

DISSENTING OPINION OF JUDGE KREĆA

TABLE OF CONTENTS

	<i>Paragraphs</i>
I. COMPOSITION OF THE COURT IN THIS PARTICULAR CASE	1-4
II. HUMANITARIAN CONCERN IN THIS PARTICULAR CASE	5-7
III. JURISDICTIONAL ISSUES	8-14
Jurisdiction of the Court <i>ratione personae</i>	8-10
Jurisdiction of the Court <i>ratione materiae</i>	11-13
Jurisdiction of the Court <i>ratione temporis</i>	14
IV. OTHER RELEVANT ISSUES	15-18

OPINION DISSIDENTE DE M. KREĆA

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. LA COMPOSITION DE LA COUR EN L'ESPÈCE	1-4
II. LE PROBLÈME HUMANITAIRE EN L'ESPÈCE	5-7
III. LES QUESTIONS DE COMPÉTENCE	8-14
Compétence de la Cour <i>ratione personae</i>	8-10
Compétence de la Cour <i>ratione materiae</i>	11-13
Compétence de la Cour <i>ratione temporis</i>	14
IV. AUTRES QUESTIONS PERTINENTES	15-18

I. COMPOSITION OF THE COURT IN THIS PARTICULAR CASE

1. In the context of the conceptual difference between the international magistrature and the internal judicial system within a State, the institution of judge *ad hoc* has two basic functions:

“(a) to equalize the situation when the Bench already includes a Member of the Court having the nationality of one of the parties; and (b) to create a nominal equality between two litigating States when there is no Member of the Court having the nationality of either party” (S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, Vol. III, pp. 1124-1125).

In this particular case room is open for posing the question as to whether either of these two basic functions of the institution of judge *ad hoc* has been fulfilled at all.

It is possible to draw the line between two things.

The first is associated with equalization of the Parties in the part concerning the relations between the Applicant and the respondent States which have a national judge on the Bench. *In concreto*, of special interest is the specific position of the respondent States. They appear in a dual capacity in these proceedings:

primo, they appear individually in the proceedings considering that each one of them is in dispute with the Federal Republic of Yugoslavia: and,

secondo, they are at the same time member States of NATO under whose institutional umbrella they have undertaken the armed attack on the Federal Republic of Yugoslavia. Within the framework of NATO, these respondent States are acting *in corpore*, as integral parts of an organizational whole. The *corpus* of wills of NATO member States, when the undertaking of military operations is in question, is constituted into a collective will which is, formally, the will of NATO.

2. The question may be raised whether the respondent States can qualify as parties in the same interest.

In its Order of 20 July 1931 in the case concerning the *Customs Régime between Germany and Austria*, the Permanent Court of International Justice established that:

“all governments which, in the proceedings before the Court, come to the same conclusion, must be held to be in the same interest for the purposes of the present case” (*P.C.I.J., Series A/B, No. 41, p. 88*).

The question of qualification of the “same interest”, in the practice of the Court, has almost uniformly been based on a formal criterion, the criterion of “the same conclusion” to which the parties have come in the proceedings before the Court.

I. LA COMPOSITION DE LA COUR EN L'ESPÈCE

1. Compte tenu de la différence de principe entre la magistrature internationale et le système judiciaire interne de chaque Etat, l'institution du juge *ad hoc* a fondamentalement un double rôle :

«*a*) rétablir l'égalité quand la Cour comprend d'ores et déjà sur le siège un juge ayant la nationalité de l'une des parties; et *b*) créer une égalité symbolique entre deux Etats en litige quand aucun membre de la Cour n'a la nationalité de l'une des parties» (S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, vol. III, p. 1124-1125).

En l'espèce, on peut se demander si l'institution du juge *ad hoc* a bien exercé l'une quelconque de ces deux fonctions élémentaires.

Il est possible de distinguer deux éléments.

Le premier est lié à ce rétablissement de l'égalité entre les parties en ce qui concerne les relations entre le demandeur et les Etats défendeurs qui ont un juge national sur le siège. *In concreto*, il faut s'intéresser à cet égard à la position particulière des Etats défendeurs. Ces derniers, en effet, comparaissent à un double titre :

primo, ils comparaissent individuellement puisque chacun d'eux est en litige avec la République fédérale de Yougoslavie;

secundo, ce sont en même temps des Etats membres de l'OTAN dans le cadre institutionnel de laquelle ils ont engagé une attaque armée contre la République fédérale de Yougoslavie. Dans ce cadre de l'OTAN, les Etats défendeurs agissent *in corpore*, en tant que parties intégrantes d'une organisation constituant un tout. L'ensemble, le *corpus*, des volontés des Etats membres de l'OTAN, quand il s'agit de mener des opérations militaires, constitue une volonté collective qui est officiellement celle de l'OTAN.

2. On peut se demander par ailleurs si les Etats défendeurs peuvent être considérés comme faisant cause commune.

Dans l'ordonnance rendue le 20 juillet 1931 dans l'affaire du *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, la Cour permanente de Justice internationale a énoncé le principe suivant :

«tous les gouvernements qui, devant la Cour, arrivent à la même conclusion, doivent être considérés comme faisant cause commune aux fins de la présente procédure» (*C.P.J.I. série A/B n° 41*, p. 89).

Dans sa pratique, la Cour a quasiment toujours établi qu'il y avait «cause commune» en se fondant sur un critère formel, celui de la «même conclusion» à laquelle aboutissent les parties comparaissant devant elle.

In the present case, the question of “the same conclusion” as the relevant criterion for the existence of “the same interest” of the respondent States is, in my opinion, unquestionable. The same conclusion was, in a way, inevitable in the present case in view of the identical Application which the Federal Republic of Yugoslavia has submitted against ten NATO member States, and was formally consecrated by the outcome of the proceedings before the Court held on 10, 11 and 12 May 1999, in which all the respondent States came to the identical conclusion resting on the foundation of practically identical argumentation which differed only in the fashion and style of presentation.

Hence, the inevitable conclusion follows, it appears to me, that all the respondent States are *in concreto* parties in the same interest.

3. What are the implications of this fact for the composition of the Court in the present case? Article 31, paragraph 2, of the Statute says: “If the Court includes upon the Bench a judge of the nationality of one of the parties, any other party may choose a person to sit as judge.”

The Statute, accordingly, refers to the right of “any other party”, namely, a party other than the party which has a judge of its nationality, in the singular. But, it would be erroneous to draw the conclusion from the above that “any other party”, other than the party which has a judge of its nationality, cannot, under certain circumstances, choose several judges *ad hoc*. Such an interpretation would clearly be in sharp contradiction with *ratio legis* of the institution of judge *ad hoc*, which, in this particular case, consists of the function “to equalize the situation when the Bench already includes a Member of the Court having the nationality of one of the parties” (S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, Vol. III, pp. 1124-1125). The singular used in Article 31, paragraph 2, of the Statute with reference to the institution of judges *ad hoc* is, consequently, but individualization of the general, inherent right to equalization in the composition of the Bench in the relations between litigating parties, one of which has a judge of its nationality on the Bench, while the other has not. *The practical meaning of this principle applied in casum would imply the right of the Applicant to choose as many judges ad hoc to sit on the Bench as is necessary to equalize the position of the Applicant and that of those respondent States which have judges of their nationality on the Bench and which share the same interest. In concreto, the inherent right to equalization in the composition of the Bench, as an expression of fundamental rule of equality of parties, means that the Federal Republic of Yugoslavia should have the right to choose five judges ad hoc, since even five out of ten respondent States (the United States of America, the United Kingdom, France, Germany and the Netherlands) have their national judges sitting on the Bench.*

Regarding the notion of equalization which concerns the relation between the party entitled to choose its judge *ad hoc* and the parties which have their national judges on the Bench, the fact is that the Federal Republic of Yugoslavia, as can be seen from the Order, did not raise any objections to the circumstance that as many as five respondent States

En l'espèce, il est indubitable que la formulation d'une conclusion identique est le critère pertinent permettant d'établir que les Etats défendeurs font «cause commune». Il était en quelque sorte inévitable de formuler la même conclusion en l'espèce puisque la République fédérale de Yougoslavie a présenté une requête identique à l'encontre de dix Etats membres de l'OTAN et l'on en a eu la preuve officielle à l'issue de la procédure qui s'est déroulée devant la Cour les 10, 11 et 12 mai 1999, les Etats défendeurs aboutissant tous à une conclusion identique reposant sur une argumentation pratiquement identique dont les seules variations concernent la forme et le mode de présentation.

D'où la conclusion inévitable à mon sens que les Etats défendeurs font tous *in concreto* cause commune.

3. Quelles incidences faut-il en tirer pour la composition de la Cour en l'espèce? L'article 31, paragraphe 2, du Statut, dispose: «Si la Cour compte sur le siège un juge de la nationalité d'une des parties, toute autre partie peut désigner une personne de son choix pour siéger en qualité de juge.»

Le Statut, donc, définit ainsi le droit de «toute autre partie», c'est-à-dire une partie autre que celle qui compte un juge de sa nationalité sur le siège, et il parle de cette autre partie au singulier. Mais il serait erroné d'en déduire que «toute autre partie» que celle qui compte un juge de sa nationalité sur le siège ne peut pas, dans certains cas, désigner plusieurs juges *ad hoc*. Retenir cette interprétation serait manifestement contraire à la *ratio legis* de l'institution du juge *ad hoc*, lequel en l'espèce a pour objet «de rétablir l'égalité quand la Cour comprend d'ores et déjà sur le siège un juge ayant la nationalité de l'une des parties» (S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, vol. III, p. 1124-1125). L'usage du singulier à l'article 31, paragraphe 2, du Statut, quand il est question de l'institution du juge *ad hoc*, permet donc simplement d'individualiser ce droit général, intrinsèque, au rétablissement de l'égalité entre les parties en litige en ce qui concerne la composition de la Cour, quand l'une des parties compte un juge de sa nationalité sur le siège tandis que l'autre n'en a pas. *Concrètement, appliqué à la présente instance, ce principe signifie implicitement que le demandeur a le droit de désigner autant de juges ad hoc qu'il le faut pour rétablir l'égalité entre le demandeur et les Etats défendeurs qui comptent un juge de leur nationalité sur le siège et qui font cause commune. Concrètement, ce droit fondamental au rétablissement de l'égalité dans la composition de la Cour, qui répond à la règle fondamentale de l'égalité des parties, signifie que la République fédérale de Yougoslavie doit avoir le droit de désigner cinq juges ad hoc, puisque, sur les dix Etats défendeurs, il y en a cinq (les Etats-Unis d'Amérique, le Royaume-Uni, la France, l'Allemagne et les Pays-Bas) qui comptent un juge national sur le siège.*

S'agissant de ce rétablissement de l'égalité entre la partie autorisée à désigner un juge *ad hoc* de son choix, d'une part, et, de l'autre, les parties qui comptent un juge national sur le siège, le fait est que la République fédérale de Yougoslavie, comme on peut le constater dans l'ordonnance, n'a soulevé aucune objection au cas de figure qui se présentait et qui était

have judges of their nationality on the Bench. However, this circumstance surely cannot be looked upon as something making the question irrelevant, or, even as the tacit consent of the Federal Republic of Yugoslavia to such an outright departure from the letter and spirit of Article 31, paragraph 2, of the Statute.

The Court has, namely, the obligation to take account *ex officio* of the question of such a fundamental importance, which directly derives from, and vice versa, may directly and substantially affect, the equality of the parties. The Court is the guardian of legality for the parties to the case, for which *presumptio juris et de jure* alone is valid — to know the law (*jura novit curia*). As pointed out by Judges Bedjaoui, Guillaume and Ranjeva in their joint declaration in the *Lockerbie* case: “that is for the Court — not the parties — to take the necessary decision” (*Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, *I.C.J. Reports 1998*, p. 36, para. 11).

A contrario, the Court would risk, in a matter which is *ratio legis* proper of the Court’s existence, bringing itself into the position of a passive observer, who only takes cognizance of the arguments of the parties and, then, proceeds to the passing of a decision.

4. The other function is associated with equalization in the part which is concerned with the relations between the Applicant and those respondent States which have no national judges on the Bench.

The respondent States having no judge of their nationality on the Bench have chosen, in the usual procedure, their judges *ad hoc* (Belgium, Canada, Italy and Spain). Only Portugal has not designated its judge *ad hoc*. The Applicant successively raised objections to the appointment of the respondent States’ judges *ad hoc* invoking Article 31, paragraph 5, of the Statute of the Court. The responses of the Court with respect to this question invariably contained the standard phrase “that the Court . . . found that the choice of a judge *ad hoc* by the Respondent is justified in the present phase of the case”.

Needless to say, the above formulation is laconic and does not offer sufficient ground for the analysis of the Court’s legal reasoning. The only element which is subject to the possibility of teleological interpretation is the qualification that the choice of a judge *ad hoc* is “justified in the present phase of the case”. *A contrario*, it is, consequently, possible that such an appointment of a judge *ad hoc* would “not be justified” in some other phases of the case. The qualification referred to above could be interpreted as the Court’s reserve with respect to the choice of judges *ad hoc* by the respondent States, a reserve which could be justifiable on account of the impossibility for the Court to perceive the nature of their interest — whether it is the “same” or “separate” — before the parties set out their positions on the case.

The meanings of equalization as a *ratio legis* institution of judges *ad hoc*, in the case concerning the Applicant and respondent States which

que cinq Etats défendeurs, pas moins, comptaient un juge de leur nationalité sur le siège. Mais il n'est certainement pas possible de considérer que ce cas de figure ôte toute pertinence à la question, même si la République fédérale de Yougoslavie a tacitement admis une telle dérogation flagrante à la lettre et à l'esprit de l'article 31, paragraphe 2, du Statut.

La Cour a, quant à elle, l'obligation de prendre en considération, es qualité, cette question qui est à ce point cruciale, qui découle directement de l'égalité des parties et, à l'inverse, qui risque en outre de porter directement et sensiblement atteinte à l'égalité des parties. La Cour est le gardien de la légalité pour les parties, et, à cette fin, seule est valable la *presumptio juris et de jure* — il faut savoir le droit (*jura novit curia*). Comme l'ont dit trois membres de la Cour, MM. Bedjaoui, Guillaume et Ranjeva, dans la déclaration commune qu'ils ont faite dans l'affaire *Lockerbie*: «il appartient à la Cour et non aux parties de prendre la décision requise» (*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)*, C.I.J. Recueil 1998, p. 36, par. 11).

A contrario, la Cour risquerait, alors que la question relève véritablement de sa raison d'être, de se cantonner dans l'attitude de l'observateur passif, qui se contente de prendre connaissance des thèses des parties, puis se prononce.

4. Le second élément à étudier est celui du rétablissement de l'égalité dans les relations entre le demandeur et les Etats défendeurs qui ne comptent pas de juge national sur le siège.

Les Etats défendeurs ne comptant pas de juge national sur le siège ont, suivant la procédure habituelle, désigné un juge *ad hoc* de leur choix (Belgique, Canada, Espagne et Italie). Seul le Portugal n'a pas désigné de juge *ad hoc*. Le demandeur a successivement soulevé des objections à la désignation de ces juges *ad hoc* des Etats demandeurs en invoquant le paragraphe 5 de l'article 31 du Statut de la Cour. Chaque fois, la Cour a répondu par la formule habituelle: «La Cour, ... est parvenue à la conclusion que la désignation d'un juge *ad hoc* par [le défendeur] se justifiait dans la présente phase de l'affaire».

Certes, la formule est laconique, trop peu détaillée pour permettre d'analyser le raisonnement juridique suivi par la Cour. Le seul élément qui se prête à une interprétation téléologique est le membre de phrase servant à qualifier la désignation d'un juge *ad hoc*, laquelle serait «justifi[ée] dans la présente phase de l'affaire». *A contrario*, il est donc possible que cette désignation de juges *ad hoc* ne soit «pas justifiée» dans certaines autres phases de l'affaire. Cette qualification peut s'interpréter comme une réserve, de la part de la Cour, quant à la désignation de juges *ad hoc* par les Etats défendeurs, réserve qui s'expliquerait par l'impossibilité où se trouverait la Cour de voir, avant qu'elles définissent leur position, quel est l'intérêt des parties — font-elles ou non cause commune?

Le sens à donner au rétablissement de l'égalité entre les parties, puisque c'est la raison d'être de l'institution du juge *ad hoc* dans le cas de

are parties in the same interest, and which do not have a judge *ad hoc* of their nationality on the Bench, have been dealt with in the practice of the Court, in a clear and unambiguous manner.

In the *South West Africa* case (1961) it was established that, if neither of the parties in the same interest has a judge of its nationality among the Members of the Court, those parties, acting in concert, will be entitled to appoint a single judge *ad hoc* (*South West Africa, I.C.J. Reports 1961*, p. 3).

If, on the other hand, among the Members of the Court there is a judge having the nationality of even one of those parties, then no judge *ad hoc* will be appointed (*Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder, P.C.I.J., Series C, No. 17-II*, p. 8; *Customs Régime between Germany and Austria, 1931, P.C.I.J., Series AIB, No. 41*, p. 88).

This perfectly coherent jurisprudence of the Court applied to this particular case means that none of the respondent States were entitled to appoint a judge ad hoc.

Consequently, it may be said that in the present case neither of the two basic functions of the institution of judge *ad hoc* has been applied in the composition of the Court in a satisfactory way. In my opinion, it is a question of the utmost specific weight in view of the fact that, obviously, its meaning is not restricted to the procedure, but that it may have a far-reaching concrete meaning.

