandeur et les groupes d'Etats défendeurs visés par lesdites jonctions auraient alors été placés dans une position d'égalité parfaite du point de vue de la composition de la Cour.

* * *

76. La question de savoir si la Serbie-et-Monténégro a qualité pour ester devant la Cour ou si cette dernière est compétente est une chose, celle de la licéité de l'emploi de la force en est une autre.

En raison des caractéristiques inhérentes de sa compétence — le caractère consensuel et l'accès limité —, la Cour n'a pas été en mesure de se prononcer sur la licéité de l'emploi de la force dans les affaires en question.

Ce fait témoigne en soi de la position délicate dans laquelle la Cour, en tant que cour mondiale, peut se trouver.

La Cour, dont la mission est «de régler conformément au droit international» les différends qui lui sont soumis (Statut, art. 38, par. 1), est en quelque sorte empêchée dans les présentes affaires de s'acquitter de sa mission en ce qui concerne cette question, laquelle ne peut certainement pas être considérée comme une question ordinaire.

La question de l'emploi de la force dans les relations entre Etats touche à l'ontologie de l'ordre international. Elle est à la charnière entre l'ordre primitif *de facto*, régi par les alliances et l'opportunisme, et l'ordre international *de jure*, incarné par l'état de droit.

Il y a lieu ici de constater qu'il nous est servi une véritable cacophonie dont la source correspond généralement aux Etats puissants et influents, lesquels nous disent finalement que la souveraineté des Etats appartient désormais au passé. S'agissant du droit international et de la Cour, parce qu'elle en est l'organe, il est désolant et surprenant de voir que, parmi les partisans d'une souveraineté limitée, il ne s'en trouve guère pour préconiser une limitation de la souveraineté en ce qui concerne le seul aspect, car c'est probablement le seul, à l'égard duquel — indépendamment de la volonté des Etats — cette limitation répond à l'idée d'une communauté internationale juridiquement organisée, à savoir que les différends entre Etats doivent être réglés devant la Cour et non sur le champ de bataille.

La raison d'être du droit international réside dans sa mise en œuvre, à fortiori lorsqu'il s'agit de règles qui revêtent un caractère primordial. Partant, on peut comprendre les appels, ou peut-être devrait-on dire les exhortations, adressés à la Cour en ces termes :

«La Yougoslavie avait au moins droit à ce que la Cour délibère sur le fond de sa demande ... au lieu d'être écartée pour un point de procédure concernant la compétence» (Anthony D'Amato, *in* «Review of the ICJ Order of June 2, 1999 on the Illegality [*sic*] of Use of Force Case», extrait de «Kosovo & Yugoslavia: Law in Crisis», a presentation of Jurist (source: <http://jurist.law.pitt.edu/amato1.htm>, consulté le 22 novembre 2004)).

Il reste à la Cour, entravée par les règles rigoureuses qui gouvernent sa compétence, à rappeler peut-être aux Parties, sans grand espoir d'être entendue, les responsabilités qui sont les leurs en vertu du droit international, conformément à la pratique qu'elle a suivie dans quelques affaires antérieures (voir, par exemple, *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, *compétence de la Cour*, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 456, par. 56); ou bien il lui reste à examiner la question, fût-ce de manière plus limitée.

(Signé) Milenko KREĆA.