II. HUMANITARIAN CONCERN IN THIS PARTICULAR CASE

5. Humanitarian concern, as a basis for the indication of provisional measures, has assumed primary importance in the more recent practice of the Court.

Humanitarian concern has been applied on two parallel tracks in the Court's practice:

(a) *In respect of the individual*

In this regard the cases concerning *LaGrand* (*Germany v. United States of America*) and the *Vienna Convention on Consular Relations* (*Paraguay v. United States of America*) are characteristic.

In both cases the Court evinced the highest degree of sensibility for the humanitarian aspect of the matter, which probably found its full expression in the part of the Application submitted by Germany on 2 March 1999:

“The importance and sanctity of an individual human life are well established in international law. As recognized by Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, every human being has the inherent right to life and this right shall be protected

figure où le demandeur et les Etats défendeurs qui font cause commune ne comptent pas de juge *ad hoc* de leur nationalité sur le siège, a été défini dans la pratique de la Cour de façon très claire, sans la moindre ambiguïté.

Dans l'affaire du *Sud-Ouest africain* (1961), il a été décidé que, au cas où ni l'une ni l'autre des Parties faisant cause commune ne compterait de juge de sa nationalité sur le siège, lesdites Parties auraient la faculté de désigner d'un commun accord un seul juge *ad hoc* (*Sud-Ouest africain, C.I.J. Recueil 1961, p. 3*).

Si, en revanche, la Cour compte parmi ses membres un juge ayant la nationalité d'une des parties, ne serait-ce que de l'une d'elles, il ne sera pas désigné de juge *ad hoc* (*Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder, C.P.J.I. série C n° 17 (II), p. 8; Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche, 1931, C.P.J.I. série A/B n° 41, p. 88*).

Si l'on applique à la présente instance cette jurisprudence parfaitement cohérente de la Cour, aucun des Etats défendeurs n'était habilité à désigner un juge ad hoc.

On peut donc dire qu'en l'espèce, ni l'une ni l'autre des deux fonctions élémentaires de l'institution du juge *ad hoc* n'a été remplie de façon satisfaisante du point de vue de la composition de la Cour. A mon sens, la question revêt un intérêt tout particulier parce que, manifestement, son importance ne se limite pas à la procédure et pourrait avoir une portée concrète de très grande ampleur.

II. LE PROBLÈME HUMANITAIRE EN L'ESPÈCE

5. Les problèmes humanitaires en tant que motif d'indication de mesures conservatoires revêtent une importance primordiale dans la pratique la plus récente de la Cour.

En la matière, la Cour suit deux voies parallèles :

a) *L'intérêt particulier de la personne*

A cet égard, l'affaire *LaGrand* (*Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique*) et l'affaire relative à la *Convention de Vienne sur les relations consulaires* (*Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique*) sont caractéristiques.

Dans les deux affaires, la Cour s'est montrée extrêmement sensible à l'aspect humanitaire de la question à examiner, ce qu'exprime probablement au mieux la requête présentée par l'Allemagne le 2 mars 1999 :

«L'importance et le caractère sacré de la vie humaine sont des principes bien établis du droit international. Comme le reconnaît l'article 6 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, le droit à la vie est inhérent à la personne humaine et ce droit doit

by law.” (*LaGrand (Germany v. United States of America), Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I.C.J. Reports 1999*, p. 12, para. 8).

The following day, the Court already unanimously indicated provisional measures because it found that in question was “a matter of the greatest urgency” (*ibid.*, p. 15, para. 26), which makes it incumbent upon the Court to activate the mechanism of provisional measures in accordance with Article 41 of the Statute of the Court and Article 75, paragraph 1, of the Rules of Court in order: “to ensure that Walter LaGrand is not executed pending the final decision in these proceedings” (*ibid.*, p. 16, para. 29).

Almost identical provisional measures were indicated by the Court in the dispute between Paraguay and the United States of America which had arisen on the basis of the Application submitted by Paraguay on 3 April 1998. On the same day, Paraguay also submitted an “urgent request for the indication of provisional measures in order to protect its rights” (*Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America), Order of 9 April 1998, I.C.J. Reports 1998*, p. 251, para. 6). As early as 9 April 1998 the Court unanimously indicated provisional measures so as to: “ensure that Angel Francisco Breard is not executed pending the final decision in these proceedings” (*ibid.*, p. 258, para. 41).

It is evident that humanitarian concern represented an aspect which brought about unanimity in the Court’s deliberations. This is clearly shown not only by the letter and spirit of both Orders in the above-mentioned cases, but also by the respective declarations and the separate opinion appended to those Orders. In the process, humanitarian considerations seem to have been sufficiently forceful to put aside obstacles standing in the way of the indication of provisional measures. In this respect, the reasoning of the Court’s senior judge, Judge Oda, and that of its President, Judge Schwebel, are indicative.

In paragraph 7 of his declaration appended to the Order of 3 March 1999 in the case concerning *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judge Oda convincingly put forward a series of reasons of a conceptual nature which explained why he “formed the view that, given the fundamental nature of provisional measures, those measures should not have been indicated upon Germany’s request”. But, Judge Oda goes on to “reiterate and emphasize” that he “voted in favour of the Order solely for humanitarian reasons” (*I.C.J. Reports 1999*, p. 20).

President Schwebel, in his separate opinion, has not explicitly stated humanitarian considerations as the reason that guided him in voting for the Order; however, it is reasonable to assume that those were the only considerations which prevailed in this particular case in view of his “profound reservations about the procedures followed both by the Applicant and the Court” (*LaGrand (Germany v. United States of America), Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I.C.J. Reports 1999*, p. 22).

être protégé par la loi.» (*LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 1999, C.I.J. Recueil 1999, p. 12, par. 8.)

Dès le lendemain, à l'unanimité, la Cour a indiqué des mesures conservatoires parce que les circonstances exigeaient qu'elle les «indique» de toute urgence (*ibid.*, p. 15, par. 26), de sorte qu'il lui incombait de mettre en train le mécanisme voulu conformément à l'article 41 de son Statut et de l'article 75, paragraphe 1, de son Règlement, «pour que M. Walter LaGrand ne soit pas exécuté tant que la décision définitive en la présente instance n'aura pas été rendue» (*ibid.*, p. 16, par. 29).

La Cour a indiqué des mesures conservatoires quasiment identiques dans le différend opposant le Paraguay et les Etats-Unis d'Amérique à la suite de la requête présentée par le Paraguay le 3 avril 1998. Le même jour, le Paraguay a également présenté «une demande urgente en indication de mesures conservatoires à l'effet de protéger ses droits» (*Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique)*, ordonnance du 9 avril 1998, C.I.J. Recueil 1998, p. 251, par. 6). Et dès le 9 avril 1998, à l'unanimité, la Cour a indiqué des mesures conservatoires «pour que M. Angel Francisco Breard ne soit pas exécuté tant que la décision définitive en la présente instance n'aura pas été rendue» (*ibid.*, p. 258, par. 41).

Il est évident que c'est à cause de l'aspect humanitaire du problème que l'unanimité a été réalisée au sein de la Cour. On en voit clairement la preuve non seulement dans la lettre et l'esprit des deux ordonnances rendues dans ces deux affaires, mais aussi dans les déclarations ainsi que dans l'opinion individuelle qui leur ont été jointes. En l'occurrence, les considérations humanitaires ont été, semble-t-il, assez fortes pour lever les obstacles qui s'opposaient à l'indication de mesures conservatoires. Le raisonnement du doyen de la Cour, M. Oda, et celui de son président, M. Schwebel, sont significatifs.

Au paragraphe 7 de la déclaration qu'il joint à l'ordonnance du 3 mars 1999 dans l'affaire *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, M. Oda énonce de façon convaincante une série de motifs d'ordre théorique qui l'«ont conduit à penser qu'il n'y avait pas lieu d'indiquer les mesures conservatoires demandées par l'Allemagne, eu égard au caractère fondamental de telles mesures». Mais, M. Oda tient à «rappel[er] avec force [que s'il a] voté en faveur de l'ordonnance, c'est uniquement pour des motifs humanitaires» (C.I.J. Recueil 1999, p. 20).

Dans son opinion individuelle, le président de la Cour, M. Schwebel, n'a pas expressément déclaré qu'il s'était inspiré de considérations humanitaires pour voter en faveur de l'ordonnance, mais il est raisonnable de penser que ce sont les seules considérations qui ont prévalu en l'espèce, puisqu'il avait «de profondes réserves quant à la manière de procéder tant de la Partie requérante que de la Cour» (*LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 1999, C.I.J. Recueil 1999, p. 22).

As far as the Applicant is concerned:

“Germany could have brought its Application years ago, months ago, weeks ago or days ago. Had it done so, the Court could have proceeded as it has proceeded since 1922 and held hearings on the request for provisional measures. But Germany waited until the eve of execution and then brought its Application and request for provisional measures, at the same time arguing that no time remained to hear the United States and that the Court should act *proprio motu*.” (*I.C.J. Reports 1999*, p. 22.)

The Court, for its part, indicated provisional measures, as President Schwebel put it, “on the basis only of Germany’s Application”.

(b) *In respect of a group of individuals or the population as a constitutive element of the State*

The protection of the citizens emerged as an issue in the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*:

“In its submission, Nicaragua emphasized the death and harm that the alleged acts had caused to Nicaraguans and asked the Court to support, by provisional measures, ‘the rights of Nicaraguan citizens to life, liberty and security’.” (R. Higgins, “Interim Measures for the Protection of Human Rights”, in *Politics, Values and Functions, International Law in the 21st Century*, 1997, Charney, Anton, O’Connell, eds., p. 96.)

In the *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)* case, the Court found the source for provisional measures in:

“incidents . . . which not merely are likely to extend or aggravate the dispute but comprise a resort to force which is irreconcilable with the principle of the peaceful settlement of international disputes” (*Frontier Dispute, Provisional Measures, Order of 10 January 1986, I.C.J. Reports 1986*, p. 9, para. 19).

Humanitarian concern in this particular case was motivated by the risk of irreparable damage:

“the facts that have given rise to the requests of both Parties for the indication of provisional measures expose the persons and property in the disputed area, as well as the interests of both States within that area, to serious risk of irreparable damage” (*ibid.*, p. 10, para. 21).

It can be said that in the cases referred to above, in particular those in which individuals were directly affected, the Court formed a high stand-

Et, en ce qui concerne le demandeur, M. Schwebel a dit ceci :

« L'Allemagne aurait pu présenter sa requête des années, des mois, des semaines, voire quelques jours plus tôt. L'eût-elle fait, la Cour eut pu procéder comme elle le fait depuis 1922 et tenir des audiences sur la demande en indication de mesures conservatoires. Mais l'Allemagne a attendu la veille de l'exécution pour présenter sa requête et sa demande en indication de mesures conservatoires, en faisant valoir par la même occasion que la Cour n'avait plus le temps d'entendre les États-Unis et devrait agir d'office. » (*C.I.J. Recueil 1999*, p. 22.)

De son côté, la Cour a indiqué des mesures conservatoires en s'appuyant, comme le dit M. Schwebel, président de la Cour, « exclusivement » sur la requête de l'Allemagne.

b) *L'intérêt collectif d'un groupe ou d'une population en tant qu'élément constitutif de l'Etat*

La protection de la population nationale est devenue question litigieuse dans l'affaire relative aux *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et à l'encontre de celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)* :

« Dans sa conclusion, le Nicaragua a insisté sur les morts, sur les dommages que les actes allégués ont causés chez les Nicaraguayens et a demandé à la Cour de soutenir, au moyen de mesures conservatoires, « les droits des citoyens nicaraguayens à la vie, à la liberté et à la sécurité. » (R. Higgins, « Interim Measures for the Protection of Human Rights », dans Charney, Anton, O'Connell (dir. publ.), *Politics, Values and Functions, International Law in the 21st Century*, 1997, p. 96.)

Dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, la Cour, pour indiquer des mesures conservatoires, s'est fondée sur des :

« incidents qui, non seulement sont susceptibles d'étendre ou d'aggraver le différend, mais comportent un recours à la force inconciliable avec le principe du règlement pacifique des différends internationaux » (*Différend frontalier, mesures conservatoires, ordonnance du 10 janvier 1986, C.I.J. Recueil 1986*, p. 9, par. 19).

En l'espèce, la préoccupation humanitaire était motivée par le risque de préjudice irréparable :

« les faits qui sont à l'origine des demandes des deux Parties en indication de mesures conservatoires exposent les personnes et les biens se trouvant dans la zone litigieuse, ainsi que les intérêts des deux États dans cette zone, à un risque sérieux de préjudice irréparable » (*ibid.*, p. 10, par. 21).

On peut dire que, dans les affaires évoquées ci-dessus, en particulier celles dans lesquelles des individus étaient directement concernés, la Cour s'est

ard of humanitarian concern in the proceedings for the indication of interim measures, a standard which commanded sufficient inherent strength to brush aside also some relevant, both procedural and material, rules governing the institution of provisional measures. Thus, humanitarian considerations, independently from the norms of international law regulating human rights and liberties, have, in a way, gained autonomous legal significance; they have transcended the moral and philanthropic sphere, and entered the sphere of law.

6. In the case at hand, it seems that “humanitarian concern” has lost the acquired autonomous legal position. This fact needs to be stressed in view of the special circumstances of this case.

Unlike the cases referred to previously, “humanitarian concern” has as its object the fate of an entire nation, in the literal sense. Such a conclusion may be inferred from at least two elements:

— *primo*, the Federal Republic of Yugoslavia and its national and ethnic groups have been subjected for more than two months now to continued attacks of a very strong, highly organized air armada of the most powerful States of the world. The aim of the attack is horrifying, judging by the words of the Commander-in-Chief, General Wesley Clark, and he ought to be believed:

“We’re going to systematically and progressively attack, disrupt, degrade, devastate, and ultimately, unless President Milosević complies with the demands of the international community, we’re going to completely destroy his forces and their facilities and support.” (BBC News, <http://news.bbc.co.uk/english/static/NATOGallery/airdefault.stm/14> May 1999).

“Support” is interpreted, in broad terms, extensively; to the point which raises the question of the true object of the air attacks. In an article entitled “Belgrade People Must Suffer” Michael Gordon quotes the words of General Short that he “hopes the distress of the public will, must undermine support for the authorities in Belgrade” (*International Herald Tribune*, 16 May 1999, p. 6) and he continued:

“I think no power to your refrigerator, no gas to your stove, you can’t get to work because bridge is down — the bridge on which you held your rock concerts and you all stood with targets on your heads. That needs to disappear at three o’clock in the morning.” (*Ibid.*)

That these are not empty words is testified by destroyed bridges, power plants without which there is no electricity, water supply and production

appuyée sur une norme humanitaire supérieure dans le cadre de la procédure en indication de mesures conservatoires, une norme qui avait suffisamment de force intrinsèque pour que l'on déroge à certaines règles pertinentes, règles de procédure et règles de fond, qui régissent l'institution des mesures conservatoires. En somme, les considérations humanitaires, indépendamment des normes du droit international qui règlent les droits de l'homme et ses libertés, ont en quelque sorte acquis un rôle juridique autonome; ces considérations ont désormais franchi les limites du domaine moral et philanthropique pour entrer dans le domaine du droit.

6. En l'espèce, il semble pourtant que la préoccupation «humanitaire» ait perdu l'autonomie acquise sur le plan juridique. Vu les circonstances particulières de l'instance, il convient de s'arrêter sur ce fait.

A la différence des affaires évoquées précédemment, le «problème humanitaire» porte ici, littéralement, sur le sort de toute une nation. Nous aboutissons à cette conclusion à partir de deux éléments au moins:

En premier lieu, la République fédérale de Yougoslavie et ses groupes nationaux et ethniques sont soumis depuis plus de deux mois à présent aux attaques constantes d'une armada aérienne très forte, extrêmement organisée, appartenant aux Etats les plus puissants du monde. La finalité de cette attaque a de quoi horrifier, si l'on en juge par les paroles du commandant en chef, le général Wesley Clark, et il n'y a pas lieu de douter de ce qu'il dit:

«Systématiquement et progressivement, nous allons attaquer, ébranler, dégrader, dévaster, et finalement, sauf si le président Milosević se plie aux exigences de la communauté internationale, nous allons détruire intégralement ses forces armées et leur ôter toutes leurs infrastructures et toutes leurs bases de soutien» (BBC News, [http://news.bbc.co.uk/english/static.NATOGallery/air/default.stml](http://news.bbc.co.uk/english/static/NATOGallery/air/default.stml) 14 mai 1999).

En l'occurrence, le terme «soutien» revêt un sens très large, au point que l'on peut se demander quel est vraiment l'objet des attaques aériennes. Dans un article intitulé «La population de Belgrade doit souffrir», Michael Gordon cite le général Short qui dit «espérer que la détresse de la population va saper, qu'elle doit saper, le soutien dont bénéficient les autorités de Belgrade» (*International Herald Tribune*, 16 mai 1999, p. 6) et il poursuit:

«Il n'y aura plus d'électricité pour votre frigo, plus de gaz pour votre cuisinière, vous ne pourrez plus aller au travail parce que le pont est démoli — ce pont sur lequel vous avez organisé vos concerts rock et sur lequel vous vous êtes massés avec des cibles sur la tête. Tout cela disparaît à 3 heures du matin.» (*Ibid.*)

Il ne s'agissait pas là de paroles en l'air, comme en témoignent les ponts démolis, la disparition de centrales électriques, de l'adduction d'eau, des

of foodstuffs essential for life; destroyed roads and residential blocks and family homes; hospitals without electricity and water and, above all, human beings who are exposed to bombing raids and who, as is rightly stressed in the Application in the *LaGrand (Germany v. United States of America)* case, have the “inherent right to life” (International Covenant on Civil and Political Rights, Art. 6), whose importance and sanctity are well established in international law. In the inferno of violence, they are but “collateral damage”.

— *secundo*, the arsenal used in the attacks on Yugoslavia contains also weapons whose effects have no limitations either in space or in time. In the oral proceedings before the Court, the Agent of the United States explicitly stressed that depleted uranium is in standard use of the United States Army (CR 99/24, p. 21).

The assessment of the effects of depleted uranium should be left to science. The report by Marvin Resnikoff of Radioactive Management Associates on NMI elaborated upon these effects:

“Once inhaled, fine uranium particles can lodge in the lung alveolar and reside there for the remainder of one’s life. The dose due to uranium inhalation is cumulative. A percentage of inhaled particulates may be coughed up, then swallowed and ingested. Smoking is an additional factor that needs to be taken into account. Since smoking destroys the cilia, particles caught in a smoker’s bronchial passages cannot be expelled. Gofman estimates that smoking increases the radiation risk by a factor of 10. Uranium emits an alpha particle, similar to a helium nucleus, with two electrons removed. Though this type of radiation is not very penetrating, it causes tremendous tissue damage when internalized. When inhaled, uranium increases the probability of lung cancer. When ingested, uranium concentrates in the bone. Within the bone, it increases the probability of bone cancer, or, in the bone marrow, leukemia. Uranium also resides in soft tissue, including the gonads, increasing the probability of genetic health effects, including birth defects and spontaneous abortions. The relationship between uranium ingested and the resultant radiation doses to the bone marrow and specific organs . . . are listed in numerous references.

The health effects are also age-specific. For the same dose, children have a greater likelihood than adults of developing cancer.” (*Uranium Battlefields Home & Abroad: Depleted Uranium Use by the U.S. Department of Defense*, Rural Alliance for Military Accountability *et al.*, March 1993, pp. 47-48.)

A scientific analysis of the concrete effects of armed operations against

productions alimentaires indispensables à la vie; comme en témoigne la destruction de routes, d'immeubles résidentiels, de maisons d'habitation unifamiliales; comme en témoignent les hôpitaux privés d'électricité et d'eau et, par-dessus tout, ces êtres humains qui sont exposés aux bombardements et qui, comme le disait si bien la requête dans l'affaire *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, ont un «droit à la vie inhérent à la personne humaine» (pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 6), dont l'importance et le caractère sacré sont des principes bien établis du droit international. Dans l'enfer de la violence, ce ne sont plus là que des «dommages collatéraux».

En second lieu, l'arsenal qui sert aux attaques lancées contre la Yougoslavie contient certaines armes dont les effets sont quasi illimités dans l'espace et dans le temps. Au cours de la procédure orale, l'agent des Etats-Unis a nettement précisé que l'uranium appauvri est régulièrement utilisé par l'armée des Etats-Unis (CR 99/24, p. 17).

Il convient de laisser les scientifiques évaluer les effets de l'uranium appauvri. Le rapport de Marvin Resnikoff, qui travaille pour Radioactive Management Associates (NMI) dit quels sont ces effets:

«Une fois inhalées, de fines particules d'uranium peuvent se loger dans les alvéoles du poumon et y rester jusqu'à la fin de votre vie. La dose inhalée est cumulative. Une certaine fraction des particules inhalées peut être expectorée puis avalée et ingérée. Si l'intéressé fume, il faut prendre cet élément en considération. Comme fumer détruit les franges ciliaires, les particules capturées dans les passages bronchiques du fumeur ne peuvent pas être expulsées. Gofman estime que, chez les fumeurs, le risque dû à l'irradiation est ainsi multiplié par dix. L'uranium émet une particule alpha, analogue à un noyau d'hélium amputé de deux électrons. Les rayonnements de ce type ne pénètrent pas très profondément, mais, une fois à l'intérieur du corps, ils causent beaucoup de dommages aux tissus. Quand il est inhalé, l'uranium accroît les probabilités de cancer du poumon. Quand il est ingéré, l'uranium se concentre dans les os. A l'intérieur des os, il augmente les probabilités de cancer des os, ou bien, dans la moelle, les probabilités de leucémie. L'uranium réside aussi dans les tissus mous, y compris les gonades, ce qui accroît les probabilités de conséquences génétiques, sous forme notamment d'anomalies génétiques et d'avortements spontanés. Le rapport qui existe entre l'uranium ingéré et les doses d'irradiation qui en résultent pour la moelle osseuse et certains organes ... figurent dans beaucoup d'études citées en référence.

Les effets de l'uranium sur la santé sont également fonction de l'âge. Pour une même dose, l'enfant court de plus grands risques de cancer que l'adulte.» (*Uranium Battlefields Home & Abroad: Depleted Uranium Use by the U.S. Department of Defense*, Rural Alliance for Military Accountability, *et al.*, mars 1993, p. 47-48.)

L'Office fédéral allemand de l'environnement (Umweltbundesamt) a

Yugoslavia has been presented by Umweltbundesamt (UBA). The essentials of the expertise are as follows¹:

[Translation by the Registry]

“The longer the war in Yugoslavia lasts, the greater the risk of long-term damage to the environment. Such damage threatens to extend beyond national frontiers, and it may no longer be possible fully to make it good. The Federal Environmental Agency [Umweltbundesamt (UBA)] comes to this conclusion in an internal paper examining the ecological consequences of the war in Yugoslavia, prepared for the meeting of European Environment Ministers at the beginning of May in Weimar. Catastrophes ‘like Seveso and Sandoz’ are, in the opinion of the Agency, ‘a perfectly probable damage scenario’.

¹ “Je länger der Krieg in Jugoslawien dauert, desto grösser wird die Gefahr von langfristigen Schädigungen der Umwelt. Diese drohen sich über die Landesgrenzen hinaus auszubreiten und können möglicherweise nicht mehr vollständig beseitigt werden. Zu dieser Einschätzung kommt das Umweltbundesamt (UBA) in einem internen Papier, das sich mit den ökologischen Auswirkungen des Krieges in Jugoslawien befasst und für die Vorbereitung des Treffens europäischer Umweltminister Anfang Mai in Weimar erstellt wurde. Katastrophen ‘wie Seveso und Sandoz’ sind nach Ansicht des Amtes ‘ein durchaus wahrscheinliches Schadenszenario’.

Umweltgifte, die nach Zerstörungen von Industrieanlagen austreten, könnten sich weiter ausbreiten. ‘Bei Sicherstellung sofortigen Handelns, das unter Kriegsbedingungen aber unmöglich ist, bleibt die Wirkung dieser Umweltschädigungen lokal begrenzt. Längere Verzögerungen führen zu einem Übertritt der Schadstoffe in die Schutzgüter Boden, Grund- und Oberflächenwasser, erhöhen das Gefährdungspotential für den Menschen und den Sanierungsaufwand beträchtlich.’

Diese Folgen müssen nicht auf Jugoslawien beschränkt sein. Schadstoffe aus Grossbränden könnten grenzüberschreitend verteilt werden. Weiter heisst es in dem Papier: ‘Die Einleitung der Gefahrstoffe in Oberflächenwasser kann zur weiträumigen Schädigung der Ökosysteme führen. Die Deposition von Gefahrstoffen in Böden kann je nach Eigenschaft der Stoffe und Böden zu langanhaltenden Versuchungen mit weitgehenden Nutzungseinschränkungen führen.’

Die Gefahr einer ‘tiefgreifenden Zerstörung wesentlicher Bestandteile von Trinkwasserversorgungssystemen’ sei für mittlere und grosse Städte sowie Ballungsgebiete am grössten. Schon geringe Mengen von Substanzen der petrochemischen Industrie könnten ‘grosse Grundwasservorräte unbrauchbar machen’.

Wie gefährlich die freigesetzten Stoffe insgesamt sind, lässt sich nach Ansicht der UBA-Experten nur schwer abschätzen. ‘weil durch die Zerstörung ganzer Industriekomplexe Mischkontaminationen verschiedenster Schadstoffe gebildet werden’, die noch wenig erforscht seien. Noch komplizierter sei die Beurteilung von Umweltschäden durch Brände und Explosionen. ‘Hier treten bezogen auf Schadstoffinventar und Ausbreitung weit weniger kalkulierbare, zum Teil grossflächige Umweltschädigungen ein.’

Die Verbrennungsprodukte seien ‘zum Teil hoch toxisch und kanzerogen’. Je nach klimatischen Bedingungen könne es ‘zu einer grossflächigen Verteilung dieser Stoffe’ kommen, ‘die eine vollständige Beseitigung nahezu unmöglich macht’ . . .

Die Wechselwirkungen der Produkte mit den eingesetzten Waffen dürften ‘völlig unbekannt’ sein.” (TAZ, *Die Tageszeitung*, Berlin, 20 May 1999.)

présenté une analyse scientifique des effets concrets imputables aux opérations armées contre la Yougoslavie. Ce rapport d'expert dit essentiellement ceci¹:

[Traduction du Greffe]

«Plus la guerre en Yougoslavie dure et plus le risque de dommages à long terme à l'environnement s'aggrave. Ces dommages menacent de s'étendre au-delà des frontières de la Yougoslavie et peut-être est-il déjà trop tard pour qu'on puisse les éradiquer. C'est à cette conclusion que parvient l'Office fédéral allemand de l'environnement (*Umweltbundesamt*) dans un document interne examinant les conséquences pour l'environnement de la guerre en Yougoslavie, établi en vue de la réunion des ministres européens de l'environnement début mai à Weimar. Des catastrophes du type de celles de Seveso et de Sandoz constituent, selon l'Office, «un scénario éminemment probable».

¹ «Je länger der Krieg in Jugoslawien dauert, desto grösser wird die Gefahr von langfristigen Schädigungen der Umwelt. Diese drohen sich über die Landesgrenzen hinaus auszubreiten und können möglicherweise nicht mehr vollständig beseitigt werden. Zu dieser Einschätzung kommt das Umweltbundesamt (UBA) in einem internen Papier, das sich mit den ökologischen Auswirkungen des Krieges in Jugoslawien befasst und für die Vorbereitung des Treffens europäischer Umweltminister Anfang Mai in Weimar erstellt wurde. Katastrophen 'wie Seveso und Sandoz' sind nach Ansicht des Amtes 'ein durchaus wahrscheinliches Schadensszenario'.

Umweltgifte, die nach Zerstörungen von Industrieanlagen austreten, könnten sich weiter ausbreiten. 'Bei Sicherstellung sofortigen Handelns, das unter Kriegsbedingungen aber unmöglich ist, bleibt die Wirkung dieser Umweltschädigungen lokal begrenzt. Längere Verzögerungen führen zu einem Übertritt der Schadstoffe in die Schutzgüter Boden, Grund- und Oberflächenwasser, erhöhen das Gefährdungspotential für den Menschen und den Sanierungsaufwand beträchtlich.'

Diese Folgen müssen nicht auf Jugoslawien beschränkt sein. Schadstoffe aus Grossbränden könnten grenzüberschreitend verteilt werden. Weiter heisst es in dem Papier: 'Die Einleitung der Gefahrstoffe in Oberflächenwasser kann zur weiträumigen Schädigung der Ökosysteme führen. Die Deposition von Gefahrstoffen in Böden kann je nach Eigenschaft der Stoffe und Böden zu langanhaltenden Versuchungen mit weitgehenden Nutzungseinschränkungen führen.'

Die Gefahr einer 'tiefgreifenden Zerstörung wesentlicher Bestandteile von Trinkwasserversorgungssystemen' sei für mittlere und grosse Städte sowie Ballungsgebiete am grössten. Schon geringe Mengen von Substanzen der petrochemischen Industrie könnten 'grosse Grundwasservorräte unbrauchbar machen'.

Wie gefährlich die freigesetzten Stoffe insgesamt sind, lässt sich nach Ansicht der UBA-Experten nur schwer abschätzen, 'weil durch die Zerstörung ganzer Industriekomplexe Mischkontaminationen verschiedenster Schadstoffe gebildet werden', die noch wenig erforscht seien. Noch komplizierter sei die Beurteilung von Umweltschäden durch Brände und Explosionen. 'Hier treten bezogen auf Schadstoffinventar und Ausbreitung weit weniger kalkulierbare, zum Teil grossflächige Umweltschädigungen ein.'

Die Verbrennungsprodukte seien 'zum Teil hoch toxisch und kanzerogen'. Je nach klimatischen Bedingungen könne es 'zu einer grossflächigen Verteilung dieser Stoffe' kommen, 'die eine vollständige Beseitigung nahezu unmöglich macht' ...

Die Wechselwirkungen der Produkte mit den eingesetzten Waffen dürften 'völlig unbekannt' sein.» (TÄZ, *Die Tageszeitung*, Berlin, 20 mai 1999.)

Environmental toxins released by the destruction of industrial plant could spread further. 'If immediate action is taken, which is, however, impossible under war conditions, the effect of this environmental damage will remain restricted to local level. Longer delays will result in toxic substances passing into the soil, groundwater and surface water, and substantially increase the potential danger to man, and the cost of cleansing operations.'

These consequences are not necessarily limited to Yugoslavia. Harmful substances deriving from major conflagrations can be diffused beyond frontiers. The paper continues: 'Passage of harmful substances into surface water can lead to extensive damage to ecosystems. The deposition of hazardous substances in the soil can, depending on the nature of those substances and of the soil, result in long-term contamination, imposing far-reaching limitations upon utilization.'

The danger of 'extensive destruction of essential components of drinking-water supply networks' is biggest with regard to middle-sized and large cities and conurbations. Even small amounts of substances from the petrochemical industry can render 'extensive groundwater reserves unusable'.

According to the Federal Environmental Agency experts, the overall risk posed by the substances released is difficult to assess, 'because the destruction of entire industrial complexes results in mixed contamination by a wide variety of harmful substances' — an area in which there has as yet been little research. Even more problematic, in the experts' view, is the assessment of environmental damage caused by fires and explosions. 'Here, in terms of identification of the harmful substances involved and the possibility of their diffusion, environmental damage is far harder to predict, but will on occasion be extensive.'

The substances produced by the fires are described as 'in part highly toxic and carcinogenic'. Depending on climatic conditions, 'widespread diffusion of these substances' could occur, 'which would render full cleansing almost impossible'.

The effects of the interaction of those substances with the weapons employed were said to be 'completely unknown'." (TAZ, *Die Tageszeitung*, Berlin, 20 May 1999.)

Therefore, it is my profound conviction, that the Court is, *in concreto*, confronted with an uncontestable case of "extreme urgency" and "irreparable harm", which perfectly coincides, and significantly transcends the

Les substances toxiques pour l'environnement libérées à la suite de la destruction d'installations industrielles pourraient se propager à une plus grande distance. L'adoption de mesures immédiates — impossible toutefois en temps de guerre — permettrait de contenir localement ces atteintes à l'environnement. Plus le temps s'écoulera et plus ces substances se répandront dans le sol, les eaux souterraines et les eaux de surface, d'où une augmentation considérable des risques pour l'homme et du coût des opérations de nettoyage.

Ces conséquences ne sont pas nécessairement limitées à la Yougoslavie. Les substances toxiques dégagées à la suite d'incendies majeurs peuvent se répandre au-delà des frontières. Et l'auteur du document d'ajouter: «La migration de substances dangereuses dans les eaux de surface peut causer de graves dommages aux écosystèmes. Le dépôt de substances dangereuses dans le sol peut entraîner, selon la nature des substances et des sols, une contamination à long terme, faisant radicalement obstacle à l'utilisation des sols.»

Le risque d'une «destruction à grande échelle des éléments essentiels du réseau d'approvisionnement en eau potable» est plus lourd pour les villes moyennes, les grandes villes et les zones de concentration urbaine. De faibles quantités de substances émanant d'installations pétrochimiques suffisent à rendre inutilisables d'importantes réserves d'eaux souterraines».

Selon les experts de l'Office fédéral de l'environnement, il est très difficile d'apprécier dans son ensemble le risque que représentent les substances libérées dans l'environnement, «car la destruction de complexes industriels entiers entraîne une pollution provoquée par un véritable cocktail de substances toxiques», sur laquelle les recherches n'ont guère porté jusqu'à présent. L'évaluation des dommages causés à l'environnement par les incendies et les explosions est encore plus délicate, estiment les experts. «Il est beaucoup plus difficile en pareil cas, du fait des problèmes liés à l'identification des substances toxiques et au risque de les voir se répandre, de prédire les dommages à l'environnement, qui seront parfois considérables.»

Certaines des substances libérées dans l'atmosphère à la suite des incendies sont qualifiées de «très toxiques et cancérogènes». En fonction des conditions climatiques ambiantes, «ces substances pourraient diffuser très largement», de sorte qu'«une décontamination complète serait quasi impossible».

Quant à l'interaction de ces produits avec les armes utilisées, on en «ignorerait totalement» les effets.» (TAZ, *Die Tageszeitung*, Berlin, numéro du 20 mai 1999.)

Je suis par conséquent profondément convaincu que la Cour se trouve concrètement face à une affaire imposant incontestablement d'agir «de toute urgence» et où l'on court le risque d'un «préjudice irréparable».

substance of humanitarian standards which the Court has accepted in previous cases.

7. I must admit that I find entirely inexplicable the Court's reluctance to enter into serious consideration of indicating provisional measures in a situation such as this crying out with the need to make an attempt, regardless of possible practical effects, to at least alleviate, if not eliminate, an undeniable humanitarian catastrophe. I do not have in mind provisional measures in concrete terms as proposed by the Federal Republic of Yugoslavia, but provisional measures in general: be they provisional measures *proprio motu*, different from those proposed by the Federal Republic of Yugoslavia or, simply, an appeal by the President of the Court, as was issued on so many occasions in the past, in less difficult situations, on the basis of the spirit of Article 74, paragraph 4, of the Rules of Court.

One, unwillingly, acquires the impression that for the Court in this particular case the indication of any provisional measures whatever has been *terra prohibita*. *Exempli causa*, the Court, in paragraph 18 of the Order, says that it:

“deems it necessary to emphasize that all parties appearing before it must act in conformity with their obligations under the United Nations Charter and other rules of international law including humanitarian law”.

or, in paragraph 48 of the Order, that the Parties: “should take care not to aggravate or extend the dispute”, and it is obvious that both the above pronouncements of the Court have been designed within the model of general, independent provisional measures.

III. JURISDICTIONAL ISSUES

Jurisdiction of the Court Ratione Personae

8. The membership of Federal Republic of Yugoslavia in the United Nations is in the present case one of the crucial issues within the jurisdiction of the Court *ratione personae*.

The respondent State, when referring to the United Nations resolution 777 (1992) of 19 September 1992 and to the United Nations General Assembly resolution 47/1 of 22 September 1992, also contends that “the Federal Republic of Yugoslavia cannot be considered, as it claims, to be the continuator State of the former Socialist Federative Republic of Yugoslavia”, and that, not having duly acceded to the Organization, it is not a Member thereof, is not a party to the Statute of the Court and cannot appear before the Court.

affaire qui répond parfaitement, quant au fond, aux normes humanitaires que la Cour a retenues dans certains précédents; à cet égard, la présente instance se situe même à un niveau nettement supérieur.

7. Pour être franc, je dois dire que je trouve totalement inexplicable que la Cour veuille s'abstenir d'étudier sérieusement la possibilité d'indiquer des mesures conservatoires alors que la situation impose de façon aussi criante de tenter à tout le moins, indépendamment des effets pratiques éventuels de la tentative, d'atténuer, sinon de supprimer, un danger incontestable de catastrophe humanitaire. Je n'envisage pas ici des mesures conservatoires qui prendraient concrètement la forme proposée par la République fédérale de Yougoslavie, j'envisage des mesures conservatoires en général: la Cour peut proposer d'office d'autres mesures conservatoires que celles qui sont proposées par la République fédérale de Yougoslavie, ou elle peut se contenter d'un appel lancé par le président, comme elle l'a fait si souvent déjà, dans des situations moins difficiles, en s'inspirant de l'article 74, paragraphe 4, de son Règlement.

Sans le vouloir, on a ici l'impression que, pour la Cour en l'espèce, l'indication de mesures conservatoires, sous quelque forme que ce soit, lui a semblé interdite. Par exemple, au paragraphe 19 de l'ordonnance, la Cour:

«estime nécessaire de souligner que toutes les parties qui se présentent devant elle doivent agir conformément à leurs obligations en vertu de la Charte des Nations Unies et des autres règles du droit international, y compris du droit humanitaire»,

ou bien elle dit, au paragraphe 49, que les Parties: «doivent veiller à ne pas aggraver ni étendre le différend», et il est manifeste que, dans les deux cas, la Cour s'est inspirée d'un type de mesures conservatoires de caractère général et indépendant.

III. LES QUESTIONS DE COMPÉTENCE

La compétence de la Cour ratione personae

8. La qualité d'Etat Membre des Nations Unies de la République fédérale de Yougoslavie est, dans la présente instance, l'une des questions cruciales qui se posent pour la compétence de la Cour *ratione personae*.

L'Etat défendeur, invoquant la résolution 777 (1992) [du Conseil de sécurité] en date du 19 septembre 1992 ainsi que la résolution 47/1 de l'Assemblée générale des Nations Unies en date du 22 septembre 1992, soutient que la République fédérale de Yougoslavie ne peut pas être considérée, contrairement à ce qu'elle prétend, comme l'Etat successeur de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie et que, n'ayant pas dûment adhéré à l'Organisation, elle n'en est pas Etat Membre, n'est pas partie au Statut de la Cour et ne peut pas comparaître devant celle-ci.

It is worth noting that the respondent State did not invoke this argument with respect to the Genocide Convention as another basis of jurisdiction invoked by the Applicant, although the connection between the legal identity and continuity of the Federal Republic of Yugoslavia with the status of the Contracting Party of the Genocide Convention is obvious (see para. 12, below). One can guess the reasons for the State to take such a position.

Sedes materiae the question of the Federal Republic of Yugoslavia's membership in the United Nations can be reduced to a couple of qualifications:

8.1. *General Assembly resolution 47/11 was adopted for pragmatic, political purposes*

The adoption of that resolution cannot, in my opinion, be divorced from the main political stream taking place in international institutions during the armed conflict in the former Yugoslavia. It appears that as a political body the General Assembly of the United Nations, as well as the Security Council which recommended that the Assembly adopt resolution 47/11, perceived such a resolution as one of political means to achieve the desirable solution to the relevant issues in the crisis unfolding in the former Yugoslavia.

Such a conclusion relies on the fact that in adopting resolution 47/11, the General Assembly basically followed the opinions of the so-called Badinter Commission engaged as an advisory body in the work of the Conference on Yugoslavia with the aim of finding a peaceful solution to the relevant issues. In its Opinions No. 1 and No. 8, the Commission elaborates the point on territorial changes in the former Yugoslavia which has, in its opinion, resulted in the emergence of six equal, independent State entities corresponding in territory to the Republics as the constituent parts of the Yugoslav Federation. In its Opinion No. 9 the Commission proceeds from the point of finalization of the "process of break up of SFRY" and elaborates on the effects of the alleged break up from the standpoint of succession of States. In that context, it, *inter alia*, established

"the need to terminate SFRY's membership status in international organizations in keeping with their statutes and that not a single successor state may claim for itself the rights enjoyed until then by the former SFRY as its member state" (The Peace Conference on Yugoslavia, Arbitration Commission, Opinion No. 9, para. 4).

Introducing draft resolution 47/L.1, Sir David Hannay (United Kingdom) said, *inter alia*,

"the fact that the Council is ready to consider the matter again

Il y a lieu de noter que l'Etat défendeur n'a pas invoqué le même argument au sujet de la convention sur le génocide qui est pour le demandeur une autre base de compétence, alors qu'il y a manifestement un lien entre l'identité et la continuité, sur le plan juridique, de la République fédérale de Yougoslavie, d'une part, et, de l'autre, son statut de partie contractante à la convention sur le génocide (voir paragraphe 12 ci-après). On peut deviner les raisons qui expliquent cette attitude de l'Etat demandeur.

Sedes materiae, la question de la qualité d'Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies dont jouit ou non la République fédérale de Yougoslavie peut se ramener à deux éléments.

8.1. *La résolution 47/1 de l'Assemblée générale a été adoptée à des fins pragmatiques et politiques*

Il est impossible à mon avis de dissocier l'adoption de cette résolution du grand courant politique qui animait les organisations internationales lors du conflit armé qui a éclaté dans l'ex-Yougoslavie. En tant qu'organe politique, l'Assemblée générale des Nations Unies, de même que le Conseil de sécurité qui a recommandé que l'Assemblée adopte la résolution 47/1, a, semble-t-il, conçu cette résolution comme un moyen politique de parvenir à résoudre la crise sous ses différents aspects.

J'en donnerai pour preuve qu'en adoptant la résolution 47/1, l'Assemblée générale a essentiellement suivi les avis de ce qu'on a appelé la commission Badinter, laquelle a servi d'organe consultatif pendant les travaux de la conférence sur la Yougoslavie et était chargée de trouver une solution pacifique aux différents problèmes. Dans ses avis n° 1 et n° 8, la commission développe la question des transformations territoriales dans l'ex-Yougoslavie, lesquelles aboutissent à l'apparition de six entités étatiques égales et indépendantes correspondant du point de vue territorial aux républiques qui étaient des éléments constitutifs de la Fédération yougoslave. Dans son avis n° 9, la commission part de cette désintégration définitive de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie et dit en détail quels effets il faut en attendre du point de vue de la succession d'Etats. Elle dit notamment à ce sujet que :

«il faut mettre fin à la qualité d'Etat membre de la République fédérative socialiste de Yougoslavie dans les organisations internationales, conformément au statut de ces dernières, et qu'aucun Etat successeur ne pourra se prévaloir des droits qu'exerçait jusqu'alors l'ex-République fédérative socialiste de Yougoslavie en cette qualité d'Etat membre» (conférence de la paix sur la Yougoslavie, commission arbitrale, avis n° 9, par. 4).

En présentant le projet de résolution 47/L.1, sir David Hannay (représentant du Royaume-Uni) a notamment trouvé

«significatif le fait que le Conseil ait à revoir la question à nouveau

within the next three months is significant. The tragic situation in the former Yugoslavia is a matter of the highest concern to all members of the international community. The International Conference on the Former Yugoslavia, which opened in London on 26 August and which now meets in Geneva, brings together the efforts of the United Nations and the European Community. *We must do everything in our power to encourage the parties, with the assistance of the Conference Co-Chairman, to settle their differences at the negotiating table, not on the battlefield. That the Council has decided to consider the matter again before the end of the year will, we trust, be helpful incentive to all the parties concerned, as an effective means of supporting the Co-Chairman of the Conference on Yugoslavia in their heavy task.*" (United Nations doc. A/47/Pv.7, p. 161; emphasis added).

8.2. *From a legal aspect, resolution 47/1 is inconsistent and contradictory*

The operative part of resolution 47/1 reads as follows:

"The General Assembly,

1. *Considers* the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) cannot automatically continue the membership of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia in the United Nations; and, therefore, decides that the Federal Republic of Yugoslavia should apply for membership in the United Nations and shall not participate in the work of the General Assembly."

The main elements of the solution in General Assembly resolution 47/1 are the following:

The opinion that the Federal Republic of Yugoslavia cannot automatically continue the membership of the SFRY in the United Nations. The stand of the main political bodies of the United Nations (the Security Council and the General Assembly) was formulated in terms of an "opinion"; namely, such a conclusion clearly stems from the fact that the relevant part of General Assembly resolution 47/1 begins with the words "considers". It is significant to note that the General Assembly's opinion does not conform fully with the meaning of the Opinions Nos. 1, 8 and 9 of the so-called Badinter Arbitration Commission. Namely, in its Opinions 1 and 8 the Commission elaborates the point on the break up of SFRY which has, in its opinion, resulted in the emergence of six equal, independent State entities corresponding in territory to the Republics as the constituent parts of the Yugoslav Federation. Resolution 47/1 proceeds from a more moderate starting point. It apparently does not terminate the Federal Republic of Yugoslavia's membership in the Organi-

dans les trois mois à venir. La situation tragique dans l'ex-Yougoslavie est une source de profonde inquiétude pour tous les membres de la communauté internationale. La conférence internationale sur l'ancienne Yougoslavie qui s'est ouverte à Londres le 26 août et qui se réunit actuellement à Genève conjugue les efforts de l'ONU et ceux de la Communauté européenne. *Nous ne devons rien négliger pour encourager les parties, avec l'aide des coprésidents de la conférence, à régler leurs différends à la table de négociation, et non pas sur le champ de bataille. Le fait que le Conseil a décidé de réexaminer la question avant la fin de l'année sera, nous en sommes certains, un moyen d'encourager toutes les parties intéressées et d'appuyer efficacement les coprésidents de la conférence sur la Yougoslavie dans leur tâche difficile.*» (Nations Unies, doc. A/47/PV.7, p. 142-143; les italiques sont de moi.)

8.2. *Du point de vue juridique, la résolution 47/1 est illogique et contradictoire*

Le dispositif de la résolution 47/1 se lit comme suit :

« *L'Assemblée générale,*

1. *Considère* que la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) ne peut pas assumer automatiquement la qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies à la place de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie et, par conséquent, décide que la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) devrait présenter une demande d'admission à l'Organisation et qu'elle ne participera pas aux travaux de l'Assemblée générale. »

Les principaux éléments de la solution préconisée par la résolution 47/1 de l'Assemblée générale sont les suivants :

Il est d'abord énoncé un avis, qui est que la République fédérale de Yougoslavie ne peut pas assumer automatiquement la qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies à la place de la République fédérative socialiste de Yougoslavie. La position des principaux organes politiques des Nations Unies (le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale) est définie sous la forme d'un « avis » ; c'est la conclusion qui s'impose quand on constate que l'extrait pertinent de la résolution 47/1 commence par le mot « considère ». Mais il convient de relever que cet avis de l'Assemblée générale ne correspond pas parfaitement à ce qu'il faut déduire des avis n^{os} 1, 8 et 9 de la commission arbitrale dite commission Badinter. Dans ses avis n^{os} 1 et 8, la commission tire les conclusions de la désintégration de la République fédérative socialiste de Yougoslavie qui aboutit, pour elle, à produire six entités étatiques indépendantes et égales dont le territoire est celui des républiques qui étaient auparavant des éléments constitutifs de la Fédération yougoslave. La résolution 47/1 prend un départ

zation. It simply establishes that “the Federal Republic of Yugoslavia cannot *automatically continue the membership . . . in the United Nations Organization*” (emphasis added). *A contrario*, this means that the Federal Republic of Yugoslavia’s membership in the Organization can be continued but not automatically. True, the resolution does not elaborate how that can be achieved but, if we interpret it systematically and together with Security Council resolutions 757 and 777, we will come to the conclusion that the Federal Republic of Yugoslavia’s membership in the Organization can be continued in case such a request is “generally accepted”. That the legal meaning of the resolution does not imply the termination of the Federal Republic of Yugoslavia’s membership in the Organization is also clear from the letter of the Under-Secretary-General and Legal Counsel of the United Nations addressed on 29 September 1992 to the Permanent Representatives to the United Nations of Bosnia and Herzegovina and Croatia in which he stated, *inter alia*,

“the resolution does not terminate nor suspends Yugoslavia’s *membership* in the Organization. Consequently, the seat and the name-plate remain as before . . . Yugoslav mission at United Nations Headquarters and offices may continue to function and may receive and circulate documents. At Headquarters, the Secretariat will continue to fly the flag of the old Yugoslavia.”

8.3. *A ban on participation in the Organization’s work*

That the relevant part of the resolution refers to a ban is borne out by the use of the imperative wording (“shall not participate”). This ban is, *ratione materiae*, limited along two different lines:

- (a) it refers to the direct participation in the General Assembly. Indirect participation in the work of the General Assembly is not excluded. Elements of indirect participation are implied given that the Mission of the Federal Republic of Yugoslavia to the United Nations continues to operate and, in particular, “may receive and circulate documents”. It follows from the Under-Secretary-General’s interpretation that the term “General Assembly” has been used in the resolution in its generic sense, considering that it also includes the auxiliary bodies of the General Assembly and conferences and meetings convened by the Assembly;
- (b) the ban does not apply to participation in the deliberations of other bodies in the United Nations Organization.

plus modéré; apparemment, elle ne met pas fin à la qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies de la République fédérale de Yougoslavie. Elle dit simplement que «la République fédérative de Yougoslavie ne peut pas *assumer automatiquement la qualité de Membre* de l'Organisation ... (les italiques sont de moi). *A contrario*, cela signifie que la République fédérale de Yougoslavie peut encore assumer la qualité de Membre de l'Organisation, mais non pas automatiquement. Certes, la résolution n'expose pas en détail comment cela peut être réalisé, mais, si nous l'interprétons systématiquement, en lui associant les résolutions 757 et 777 du Conseil de sécurité, nous aboutissons à la conclusion que la République fédérale de Yougoslavie peut encore assumer la qualité de Membre de l'Organisation à condition que la demande présentée à cette fin soit «généralement acceptée». Que la résolution ne met donc pas implicitement fin, sur le plan juridique, à la qualité de Membre de l'Organisation de la République fédérale de Yougoslavie apparaît aussi clairement dans la lettre que le Secrétaire général adjoint et conseiller juridique des Nations Unies a adressée le 29 septembre 1992 aux représentants permanents de la Bosnie-Herzégovine et de la Croatie auprès des Nations Unies, lettre dans laquelle il déclarait notamment ceci:

«la résolution ne met pas fin à l'*appartenance* de la Yougoslavie à l'Organisation et ne la suspend pas. En conséquence, le siège et la plaque portant le nom de la Yougoslavie subsistent... La mission de la Yougoslavie auprès du Siège de l'Organisation des Nations Unies ainsi que les bureaux occupés par celle-ci peuvent poursuivre leurs activités, ils peuvent recevoir et distribuer des documents. Au Siège, le Secrétariat continuera de hisser le drapeau de l'ancienne Yougoslavie.»

8.3. *La participation aux travaux de l'Organisation est interdite*

Il est clair que l'extrait pertinent de la résolution correspond à une interdiction, car la forme verbale utilisée est une forme impérative («ne participera pas»). Mais cette interdiction est limitée *ratione materiae*, à deux points de vue:

- a) l'interdiction vise la participation directe aux travaux de l'Assemblée générale, mais n'exclut pas une participation indirecte. Cette participation indirecte est évoquée implicitement par le fait que la mission de la République fédérative de Yougoslavie auprès des Nations Unies peut continuer ses activités et en particulier, «peut recevoir et distribuer des documents». Le Secrétaire général adjoint a donc utilisé dans la résolution l'expression «Assemblée générale» au sens générale, qui s'étend aux organes auxiliaires de l'Assemblée générale ainsi qu'aux conférences et réunions organisées par l'Assemblée;
- b) l'interdiction ne vise pas la participation aux débats d'autres organes de l'Organisation des Nations Unies.

8.4. *The decision that the Federal Republic of Yugoslavia should apply for membership*

This part of resolution 47/1 is legally ambiguous and contradictory both in form and in substance.

From the formal point of view, the "decision" that the Federal Republic of Yugoslavia should apply for membership in the Organization proceeds from the irrefutable assumption that the Federal Republic of Yugoslavia wishes to have the status of a member even if it may not continue the membership in the Organization. Such an assumption is illogical, although it may prove correct in fact. Membership in the Organization is voluntary and therefore no State is under obligation to seek admission. The relevant wording in the resolution has not been correctly drafted from a legal and technical point of view for it has a connotation of such an irrefutable assumption. A correct wording would have to state a reservation which would make such a decision conditional upon Yugoslavia's *explicitly expressed wish* to become a member in case it is irrevocably disallowed from continuing its membership in the Organization.

From the actual point of view, it is unclear why the Federal Republic of Yugoslavia should submit an application for membership if "the resolution does not terminate . . . Yugoslavia's *membership* in the Organization". An application for admission to membership is, *ex definitione*, made if a non-member State wishes to join the Organization. What could in terms of concrete relations be the outcome of a procedure initiated by Yugoslavia by way of application for membership? If the outcome of the procedure were admission to membership, such a decision by the General Assembly would be superfluous from the point of view of logic, given that resolution 47/1 has not terminated Yugoslavia's membership in the Organization. Presumably, the authors of resolution 47/1 have another outcome in mind. Maybe to confirm or to strengthen Yugoslavia's membership in the Organization by such a procedure. This could be guessed from the wording in the resolution which says that "the Federal Republic of Yugoslavia cannot automatically continue the membership". This term or phrase literally means that the idea behind the procedure would be to re-assert or strengthen the Federal Republic of Yugoslavia's membership in the Organization but, confirmation of membership could hardly have any legal meaning in this particular case — for a State is either a member or not. It appears that the meaning of such an act could be only non-legal; namely, political. Finally, the resolution advises the Federal Republic of Yugoslavia to apply for admission to membership. The logical question arises: why would a State whose membership in the Organization has, in that very same Organization's view, not been terminated, submit a request for the establishment of something that is in the nature of an indisputable fact?

8.4. *Il est décidé que la République fédérale de Yougoslavie devrait présenter une demande d'admission à l'Organisation*

Cette partie de la résolution 47/1 est ambiguë du point de vue juridique et contradictoire dans la forme comme au fond.

Du simple point de vue formel, «décider» que la République fédérale de Yougoslavie doit présenter une demande d'admission à l'Organisation procède d'une hypothèse irréfutable, qui est que la République fédérale tient à avoir la qualité de Membre de l'Organisation même si elle n'est peut-être pas autorisée à rester Membre de l'Organisation. Cette hypothèse est illogique, même si elle se vérifie dans les faits. C'est volontairement que ses Membres adhèrent à l'Organisation, et par conséquent aucun Etat n'est tenu de demander son admission. A cet égard, par conséquent, le libellé de la résolution n'est pas correct du point de vue juridique ni du point de vue technique, parce qu'il évoque cette hypothèse qui serait irréfutable. Il eut été plus juste d'énoncer une réserve qui aurait subordonné la décision à la *volonté expresse* de la Yougoslavie faisant savoir qu'elle voulait devenir Membre de l'Organisation au cas où cette qualité lui aurait été retirée de façon irrévocable.

D'un point de vue concret, on ne voit pas bien pourquoi la République fédérale de Yougoslavie devrait présenter une demande d'admission si «la résolution ne met pas fin à l'appartenance de la Yougoslavie à l'Organisation...» Une demande d'admission, par définition, est présentée quand un Etat non membre veut entrer à l'Organisation. Sur le plan des relations concrètes, quelle serait l'issue de la procédure qu'engagerait la Yougoslavie en présentant une demande d'admission? Si la procédure doit aboutir à conférer la qualité de Membre, il serait en bonne logique superflu que l'Assemblée générale prenne cette décision, puisque la résolution 47/1 n'a pas mis fin, pour la Yougoslavie, à sa qualité de Membre de l'Organisation. On peut présumer que les auteurs de la résolution 47/1 envisageaient donc une autre issue. Ils voulaient peut-être confirmer ou renforcer au moyen de cette procédure la qualité de Membre de l'Organisation qu'avait la Yougoslavie. C'est ce que laisse deviner l'énoncé de la résolution quand celle-ci dit: «la République fédérative de Yougoslavie ... ne peut pas assumer automatiquement la qualité de Membre de l'Organisation ... à la place...» Cette formule signifie littéralement que la procédure viserait à réaffirmer ou renforcer, pour la République fédérale de Yougoslavie, sa qualité de Membre de l'Organisation, mais la confirmation de la qualité de Membre n'aurait guère de sens juridique dans ce cas de figure particulier, car un Etat est Membre ou il ne l'est pas. La signification de l'acte en question ne peut être que non juridique: c'est-à-dire qu'elle serait politique. En dernier lieu, la résolution conseille à la République fédérale de Yougoslavie de présenter une demande d'admission à l'Organisation et il faut alors, logiquement, se poser la question suivante: pourquoi un Etat à l'égard duquel l'Organisation elle-même n'estime pas avoir mis fin à sa qualité de Membre présenterait-il une demande dont l'objet lui est déjà incontestablement acquis?

Finally, due regard should be paid to the concluding paragraph of resolution 47/1 which says that the General Assembly takes note "of the Security Council's intention to review the matter before the end of the main part of the 47th Session of the General Assembly". A statement like this is unnecessary if it was the intention of the authors of the resolution to bring, by its adoption, to an end the debate on the continuity of the Federal Republic of Yugoslavia's membership in the Organization. It seems to suggest that the idea behind resolution 47/1 was to maintain the pace of updating the Organization's political approach to the Yugoslav crisis in the framework of which even the question of the Federal Republic of Yugoslavia's membership in the Organization carries, in the latter's opinion, a certain specific weight. The question of the Federal Republic of Yugoslavia's membership in the United Nations Organization is a formal one and was opened by Security Council resolution 757 of 30 May 1992, which in its operative part has set into motion the mechanism of measures stipulated in Chapter VII of the United Nations Charter relying on the assessment that "the situation in Bosnia-Herzegovina and in other parts of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia poses a threat to peace and security".

It is not difficult to agree with Professor Higgins (as she then was) that, judged from the legal point of view, the consequence arising out of resolution 47/1 "is abnormal to absurdity" (Rosalyn Higgins, "The United Nations and the Former Yugoslavia", *International Affairs*, Vol. 69, p. 479).

8.5. *The practice of the Organization relating to the issues raised by the content of resolution 47/1*

A couple of relevant facts regarding the practice of the Organization concerning membership of the Federal Republic of Yugoslavia raise the question of whether the Organization acted *contra factum proprium* if:

- (a) resolution 47/1 was adopted at the 47th Session of the General Assembly. The delegation of the Federal Republic of Yugoslavia took an active part as a full member in the proceedings of the 46th Session, and the Credentials Committee unanimously recommended approval of the credentials of the Federal Republic of Yugoslavia (United Nations doc. A/46/563, dated 11 October 1991). In the light of the fact that Croatia and Slovenia had seceded from Yugoslavia on the eve of that Session, the Organization's attitude to the Federal Republic of Yugoslavia's participation in the 46th Session means that the Organization accepted the Federal Republic of Yugoslavia as a territorially diminished predecessor State according to

En dernier lieu, il faut tenir dûment compte aussi du dernier paragraphe de la résolution 47/1, aux termes duquel l'Assemblée générale prend acte «de l'intention du Conseil de sécurité de reconsidérer la question avant la fin de la partie principale de la quarante-septième session de l'Assemblée générale». Une telle déclaration est inutile si les auteurs de la résolution avaient l'intention de mettre fin, au moyen de son adoption, au débat sur la continuité de la qualité d'Etat Membre des Nations Unies de la République fédérative de Yougoslavie. Cette déclaration donne, semble-t-il, à entendre que la résolution 47/1 a en fait pour objet, au sein de l'Organisation, de préserver la dynamique du débat politique qui permet de faire régulièrement le point de la crise yougoslave et, dans le cadre de ce débat, cette question de la qualité de Membre de l'Organisation de la République fédérale de Yougoslavie va elle-même jusqu'à acquérir, aux yeux de l'Organisation, un certain poids. Cette question a un caractère formel et elle se pose officiellement depuis l'adoption par le Conseil de sécurité de sa résolution 757 du 30 mai 1992, qui met en branle dans son dispositif le mécanisme de mesures prévues au chapitre VII de la Charte des Nations Unies après avoir constaté que «la situation en Bosnie-Herzégovine et dans d'autres parties de l'ex-République fédérative socialiste de Yougoslavie constitue une menace pour la paix et la sécurité...»

Il n'est donc pas difficile d'adhérer au jugement de M^{me} Higgins qui était encore professeur quand elle disait que, du point de vue juridique, cette résolution 47/1 produit un effet «anormal au point d'être absurde» (Rosalyn Higgins, «The United Nations and the Former Yugoslavia», *International Affairs*, vol. 69, p. 479).

8.5. *La pratique de l'Organisation en ce qui concerne les questions que soulève la teneur de la résolution 47/1*

Un petit nombre de faits pertinents intéressant la pratique suivie par l'Organisation au sujet de la qualité d'Etat Membre de la République fédérative de Yougoslavie soulèvent la question de savoir si celle-ci a agi *contra factum proprium* du moment que:

- a) la résolution 47/1 a été adoptée à la quarante-septième session de l'Assemblée générale. La délégation de la République fédérale de Yougoslavie a participé activement, en qualité d'Etat Membre à part entière, aux travaux de la quarante-sixième session, et la commission de vérification des pouvoirs a recommandé à l'unanimité d'approuver les pouvoirs de la République fédérale de Yougoslavie (Nations Unies, doc. A/46/563 en date du 11 octobre 1991). Comme la Croatie et la Slovénie ont fait sécession et ont quitté la Fédération à la veille de ladite session, l'attitude adoptée par l'Organisation à l'égard de la participation de la République fédérale de Yougoslavie aux travaux de la quarante-sixième session signifie que l'Organisation acceptait la République fédérale de Yougoslavie comme un Etat prédécesseur amputé d'une partie de son territoire, conformément à des

“criteria laid down in the wake in the partitioning of India in 1947 and consistently applied ever since — criteria that by and large have served the United Nations and the international community well over the past decades” (Yehuda Z. Blum, “UN Membership of the ‘New’ Yugoslavia: Continuity or Break?”, *American Journal of International Law* (1992), Vol. 86, p. 833);

(b) the delegation of the Federal Republic of Yugoslavia also took part in the 47th Session of the General Assembly which adopted the resolution contesting the right of Federal Republic of Yugoslavia to continue automatically membership in the Organization. Not one delegation made any objection to the delegation of Federal Republic of Yugoslavia taking the seat of SFRY in the General Assembly. It follows from that that the delegations had “at least tacitly accepted the right of the ‘Belgrade authorities’ to request Yugoslavia’s seat — the seat of one of the founding members of the United Nations” (*ibid.*, p. 830);

(c) during all the time since the General Assembly passed resolution 47/1, the Federal Republic of Yugoslavia has continued to pay its financial contributions to the Organization (see Annexes to CR 99/25). Yugoslavia is mentioned as a Member State in the document entitled “Status of contributions to the United Nations regular budget as at 30 November 1998” published by the United Nations Secretariat in its document ST/ADM/SER.B/533 of 8 December 1998. In the letter addressed to Vladislav Jovanović, Chargé d’Affaires of the Permanent Mission of the Federal Republic of Yugoslavia to the United Nations, the competent authorities of the Organization cited Article 19 of the United Nations Charter and accompanied the citation with the formulation:

“in order for your Government not to fall under the provisions of Article 19 of the Charter during any meetings of the General Assembly to be held in 1998, it would be necessary that a minimum payment of \$11,776,400 be received by the Organization to bring such arrears to an amount below that specified under the terms of Article 19” (*ibid.*);

(d) in the practice of the United Nations Secretary-General as the depositary of multilateral treaties, Yugoslavia figures as a party to the multilateral treaties deposited with the Secretary-General as an original party. The date when the SFRY expressed its consent to be bound is mentioned as a day on which Yugoslavia is bound by that specific instrument. *Exempli causa* in the “multilateral treaties deposited with the Secretary-General” for 1992, and in the list of “participants” of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Yugoslavia is included and 29 August 1950 is

«critères définis à la suite de la partition de l'Inde en 1947 et régulièrement appliqués depuis — des critères qui, dans l'ensemble, ont été fort utiles aux Nations Unies et à la communauté internationale au cours des dernières décennies» (Yehuda Z. Blum, «UN Membership of the «New» Yugoslavia: Continuity or Break?», *American Journal of International Law* (1992), vol. 86, p. 833);

- b) la délégation de la République fédérale de Yougoslavie a également pris part aux travaux de la quarante-septième session de l'Assemblée générale qui a adopté la résolution contestant à la République fédérale de Yougoslavie le droit d'assumer automatiquement la qualité de Membre de l'Organisation à la place de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie. Pas une seule délégation n'a émis d'objection au fait que la République fédérative de Yougoslavie occupe, à l'Assemblée générale, le siège de la République fédérative socialiste de Yougoslavie. Il faut en déduire que les délégations ont «tacitement du moins accepté que les «autorités de Belgrade» aient le droit de demander à occuper le siège de la Yougoslavie — le siège de l'un des Membres originaires des Nations Unies» (*ibid.*, p. 830);
- c) pendant tout le temps qui s'est écoulé depuis l'adoption de la résolution 47/1 par l'Assemblée générale, la République fédérale de Yougoslavie a continué de payer sa contribution financière à l'Organisation (voir les annexes au CR 99/25). La Yougoslavie est citée parmi les Etats Membres dans le document intitulé «Etat des contributions versées au 30 novembre 1998» publié par le Secrétariat des Nations Unies dans le document portant la cote ST/ADM/SER.B/533 daté du 8 décembre 1998. Dans la lettre adressée à Vladislav Jovanović, chargé d'affaires de la mission permanente de la République fédérale de Yougoslavie auprès des Nations Unies, les autorités compétentes de l'Organisation citaient l'article 19 de la Charte des Nations Unies et accompagnaient la citation de la formule ci-après:

«pour que votre gouvernement ne tombe pas sous le coup des dispositions de l'article 19 de la Charte pendant l'une quelconque des réunions de l'Assemblée générale qui se tiendront en 1998, il faudrait verser à l'Organisation un montant minimum de 11 776 400 dollars des Etats-Unis pour ramener les arriérés en question à un montant inférieur au montant prévu à l'article 19» (*ibid.*);

- d) dans la pratique suivie par le Secrétaire général des Nations Unies en qualité de dépositaire des traités multilatéraux, la Yougoslavie est citée comme Etat Membre originaire partie aux traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général. La date à laquelle la République fédérative socialiste de Yougoslavie a exprimé son consentement à être liée est indiquée comme la date à laquelle la Yougoslavie est effectivement liée par l'instrument considéré. Par exemple, si l'on considère l'état des «traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général» pour 1992, il y figure la liste des «parties» à la Convention pour la prévention et la

mentioned as the date of the acceptance of the obligation — the date on which SFRY ratified that Convention. Such a model is applied, *mutatis mutandis*, to other multilateral conventions deposited with the Secretary-General of the United Nations.

On the basis of existing practice, the “Summary of practice of the Secretary-General as depositary of multilateral treaties” concludes:

“[t]he independence of the new successor State, which then exercises its sovereignty on its territory, is of course without effect as concerns the treaty rights and obligations of the predecessor State as concerns its own (remaining) territory. Thus, after the separation of parts of the territory of the Union of Soviet Socialist Republics (which became independent States), the Union of Soviet Socialist Republics (as the Russian Federation) continued to exist as a predecessor State, and all its treaty rights and obligations continued in force in respect of its territory. The same applies to the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro), which remains as the predecessor State upon separation of parts of the territory of the former Yugoslavia. General Assembly resolution 47/1 of 22 September 1992, to the effect that the Federal Republic of Yugoslavia could not automatically continue the membership of the former Yugoslavia in the United Nations . . . was adopted within the framework of the United Nations and the context of the Charter of the United Nations, and not as an indication that the Federal Republic of Yugoslavia was not to be considered a predecessor State.” (ST/LEG.8, p. 89, para. 297.)

On 9 April 1996, on the basis of protest raised by a few Members of the United Nations, the Legal Counsel of the United Nations issued under “Errata” (doc. LLA41TR/220) which, *inter alia*, deleted the qualification of the Federal Republic of Yugoslavia as a predecessor State contained in paragraph 297 of the “Summary”. In my view, such a deletion is devoid of any legal relevance since a “Summary” by itself does not have the value of an autonomous document, a document which determines or constitutes something. It is just the condensed expression, the external lapidary assertion of a fact which exists outside it and independently from it. In that sense, the Introduction to the “Summary of the practice of the Secretary-General as the depositary of multilateral treaties” says, *inter alia*, that “the purpose of the present summary is to highlight the main features of the *practice followed* by the Secretary-General in this field” (p. 1, emphasis added) but not to constitute the practice itself.

9. As regards the membership of the Federal Republic of Yugoslavia of the United Nations, the Court takes the position that

répression du crime de génocide, la Yougoslavie figure sur cette liste et le 29 août 1950 est la date qui est indiquée comme étant celle de l'acceptation de l'obligation correspondante, c'est-à-dire la date à laquelle la République fédérative socialiste de Yougoslavie a ratifié la convention. Ce modèle s'applique, *mutatis mutandis*, aux autres conventions multilatérales déposées auprès du Secrétaire général des Nations Unies.

Compte tenu de la pratique existante, on trouve dans le «précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux» la conclusion ci-après :

«[l']indépendance du nouvel Etat successeur, qui exerce désormais la souveraineté sur son territoire, est naturellement sans effet sur les droits et obligations d'origine conventionnelle de l'Etat prédécesseur se rapportant à ce qui lui reste de son territoire. Ainsi, après la séparation de parties du territoire de l'Union des républiques socialistes soviétiques (qui ont acquis le statut d'Etats indépendants), la Fédération de Russie a conservé tous les droits et obligations d'origine conventionnelle de l'Etat prédécesseur. Il en va de même pour la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro), qui reste l'Etat prédécesseur après la sécession de certaines parties du territoire de l'ancienne Yougoslavie. La résolution 47/1 de l'Assemblée générale en date du 22 septembre 1992, aux termes de laquelle la République fédérative de Yougoslavie ne peut pas assumer automatiquement la qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies à la place de l'ancienne Yougoslavie, a été adoptée dans le cadre des Nations Unies et celui de la Charte des Nations Unies, et non pas pour signaler que la République fédérative de Yougoslavie ne devait pas être considérée comme un Etat prédécesseur.» (ST/LEG.8, p. 89, par. 297.)

Le 9 avril 1996, à la suite de protestations émanant d'un petit nombre d'Etats Membres des Nations Unies, le conseiller juridique des Nations Unies a publié des «errata» (doc. LLA41TR/220) consistant notamment à supprimer, au paragraphe 297 dudit «précis», le qualificatif d'Etat successeur accordé à la République fédérale de Yougoslavie. A mon sens, cette suppression ne revêt aucun intérêt juridique puisqu'un «précis» n'a pas en soi la valeur d'un document autonome, d'un document qui établit ou constitue quelque chose. Il s'agit simplement de l'expression ramassée, de l'affirmation lapidaire par un observateur extérieur d'un fait qui existe en dehors du résumé et tout à fait indépendamment de lui. En ce sens, il est dit, dans l'introduction au «précis» de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux» que «le présent document a pour objet d'exposer dans ses grandes lignes la *pratique suivie* en la matière par le Secrétaire général» (p. 1; les italiques sont de moi) mais il n'a pas pour objet de constituer la pratique elle-même.

9. En ce qui concerne la qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies de la République fédérale de Yougoslavie, la Cour considère que,

“Whereas, in view of its finding in paragraph 29 above, the Court need not consider this question for the purpose of deciding whether or not it can indicate provisional measures in the present case” (Order, para. 32).

The Court retained the position of an ingenious but, for the purposes of the present proceedings, unproductive *elegantiae juris processualis*. The Court’s jurisdiction *ratione personae* is directly dependent on the answer to the question whether the Federal Republic of Yugoslavia can be considered to be a member State of the United Nations, both *vis-à-vis* the optional clause and *vis-à-vis* the Genocide Convention.

It would of course be unreasonable to expect the Court to decide on whether or not the Federal Republic of Yugoslavia is a Member of the United Nations. Such an expectation would not be in accord with the nature of the judicial function and would mean entering the province of the main political organs of the world Organization — the Security Council and the General Assembly.

But it is my profound conviction that the Court should have answered the question whether the Federal Republic of Yugoslavia can or cannot, in the light of the content of General Assembly resolution 47/1 and of the practice of the world Organization, be considered to be a Member of the United Nations and especially party to the Statute of the Court; namely, the text of resolution 47/1 makes no mention of the status of the Federal Republic of Yugoslavia as a party to the Statute of the International Court of Justice. That is the import of resolution 47/1 *ratione materiae*. And nothing beyond that. In that respect the position of the Court is identical to the position of other organs of the United Nations. *A contrario* there would, *exempli causa*, be no need for a General Assembly recommendation by resolution 47/229 concerning the participation of the Federal Republic of Yugoslavia in the work of the Economic and Social Council. In other words, resolution 47/1 makes no mention, explicitly or tacitly, of the International Court of Justice; the same is true of the other documents adopted on the basis of the above-mentioned resolution. It follows from this that General Assembly resolution 47/1 has produced no effect on the status of the Federal Republic of Yugoslavia as a party to the Statute and this is confirmed, *inter alia*, by all issues of the *Yearbook* of the International Court of Justice since 1992.

I am equally convinced that, both the content of the resolution, which represents *contradictio in adiecto*, and the particular practice of the world Organization after its adoption over a period of nearly seven years, offered ample arguments for it to pronounce itself on this matter.

10. The position of the Court with respect to the Federal Republic of Yugoslavia membership of the United Nations can be said to have

«eu égard à la conclusion à laquelle elle est parvenue au paragraphe 29 ci-dessus, la Cour n'a pas à examiner cette question à l'effet de décider si elle peut ou non indiquer des mesures conservatoires dans le cas d'espèce» (ordonnance, par. 32).

La Cour adopte donc un stratagème ingénieux (*elegantiae juris processualis*) mais, aux fins de la présente instance, il est peu fructueux. La compétence de la Cour *ratione personae* est directement tributaire de la réponse à la question de savoir si la République fédérale de Yougoslavie peut être considérée comme un Etat Membre des Nations Unies, tant à l'égard de la clause facultative qu'à l'égard de la convention sur le génocide.

Il serait évidemment déraisonnable de compter que la Cour statue sur la question proprement dite de l'appartenance de la République fédérale de Yougoslavie à l'Organisation. Pareille attente ne serait guère conforme à la nature de la fonction judiciaire et reviendrait par ailleurs à s'immiscer dans le domaine propre des principaux organes politiques de l'organisation mondiale, le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale.

Mais je suis profondément convaincu que la Cour aurait dû répondre à la question de savoir si la République fédérale de Yougoslavie peut ou non, eu égard à la teneur de la résolution 47/1 de l'Assemblée générale et à la pratique de l'organisation mondiale, être considérée comme un Etat Membre des Nations Unies et tout particulièrement comme étant partie au Statut de la Cour; car le texte de la résolution 47/1 ne fait pas mention de la qualité de partie au Statut de la Cour internationale de Justice dont peut se prévaloir la République fédérale de Yougoslavie. C'est là que réside l'importance de la résolution 47/1 *ratione materiae*. Et il n'y a rien d'autre que cela. A cet égard, la situation de la Cour est exactement celle des autres organes des Nations Unies. Dans le cas contraire, il serait par exemple inutile que l'Assemblée générale formule une recommandation, comme elle le fait dans sa résolution 47/229, concernant la participation de la République fédérale de Yougoslavie aux travaux du Conseil économique et social. Autrement dit, la résolution 47/1 ne fait aucune mention ni expresse ni tacite de la Cour internationale de Justice; il en va de même pour les autres documents adoptés sur la base de ladite résolution. Il faut en déduire que cette résolution 47/1 de l'Assemblée générale n'a produit aucun effet sur la qualité de partie au Statut dont peut se prévaloir la République fédérale de Yougoslavie et c'est bien ce que confirment notamment tous les numéros de l'*Annuaire* de la Cour internationale de Justice publiés depuis 1992.

Je suis également convaincu que tant la teneur de la résolution, celle-ci représentant une *contradictio in adiecto*, que la pratique particulière suivie pendant près de sept ans par l'organisation mondiale après son adoption apportent beaucoup d'éléments qui autorisent la Cour à se prononcer sur cette question.

10. Or, en ce qui concerne la qualité d'Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies dont la République fédérale de Yougoslavie peut se

remained within the framework of the position taken in the Order on the indication of provisional measures in the *Genocide* case of 8 April 1993.

Paragraph 18 of that Order states:

“Whereas, while the solution adopted is not free from legal difficulties, the question whether or not Yugoslavia is a Member of the United Nations and as such a party to the Statute of the Court is one which the Court does not need to determine definitively at the present stage of the proceedings” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 8 April 1993, I.C.J. Reports 1993*, p. 14).

The objection may be raised that the wording of paragraph 18 is of a technical nature, that it is not a relevant answer to the question of Federal Republic of Yugoslavia membership of the United Nations; however, it is incontestable that it has served its practical purpose because, it seems,

“the Court was determined to establish its jurisdiction in this case [*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*] whilst at the same time avoiding some of the more delicate, and indeed profound, concerns about the position of the respondent State vis-à-vis the Charter and Statute” (M. C. R. Craven, “The Genocide Case, the Law of Treaties and State Succession”, *British Year Book of International Law*, 1997, p. 137).

The Court tacitly persisted in maintaining this position also in the further requests for the indication of provisional measures (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Order of 13 September 1993*), as well as in the Judgment on preliminary objections of 11 July 1996.

Even if such a position can be considered to be understandable in the second proceedings for the indication of provisional measures, it nevertheless gives rise to some complicated questions in the proceedings conducted in the wake of the preliminary objections raised by Yugoslavia.

In these proceedings, the Court was confronted, *inter alia*, also with the question as to whether Yugoslavia is a party to the Genocide Convention. It is hardly necessary to mention that the status of a Contracting Party to the Genocide Convention was *conditio sine qua non* for the Court to proclaim its jurisdiction in the case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*.

The Court found that it has jurisdiction *ratione personae*, supporting this position, in my opinion, with a shaky, unconvincing explanation (see dissenting opinion of Judge Kreča, *I.C.J. Reports 1996 (II)*, pp. 755-760, paras. 91-95). For the purposes of this case, of particular interest is the position of the Court “that it has not been contested that Yugoslavia was

prévaloir, on peut dire que la Cour a conservé dans ses grandes lignes la position qu'elle a adoptée dans son ordonnance du 8 avril 1993 dans l'affaire de la *Convention sur le génocide* en statuant sur la demande en indication de mesures conservatoires.

Au paragraphe 18 de ladite ordonnance, la Cour considère que :

«si la solution adoptée ne laisse pas de susciter des difficultés juridiques, la Cour n'a pas à statuer définitivement au stade actuel de la procédure sur 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» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 14*).

On peut objecter que le libellé du paragraphe 18 ci-dessus a un caractère technique, que ce n'est pas une réponse pertinente à la question de savoir si la République fédérale de Yougoslavie est ou non membre de l'Organisation des Nations Unies; toutefois, il est incontestable que cet énoncé a eu concrètement l'effet voulu parce que, semble-t-il,

«la Cour voulait se déclarer compétente dans cette affaire [*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*] tout en évitant en même temps de se prononcer sur certains problèmes délicats, du reste assez graves, concernant la situation de l'Etat défendeur face à la Charte et au Statut» (M. C. R. Craven, «The Genocide Case, the Law of Treaties and State Succession», *British Year Book of International Law*, 1997, p. 137).

La Cour a tacitement conservé cette même position lors des nouvelles demandes en indication de mesures conservatoires (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, ordonnance du 13 septembre 1993*), de même que dans l'arrêt rendu le 11 juillet 1996 sur les exceptions préliminaires.

On peut sans doute estimer que cette position est compréhensible lors de la seconde procédure en indication de mesures conservatoires, mais elle soulève des questions fort complexes dans le cadre de la procédure relative aux exceptions préliminaires émanant de la Yougoslavie.

Dans ladite procédure, la Cour était notamment face, là aussi, à la question de savoir si la Yougoslavie est partie à la convention sur le génocide. Il n'est guère besoin de rappeler que la qualité de partie contractante à ladite convention était la condition *sine qua non* permettant à la Cour de se déclarer compétente dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*.

La Cour s'est déclarée compétente *ratione personae* en donnant à ce sujet une explication que je trouve peu solide et peu convaincante (voir mon opinion dissidente, *C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 755-760, par. 91-95). Aux fins de la présente instance, il est intéressant de noter que la Cour avait observé à cette première occasion «qu'il n'a pas été contesté que la

party to the Genocide Convention” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*), p. 610, para. 17). The absence of contest was the decisive argument for the Court to state that “Yugoslavia was bound by the provisions of the Convention on the date of the filing of the Application in the present case” (*ibid.*).

The Court has, deliberately, I presume, failed to state who did not contest that Yugoslavia is a party to the Genocide Convention. If it had in mind the Applicant (Bosnia and Herzegovina), it is hardly necessary to note that the State which is initiating proceedings before the Court would not deny the existence of the title of jurisdiction; and, in the case in question, the Genocide Convention was the only possible ground of the Court’s jurisdiction. If, however, the Court had third States in mind, then things do not stand as described by the Court, stating that “it has not been contested”. By refusing to recognize the Federal Republic of Yugoslavia and its automatic continuation of membership of the United Nations, the member States of the world Organization contested *eo ipso* that the Federal Republic of Yugoslavia is automatically a party to multilateral treaties concluded under the aegis of the United Nations and, consequently, also a party to the Genocide Convention. The Federal Republic of Yugoslavia can be considered to be a party to the Genocide Convention only on the grounds of legal identity and continuity with the Socialist Federal Republic of Yugoslavia because, otherwise, it constitutes a new State, and it did not express its consent to be bound by the Genocide Convention in the manner prescribed by Article XI of the Convention, nor did it send to the Secretary-General of the United Nations the notification of succession. A *tertium quid* is simply non-existent, in particular from the standpoint of the Judgment of 11 July 1996 in the *Genocide* case, in which the Court did not declare its position on the so-called automatic succession in relation to certain multilateral treaties (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*), p. 612, para. 23).

All in all, the Court in the present Order remained consistent with its “avoidance” position, persisting in its statement that it “need not consider this question for the purpose of deciding whether or not it can indicate provisional measures in the present case”.

Such is the Court’s restraint with respect to this highly relevant issue and its reluctance to make its position known may well create the impression quite differently from that expressed by Craven in regard to the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* case — that “the Court was determined to establish its jurisdiction [over the] case whilst at the same time avoiding some of more delicate, and indeed profound, concerns about the position” of Yugosla-

Yougoslavie soit partie à la Convention sur le génocide» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 610, par. 17). Et l'absence de contestation a représenté pour la Cour l'argument décisif qui lui permettait de dire que «la Yougoslavie était liée par les dispositions de la convention à la date du dépôt de la requête en la présente affaire» (*ibid.*).

La Cour s'est abstenue, délibérément je présume, de dire qui n'avait pas contesté que la Yougoslavie soit partie à la convention sur le génocide. Si elle pensait au demandeur (la Bosnie-Herzégovine), il n'est guère besoin de rappeler que l'Etat introduisant une instance devant la Cour ne va pas nier l'existence du titre de compétence voulu; et, dans l'affaire en question, la convention sur le génocide était, pour la Cour, le seul chef de compétence possible. Si toutefois la Cour pensait à des Etats tiers, alors la réalité ne correspond pas à l'absence de contestation dont la Cour parle. En refusant de reconnaître la République fédérale de Yougoslavie et d'admettre qu'elle continuait d'assumer automatiquement la qualité d'Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies, les Etats Membres de ladite organisation mondiale contestaient *eo ipso* que la République fédérale de Yougoslavie soit automatiquement partie aux traités multilatéraux conclus sous l'égide des Nations Unies et, soit par conséquent aussi partie à la convention sur le génocide. La République fédérale de Yougoslavie ne peut être considérée comme étant partie à la convention sur le génocide que s'il y a, du point de vue juridique, identité et continuité entre elle et la République fédérative socialiste de Yougoslavie, car, s'il en va autrement, la République fédérale de Yougoslavie constitue un Etat nouveau et elle n'a pas donné son consentement à être liée par la convention sur le génocide de la façon qui est prescrite à l'article XI de ladite convention et elle n'a pas fait tenir au Secrétaire général des Nations Unies la notification de succession voulue. Il n'y a tout simplement pas de *tertium quid*, notamment du point de vue de l'arrêt rendu le 11 juillet 1996 dans l'affaire de la *Convention sur le génocide*, arrêt dans lequel la Cour ne s'est pas prononcée sur ce qu'on appelle la succession automatique dans le cas de certains traités multilatéraux (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 612, par. 23).

Tout bien considéré, dans la présente ordonnance, la Cour est restée fidèle à sa volonté d'abstention, disant à nouveau qu'elle «n'a pas à examiner cette question à l'effet de décider si elle peut ou non indiquer des mesures conservatoires dans le cas d'espèce».

Ce silence de la Cour alors qu'il serait si utile de répondre à la question, cette hésitation à prendre position risquent de donner une impression très différente de celle qu'envisage Craven lors de l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, quand il dit que «la Cour voulait se déclarer compétente tout en voulant éviter en même temps de se prononcer sur les problèmes délicats, d'ailleurs assez sérieux, qui se posent au sujet de la situation» de la

via vis-à-vis the Charter and the Statute and its inevitable legal consequences upon proceedings pending before the Court.

Jurisdiction of the Court Ratione Materiae

11. I am of the opinion that in the matter in hand the Court's position is strongly open to criticism.

The Court finds:

“whereas the threat or use of force against a State cannot in itself constitute an act of genocide within the meaning of Article II of the Genocide Convention; and whereas, in the opinion of the Court, it does not appear at the present stage of the proceedings that the bombings which form the subject of the Yugoslav Application ‘indeed entail the element of intent, towards a group as such, required by the provision quoted above’ (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 240, para. 26)” (Order, para. 39).

The intent is, without doubt, the subjective element of the being of the crime of genocide as, indeed, of any other crime. But, this question is not and cannot, by its nature, be the object of decision-making in the incidental proceedings of the indication of provisional measures.

In this respect, a reliable proof should be sought in the dispute which, by its salient features, is essentially identical to the dispute under consideration — the case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*.

In its Order on the indication of provisional measures of 8 April 1993, in support of the assertion of the Respondent that, *inter alia*, “it does not support or abet in any way the commission of crimes cited in the Application . . . and that the claims presented in the Application are without foundation” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 8 April 1993, I.C.J. Reports 1993*, p. 21, para. 42), the Court stated:

“Whereas the Court, in the context of the present proceedings on a request for provisional measures, has in accordance with Article 41 of the Statute to consider the circumstances drawn to its attention as requiring the indication of provisional measures, but cannot make definitive findings of fact or of imputability, and the right of each Party to dispute the facts alleged against it, to challenge the attribution to it of responsibility for those facts, and to submit arguments in respect of the merits, must remain unaffected by the Court's decision” (*ibid.*, p. 22, para. 44)

and

“Whereas the Court is not called upon, for the purpose of its deci-

Yougoslavie face à la Charte et au Statut, et les inévitables conséquences juridiques de cette situation sur une affaire portée devant la Cour.

Compétence de la Cour ratione materiae

11. Je suis d'avis qu'en l'espèce la position adoptée par la Cour prête fortement à critiques.

La Cour considère:

«que le recours ou la menace du recours à l'emploi de la force contre un Etat ne sauraient en soi constituer un acte de génocide au sens de l'article II de la convention sur le génocide; et que, de l'avis de la Cour, il n'apparaît pas au présent stade de la procédure que les bombardements qui constituent l'objet de la requête yougoslave «comporte[nt] effectivement l'élément d'intentionnalité, dirigé contre un groupe comme tel, que requiert la disposition sus-citée» (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 240, par. 26)» (ordonnance, par. 39).

L'intentionnalité est incontestablement l'élément subjectif qui est constitutif du crime de génocide comme du reste de n'importe quel autre crime. Mais cette question n'est pas l'objet de la prise de décision dans la procédure incidente de l'indication de mesures conservatoires et, par sa nature même, elle ne peut pas l'être.

Il faut à cet égard chercher une preuve fiable dans le différend qui, par ses principaux traits, est pour l'essentiel identique au différend examiné ici: il s'agit de l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*.

Dans l'ordonnance qu'elle a rendue le 8 avril 1993 sur l'indication de mesures conservatoires, souscrivant à l'affirmation du défendeur qui dit notamment «n'apport[er] aucun appui ni n'encourag[er], d'une façon ou d'une autre, la perpétration des crimes mentionnés dans la requête ... [et] que les griefs exposés dans la requête sont dénués de fondement» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993*, p. 21, par. 42), la Cour a considéré que:

«dans le contexte de la présente procédure concernant l'indication de mesures conservatoires, [elle] doit, conformément à l'article 41 du Statut, examiner si les circonstances portées à son attention exigent l'indication de mesures conservatoires, mais n'est pas habilitée à conclure définitivement sur les faits ou leur imputabilité et que sa décision doit laisser intact le droit de chacune des Parties de contester les faits allégués contre elle, ainsi que la responsabilité qui lui est imputée quant à ces faits et de faire valoir ses moyens sur le fond» (*ibid.*, p. 22, par. 44)

et que:

[elle] n'est pas appelée à ce stade à établir l'existence de violations

sion on the present request for the indication of provisional measures, now to establish the existence of breaches of the Genocide Convention” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 8 April 1993, I.C.J. Reports 1993*, p. 22, para. 46).

The rationale of provisional measures is, consequently, limited to the preservation of the respective rights of the parties *pendente lite* which are the object of the dispute, rights which may subsequently be adjudged by the Court. As the Court stated in the *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* case:

“Whereas the Court, in the context of the proceedings concerning the indication of provisional measures, cannot make definitive findings of fact or of imputability, and the right of each Party to dispute the facts alleged against it, to challenge the attribution to it of responsibility for those facts, and to submit arguments, if appropriate, in respect of the merits, must remain unaffected by the Court’s decision” (*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Provisional Measures, Order of 15 March 1996, I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 23, para. 43).

12. Fundamental questions arise regarding the position of the Court on this particular matter.

The relationship between the use of armed force and genocide can be looked upon in two ways:

- (a) is the use of force *per se* an act of genocide or not? and,
- (b) is the use of force conducive to genocide and, if the answer is in the affirmative, what is it then, in the legal sense?

It is incontrovertible that the use of force *per se et definitione* does not constitute an act of genocide. It is a matter that needs no particular proving. However, it could not be inferred from this that the use of force is unrelated and cannot have any relationship with the commission of the crime of genocide. Such a conclusion would be contrary to elementary logic.

Article II of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide defines the acts of genocide as

“any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:

- (a) Killing members of the group;
- (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group;
- (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
- (d) Imposing measures intended to prevent births within the group;
- (e) Forcibly transferring children of the group to another group.”

de la convention sur le génocide» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 22, par. 46*).

La raison d'être des mesures conservatoires est par conséquent limitée à la préservation des droits des parties *pendente lite* qui sont l'objet du différend, droits qui peuvent ultérieurement faire l'objet de la décision de la Cour. Comme celle-ci le dit de nouveau dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*:

«Considérant que la Cour, dans le cadre de la présente procédure concernant l'indication de mesures conservatoires, n'est pas habilitée à conclure définitivement sur les faits ou leur imputabilité et que sa décision doit laisser intact le droit de chacune des Parties de contester les faits allégués contre elle, ainsi que la responsabilité qui lui est imputée quant à ces faits, et de faire valoir, le cas échéant, ses moyens sur le fond.» (*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, mesures conservatoires, ordonnance du 15 mars 1996, C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 23, par. 43*.)

12. Sur ce point en particulier, il se pose des questions fondamentales au sujet de la position de la Cour.

On peut considérer de deux façons le lien entre le recours à la force armée et le génocide:

- a) est-ce que l'emploi de la force est un acte de génocide *per se* ou non?
- b) l'emploi de la force favorise-t-il le génocide et, dans l'affirmative, qu'est-ce alors au sens juridique?

Indéniablement, l'emploi de la force, en soi et par définition, ne constitue pas un acte de génocide. Nul besoin d'en faire la preuve. Toutefois, il n'est pas possible d'en déduire que l'emploi de la force est sans rapport avec la commission du crime de génocide et qu'il n'est pas possible d'établir un tel rapport. Pareille conclusion serait contraire à la logique la plus élémentaire.

L'article II de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide définit les actes de génocide comme

«l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel:

- a) meurtre de membres du groupe;
- b) atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe;
- c) soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle;
- d) mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe;
- e) transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe».

Any of these acts can be committed also by the use of force. The use of force is, consequently, one of the possible means of committing acts of genocide. And, it should be pointed out, one of the most efficient means, due to the immanent characteristics of armed force.

Extensive use of armed force, in particular if it is used against objects and means constituting conditions of normal life, can be conducive to "inflicting on the group conditions of life" bringing about "its physical destruction".

Of course, it can be argued that such acts are in the function of degrading the military capacity of the Federal Republic of Yugoslavia. But such an explanation can hardly be regarded as a serious argument. For, the spiral of such a line of thinking may easily come to a point when, having in mind that military power is after all comprised of people, even mass killing of civilians can be claimed to constitute some sort of a precautionary measure that should prevent the maintenance or, in case of mobilization, the increase of military power of the State.

Of course, to be able to speak about genocide it is necessary that there is an intent, namely, of "deliberately inflicting on the group conditions of life" bringing about "its physical destruction in whole or in part".

In the incidental proceedings the Court cannot and should not concern itself with the definitive qualification of the intent to impose upon the group conditions in which the survival of the group is threatened. Having in mind the purpose of provisional measures, it can be said that at this stage of the proceedings it is sufficient to establish that, in the conditions of intensive bombing, there is an objective risk of bringing about conditions in which the survival of the group is threatened.

The Court took just such a position in the Order of 8 April 1993 on the indication of provisional measures in the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* case.

Paragraph 44 of that Order stated:

"Whereas the Court, in the context of the present proceedings on a request for provisional measures, has in accordance with Article 41 of the Statute to consider the circumstances drawn to its attention as requiring the indication of provisional measures, but cannot make definitive findings of fact or of imputability, and the right of each Party to dispute the facts alleged against it, to challenge the attribution to it of responsibility for those facts, and to submit arguments in respect of the merits, must remain unaffected by the Court's decision" (*I.C.J. Reports 1993*, p. 22).

The question of "intent" is a highly complicated one. Although the intent is a subjective matter, a psychological category, in contemporary criminal legislation it is established also on the basis of objective circumstances. Inferences of intent to commit an act are widely incorporated in

N'importe lequel des actes ci-dessus peut être commis également au moyen de la force. L'emploi de la force est par conséquent l'un des moyens possibles de commettre des actes de génocide. Et, il convient de le signaler, c'est l'un des moyens les plus efficaces, étant donné les caractères propres de la force armée.

L'emploi étendu de la force armée, en particulier s'il vise des objets et des infrastructures constituant les conditions de la vie normale, peut aboutir à «soumettre le groupe à des conditions d'existence» entraînant bel et bien «sa destruction physique».

On peut bien entendu objecter que les actes en question ont pour rôle d'affaiblir la puissance militaire de la République fédérale de Yougoslavie. Mais pareille explication peut difficilement représenter un argument valable. Le raisonnement, en effet, va rapidement emprunter un cercle vicieux : la puissance militaire étant après tout composée d'hommes, il est possible d'aller jusqu'à prétendre que le meurtre collectif d'une foule de civils tient en quelque sorte lieu de mesure de précaution de nature à empêcher d'entretenir la puissance militaire de l'Etat, voire de l'augmenter en cas de mobilisation.

Certes, pour pouvoir parler de génocide, il faut une intention, c'est-à-dire qu'il faut vouloir «soumettre intentionnellement le groupe à des conditions d'existence» entraînant «sa destruction physique totale ou partielle».

Lors de procédures incidentes, la Cour ne peut pas — et ne doit d'ailleurs pas — chercher à établir de façon définitive qu'elle est en présence d'une volonté de soumettre le groupe à des conditions d'existence de nature à menacer sa survie. Eu égard à l'objet des mesures conservatoires, on peut dire qu'à ce stade de la procédure, il suffit d'établir que, le groupe étant soumis à des bombardements intensifs, on court objectivement le risque de voir cette situation aboutir à menacer sa survie.

La Cour a précisément adopté cette position dans l'ordonnance qu'elle a rendue le 8 avril 1993 au sujet de l'indication de mesures conservatoires dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*.

Le paragraphe 44 de cette ordonnance se lit comme suit :

«Considérant que la Cour, dans le contexte de la présente procédure concernant l'indication de mesures conservatoires, doit, conformément à l'article 41 du Statut, examiner si les circonstances portées à son attention exigent l'indication de mesures conservatoires, mais n'est pas habilitée à conclure définitivement sur les faits ou leur imputabilité et que sa décision doit laisser intact le droit de chacune des Parties de contester les faits allégués contre elle, ainsi que la responsabilité qui lui est imputée quant à ces faits et de faire valoir ses moyens sur le fond.» (*C.I.J. Recueil 1993*, p. 22.)

La question de l'«intentionnalité» est extrêmement complexe. L'intention appartient au domaine subjectif, c'est une catégorie psychologique, mais, dans la législation pénale contemporaine, l'intention est également établie à partir de circonstances objectives. L'intention présumée de com-

legal systems. *Exempli causa*, permissive inferences as opposed to a mandatory presumption in the jurisprudence of the United States of America may be drawn even in a criminal case.

In any event, there appears to be a clear dispute between the Parties regarding “intent” as the constitutive element of the crime of genocide.

The Applicant asserts that “intent” can be presumed and, on the other hand, the Respondent maintains that “intent”, as an element of the crime of genocide, should be clearly established as *dolus specialis*. Such a confrontation of views of the Parties concerned leads to a dispute related to “the interpretation, application or fulfilment of the Convention”, including disputes relating to the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in Article III of the Convention.

13. At the same time, one should have in mind that whether “in certain cases, particularly that by the infliction of inhuman conditions of life, the crime may be perpetrated by omission” (Stanislas Plawski, *Etude des principes fondamentaux du droit international pénal*, 1972, p. 115. Cited in United Nations doc. E/CN.4/Sub.2/415 of 4 July 1978).

Since,

“Experience provides that a state of war or a military operations régime gives authorities a convenient pretext not to provide a population or a group with what they need to subsist — food, medicines, clothing, housing . . . It will be argued that this is inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part.” (J. Y. Dautricourt, “La prévention du génocide et ses fondements juridiques”, *Etudes internationales de psychosociologie criminelle*, Nos. 14-15, 1969, pp. 22-23. Cited in United Nations doc. E/CN.4/Sub.2/415 of 4 July 1978, p. 27.)

Of the utmost importance is the fact that, in the incidental proceedings, the Court cannot and should not concern itself with the definitive qualification of the intent to impose upon the group conditions in which the survival of the group is threatened. Having in mind the purpose of provisional measures, it can be said that at this stage of the proceedings it is sufficient to establish that, in the conditions of intensive bombing, there is an objective risk of bring about conditions in which the survival of the group is threatened.

Jurisdiction of the Court Ratione Temporis

14. The *ratione temporis* element of jurisdiction is considered by the Court to be the linchpin of its position regarding the absence of jurisdiction in this particular case. In its Order the Court states, *inter alia*:

mettre l'acte fait très communément partie du système juridique. Par exemple, aux Etats-Unis d'Amérique, la jurisprudence autorise la présomption plausible par opposition à la présomption concluante, même en matière pénale.

De toute façon, les Parties s'opposent très clairement, semble-t-il, au sujet de l'«intentionnalité» en tant qu'élément constitutif du crime de génocide.

Le demandeur affirme que l'«intention» peut être présumée tandis que le défendeur soutient qu'en tant qu'élément constitutif du crime de génocide, l'«intention» doit être clairement établie sous forme de dol spécial. Cette opposition de vues entre les Parties constitue un différend relatif à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la ... convention [sur le génocide]», les différends de ce type comprenant aussi les différends relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III de ladite convention.

13. En même temps, il ne faut pas oublier que, «dans certains cas, surtout dans le génocide par la soumission à des conditions inhumaines de vie, le crime peut être perpétré par omission» (Stanislas Plawski, *Etude des principes fondamentaux du droit international pénal*, 1972, p. 115. Cité dans Nations Unies, doc. E/CN.4/Sub.2/416 daté du 4 juillet 1978, p. 28).

En effet,

«[l]'expérience prouve que l'état de guerre ou le régime d'occupation de guerre sont un prétexte facile pour les autorités responsables pour ne pas fournir à une population ou à un groupe ce qui leur est nécessaire pour subsister: vivres, médicaments, vêtements, habitations ... On nous dira que c'est la soumission du groupe à des conditions d'existence susceptibles d'entraîner sa destruction physique totale ou partielle.» (J. Y. Dautricourt, «La prévention du génocide et ses fondements juridiques», *Etudes internationales de psychosociologie criminelle*, n^{os} 14-15, 1969, p. 22-23. Cité dans Nations Unies, doc. E/CN.4/Sub.2/416 daté du 4 juillet 1978, p. 28.)

Il est donc d'une importance primordiale de savoir que, lors de procédures incidentes, la Cour ne peut pas — et ne doit d'ailleurs pas — chercher à établir de façon définitive une volonté de soumettre le groupe à des conditions d'existence de nature à menacer sa survie. Eu égard à l'objet des mesures conservatoires, on peut dire qu'à ce stade de la procédure, il suffit d'établir que, le groupe étant soumis à des bombardements intensifs, on court objectivement le risque de voir cette situation aboutir à menacer sa survie.

Compétence de la Cour ratione temporis

14. Pour la Cour, l'élément *ratione temporis* de sa compétence donne la clé de la position qu'elle adopte dans la présente instance, en concluant qu'elle n'a pas compétence. Dans son ordonnance, la Cour déclare notamment :

“Whereas it is an established fact that the bombings in question began on 24 March 1999 and have been conducted continuously over a period extending beyond 25 April 1999; and whereas the Court has no doubt, in the light, *inter alia*, of the discussions at the Security Council meetings of 24 and 26 March 1999 (S/PV.3988 and 3989), that a ‘legal dispute’ (*East Timor (Portugal v. Australia)*, *I.C.J. Reports 1995*, p. 100, para. 22) ‘arose’ between Yugoslavia and the Respondent, as it did also with the other NATO member States, well before 25 April 1999 concerning the legality of those bombings as such, taken as a whole;

Whereas the fact that the bombings have continued after 25 April 1999 and that the dispute concerning them has persisted since that date is not such as to alter the date on which the dispute arose; whereas each individual air attack could not have given rise to a separate subsequent dispute; and whereas, at this stage of the proceedings, Yugoslavia has not established that new disputes, distinct from the initial one, have arisen between the Parties since 25 April 1999 in respect of subsequent situations or facts attributable to Portugal” (Order, paras. 27 and 28).

It appears that such a stance of the Court is highly questionable for two basic reasons:

- firstly, for reasons of a general nature to do with jurisprudence of the Court in this particular matter, on the one hand, and with the nature of the proceedings for the indication of provisional measures, on the other; and,
- secondly, for reasons of a specific nature deriving from the circumstances of the case in hand.

14.1. As far as the jurisdiction of the Court is concerned, it seems incontestable that a liberal attitude towards the temporal element of the Court’s jurisdiction in the indication of provisional measures has become apparent. The ground of such an attitude is the fact stressed by the Court almost regularly, so that:

“it cannot be accepted *a priori* that a claim based on such a complaint falls completely outside the scope of international jurisdiction;

the[se] considerations . . . suffice to empower the Court to entertain the Request for interim measures of protection;

the indication of such measures in no way prejudices the question of the jurisdiction of the Court to deal with the merits of the case and leaves unaffected the right of the Respondent to submit arguments against such jurisdiction” (*Anglo-Iranian Oil Co., Order of 5 July 1951, I.C.J. Reports 1951*, p. 93),

«Considérant qu'il est constant que les bombardements en cause ont commencé le 24 mars 1999 et se sont poursuivis, de façon continue, au-delà du 25 avril 1999; et qu'il ne fait pas de doute pour la Cour, au vu notamment des débats du Conseil de sécurité des 24 et 26 mars 1999 (S/PV.3988 et 3989), qu'un «différend d'ordre juridique» (*Timor oriental (Portugal c. Australie)*, C.I.J. Recueil 1995, p. 100, par. 22) a «surgi» entre la Yougoslavie et l'Etat défendeur, comme avec les autres Etats membres de l'OTAN, bien avant le 25 avril 1999, au sujet de la licéité de ces bombardements comme tels, pris dans leur ensemble;

Considérant que la circonstance que ces bombardements se soient poursuivis après le 25 avril 1999 et que le différend les concernant ait persisté depuis lors n'est pas de nature à modifier la date à laquelle le différend avait surgi; que des différends distincts n'ont pu naître par la suite à l'occasion de chaque attaque aérienne; et qu'à ce stade de la procédure, la Yougoslavie n'établit pas que des différends nouveaux, distincts du différend initial, aient surgi entre les Parties après le 25 avril 1999 au sujet de situations ou de faits postérieurs imputables au Portugal.» (Ordonnance, par. 27 et 28.)

Cette position, de la part de la Cour, me paraît extrêmement contestable pour deux raisons principales:

- la première explication a un caractère général intéressant la jurisprudence de la Cour en ce qui concerne la question, d'une part, et, de l'autre, intéressant le caractère de la procédure de l'indication de mesures conservatoires;
- la seconde explication a un caractère spécifique qui tient aux circonstances de la présente instance.

14.1. S'agissant de sa compétence, il paraît incontestable que la Cour adopte, quand il est question pour elle d'indiquer des mesures conservatoires, une attitude libérale à l'égard de l'élément temporel. La Cour est en l'occurrence motivée par un fait qu'elle met assez régulièrement en évidence:

«on ne saurait admettre *a priori* qu'une demande fondée sur un tel grief échappe complètement à la juridiction internationale;

[cette] constatation ... est suffisante pour autoriser en droit la Cour à examiner la demande en indication de mesures conservatoires;

l'indication de telles mesures ne préjuge en rien la compétence de la Cour pour connaître au fond de l'affaire et laisse intact le droit du défendeur de faire valoir ses moyens à l'effet de la contester» (*Anglo-Iranian Oil Co., ordonnance du 5 juillet 1951, C.I.J. Recueil 1951, p. 93*),

and

“on a request for provisional measures the Court need not, before indicating them, finally satisfy itself that it has jurisdiction on the merits of the case . . . it ought not to act under Article 41 of the Statute if the absence of jurisdiction on the merits is manifest” (*Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, *Interim Protection, Order of 17 August 1972*, *I.C.J. Reports 1972*, p. 15, para. 15; and, *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, *Interim Protection, Order of 17 August 1972*, *I.C.J. Reports 1972*, p. 33, para. 16).

It is hardly necessary to note that the formulation “need not . . . finally satisfy itself that it has jurisdiction on the merits of the case” relates to jurisdiction *in toto* and that, consequently, it includes also jurisdiction *ratione temporis*. The application of the above general attitude of the Court towards jurisdiction *ratione temporis* may be illustrated by two characteristic cases:

(a) In the disputes concerning *Lockerbie*, the Court established, *inter alia* that:

“in the course of the oral proceedings the United States contended that the requested provisional measures should not be indicated because Libya had not presented a *prima facie* case that the provisions of the Montreal Convention provide a possible basis for jurisdiction inasmuch as the six-month period prescribed by Article 14, paragraph 1, of the Convention had not yet expired when Libya’s Application was filed; and that Libya had not established that the United States had refused to arbitrate” (*Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)*, *Provisional Measures, Order of 14 April 1992*, *I.C.J. Reports 1992*, p. 122, para. 25),

and that,

“in the context of the [proceedings in the *Lockerbie* case] on a request for provisional measures, [the Court] has, in accordance with Article 41 of the Statute, to consider the circumstances drawn to its attention as requiring the indication of such measures, but cannot make definitive findings either of fact or of law on the issues relating to the merits, and the right of the Parties to contest such issues at the stage of the merits must remain unaffected by the Court’s decision” (*ibid.*, p. 126, para. 41).

(b) The question of jurisdiction of the Court *ratione temporis* in the proceedings for the indication of provisional measures also arose in

et

«lorsqu'elle est saisie d'une demande en indication de mesures conservatoires, la Cour n'a pas besoin, avant d'indiquer ces mesures, de s'assurer de manière concluante de sa compétence quant au fond de l'affaire, mais ... elle ne doit cependant pas appliquer l'article 41 du Statut lorsque son incompétence au fond est manifeste» (*Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), mesures conservatoires, ordonnance du 17 août 1972, C.I.J. Recueil 1972, p. 14, par. 15; et Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande), mesures conservatoires, ordonnance du 17 août 1972, C.I.J. Recueil 1972, p. 33, par. 16).*

Il n'est guère besoin de relever que le membre de phrase «n'a pas besoin ... de s'assurer de manière concluante de sa compétence quant au fond de l'affaire» vise la compétence *in toto* et que, par conséquent, il s'étend aussi à la compétence *ratione temporis*. Je donnerai deux exemples caractéristiques pour montrer que la Cour adopte communément l'attitude définie ci-dessus vis-à-vis de la compétence *ratione temporis*:

a) Dans les différends relatifs à l'affaire *Lockerbie*, la Cour a dit notamment ceci:

«lors de la procédure orale les Etats-Unis ont soutenu qu'il n'y avait pas lieu d'indiquer les mesures conservatoires demandées parce que la Libye n'avait pas établi, *prima facie*, que les dispositions de la convention de Montréal pouvaient constituer une base de compétence dans la mesure où le délai de six mois prescrit par le paragraphe 1 de l'article 14 de ladite convention n'était pas expiré lors du dépôt de la requête de la Libye; et ... la Libye n'avait pas établi que les Etats-Unis eussent refusé l'arbitrage» (*Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, C.I.J. Recueil 1992, p. 122, par. 25).*

et elle dit encore:

«dans le contexte de la [procédure relative à l'affaire *Lockerbie*], qui concerne une demande en indication de mesures conservatoires, [la Cour] doit, conformément à l'article 41 du Statut, examiner si les circonstances portées à son attention exigent l'indication de telles mesures, mais n'est pas habilitée à conclure définitivement sur les faits et le droit, et ... sa décision doit laisser intact le droit des Parties de contester les faits et de faire valoir leurs moyens sur le fond» (*ibid.*, p. 126, par. 41).

b) La question de la compétence *ratione temporis* de la Cour dans la procédure relative à l'indication de mesures conservatoires s'est éga-

the case concerning the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. In its Order on the request for the indication of provisional measures of 8 April 1993, the Court stated, *inter alia*:

“Whereas the Court observes that the Secretary-General has treated Bosnia-Herzegovina, not as acceding, but as succeeding to the Genocide Convention, and if this be so the question of the application of Articles XI and XIII of the Convention would not arise; whereas however the Court notes that even if Bosnia-Herzegovina were to be treated as having acceded to the Genocide Convention, with the result that the Application might be said to be premature when filed, ‘this circumstance would now be covered’ by the fact that the 90-day period elapsed between the filing of the Application and the oral proceedings on the request (cf. *Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 34); whereas the Court, in deciding whether to indicate provisional measures, is concerned not so much with the past as with the present and with the future; whereas, accordingly even if its jurisdiction suffers from the temporal limitation asserted by Yugoslavia — which it does not now have to decide — this is not necessarily a bar to the exercise of its powers under Article 41 of the Statute” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 8 April 1993, I.C.J. Reports 1993*, p. 16, para. 25).

As far as the nature of the proceedings for the indication of provisional measures is concerned, they are surely not designed for the purpose of the final and definitive establishment of the jurisdiction of the Court. That is why in the practice of the Court “prima facie jurisdiction” is almost uniformly referred to when the indication of provisional measures is involved. Although the explicit definition of “prima facie jurisdiction” is of course hard to find in the Court’s jurisprudence, its constitutive elements are relatively easy to determine. The determinant “prima facie” itself implies that what is involved is not a definitely established jurisdiction, but a jurisdiction deriving or supposed to be normally deriving from a relevant legal fact which is defined *in concreto* as the “title of jurisdiction”. Is reference to the “title of jurisdiction” sufficient *per se* for prima facie jurisdiction to be constituted? It is obvious that the answer to this question must be in the negative.

But, it could be said that the “title of jurisdiction” is sufficient *per se* to constitute prima facie jurisdiction except in case “the absence of jurisdiction on the merits is manifest” (*Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Interim Protection, Order of 17 August 1972, I.C.J. Reports*

lement posée dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*. Dans son ordonnance du 8 avril 1993 sur la demande en indication de mesures conservatoires, la Cour a notamment déclaré :

« Considérant que la Cour constate que le Secrétaire général a considéré la Bosnie-Herzégovine comme ayant non pas adhéré, mais succédé à la convention sur le génocide, et que, si tel était le cas, la question de l'application des articles XI et XIII de la convention ne se poserait pas; considérant toutefois que la Cour note que, même si la Bosnie-Herzégovine devait être considérée comme ayant adhéré à la convention sur le génocide, ce qui aurait pour conséquence que la requête pourrait être tenue pour prématurée au moment de son dépôt, « ce fait aurait été couvert » par l'écoulement du laps de temps de quatre-vingt-dix jours qui serait arrivé à son terme entre le dépôt de la requête et la procédure orale sur la demande (voir *Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 34*); que la Cour, en décidant si elle doit ou non indiquer des mesures conservatoires, se préoccupe moins du passé que du présent et de l'avenir; que, par conséquent, même si la compétence de la Cour était affectée par la limite de temps qu'invoque la Yougoslavie — point que la Cour n'a pas à trancher dans l'immédiat — cela ne constituerait pas nécessairement un obstacle à l'exercice par la Cour des pouvoirs qu'elle tient de l'article 41 de son Statut. » (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 16, par. 25.*)

S'agissant de la nature de la procédure relative à l'indication de mesures conservatoires, celle-ci n'est certainement pas conçue pour établir une fois pour toutes, de façon définitive, la compétence de la Cour. C'est pourquoi celle-ci, dans sa pratique, parle quasiment toujours de « compétence *prima facie* » quand il est question pour elle d'indiquer des mesures conservatoires. Il est bien entendu difficile de trouver dans la jurisprudence de la Cour une définition explicite de la « compétence *prima facie* », mais ses éléments constitutifs n'en sont pas moins relativement faciles à établir. Le qualificatif « *prima facie* » lui-même dit implicitement qu'il ne s'agit pas d'une compétence établie à titre définitif, il s'agit d'une compétence découlant, ou censée découler normalement, d'un fait juridique pertinent qui est défini *in concreto* comme le « titre de compétence ». Mais suffit-il d'invoquer le « titre de compétence » *per se* pour qu'il y ait compétence *prima facie*? Il ne fait aucun doute qu'il faut ici répondre par la négative.

On peut néanmoins dire que le « titre de compétence » suffit *per se* pour constituer une compétence *prima facie* sauf « lorsque [l']incompétence au fond est manifeste » (*Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), mesures conservatoires, ordonnance du 17 août 1972, C.I.J.*

1972, p. 15, para. 15; *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, *Interim Protection, Order of 17 August 1972*, *I.C.J. Reports 1972*, p. 33, para. 16).

In other words, in question is the case when absence of jurisdiction is obvious and manifest *stricto sensu*, i.e., when States try to use the Court in situations when there is no ground for jurisdiction whatsoever.

Well-established jurisprudence of the Court clearly shows that the absence of temporal element of jurisdiction of the Court, even if manifest, does not exclude jurisdiction of the Court if the temporal defect can be easily remedied.

In its Judgment on preliminary objections raised by Yugoslavia in the case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* of 11 July 1996, the Court stated *inter alia*:

“It is the case that the jurisdiction of the Court must normally be assessed on the date of the filing of the act instituting proceedings. However, the Court, like its predecessor, the Permanent Court of International Justice, has always had recourse to the principle according to which it should not penalize a defect in a procedural act which the applicant could easily remedy. Hence, in the case concerning the *Mavrommatis Palestine Concessions*, the Permanent Court said:

‘Even if the grounds on which the institution of proceedings was based were defective for the reason stated, this would not be an adequate reason for the dismissal of the applicant’s suit. The Court, whose jurisdiction is international, is not bound to attach to matters of form the same degree of importance which they might possess in municipal law. Even, therefore, if the application were premature because the Treaty of Lausanne had not yet been ratified, this circumstance would now be covered by the subsequent deposit of the necessary ratifications.’ (*P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 34.)

The same principle lies at the root of the following *dictum* of the Permanent Court of International Justice in the case concerning *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*:

‘Even if, under Article 23, the existence of a definite dispute were necessary, this condition could at any time be fulfilled by means of unilateral action on the part of the applicant Party. And the Court cannot allow itself to be hampered by a mere defect of form, the removal of which depends solely on the Party concerned.’ (*P.C.I.J., Series A, No. 6*, p. 14.)

The present Court applied this principle in the case concerning the *Northern Cameroons* (*I.C.J. Reports 1963*, p. 28), as well as *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua*

Recueil 1972, p. 15, par. 15; *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, mesures conservatoires, ordonnance du 17 août 1972, C.I.J. Recueil 1972, p. 33, par. 16).

Autrement dit, le cas de figure envisagé est celui où l'incompétence est évidente *stricto sensu*, c'est-à-dire quand les États veulent saisir la Cour alors qu'il n'existe rigoureusement aucun chef de compétence.

Il est parfaitement établi dans la pratique de la Cour que l'absence de l'élément temporel de sa compétence, même si elle est évidente, ne lui ôte pas sa compétence dès lors qu'il peut être aisément porté remède au défaut temporel.

Dans son arrêt sur les exceptions préliminaires soulevées par la Yougoslavie dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* en date du 11 juillet 1996, la Cour a déclaré notamment :

« Certes, la compétence de la Cour doit normalement s'apprécier à la date du dépôt de l'acte introductif d'instance. Cependant la Cour, comme sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale, a toujours eu recours au principe selon lequel elle ne doit pas sanctionner un défaut qui affecterait un acte de procédure et auquel la partie requérante pourrait aisément porter remède. Ainsi, dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, la Cour permanente s'est exprimée de la sorte :

« Même si la base de l'introduction d'instance était défectueuse pour la raison mentionnée, ce ne serait pas une raison suffisante pour débouter le demandeur de sa requête. La Cour, exerçant une juridiction internationale, n'est pas tenue d'attacher à des considérations de forme la même importance qu'elles pourraient avoir dans le droit interne. Dans ces conditions, même si l'introduction avait été prématurée, parce que le traité de Lausanne n'était pas encore ratifié, ce fait aurait été couvert par le dépôt ultérieur des ratifications requises. » (C.P.J.I. série A, n° 2, p. 34.)

C'est du même principe que procède le *dictum* suivant de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* :

« Même si la nécessité d'une contestation formelle ressortait de l'article 23, cette condition pourrait être à tout moment remplie par un acte unilatéral de la Partie demanderesse. La Cour ne pourrait s'arrêter à un défaut de forme qu'il dépendrait de la seule Partie intéressée de faire disparaître. » (C.P.J.I. série A n° 6, p. 14.)

La présente Cour a fait application de ce principe dans l'affaire du *Cameroun septentrional* (C.I.J. Recueil 1963, p. 28), ainsi que dans celle des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre*

v. *United States of America*) when it stated: 'It would make no sense to require Nicaragua now to institute fresh proceedings based on the Treaty, which it would be fully entitled to do.' (*I.C.J. Reports 1984*, pp. 428-429, para. 83.)

In the present case, even if it were established that the Parties, each of which was bound by the Convention when the Application was filed, had only been bound as between themselves with effect from 14 December 1995, the Court could not set aside its jurisdiction on this basis, inasmuch as Bosnia and Herzegovina might at any time file a new application, identical to the present one, which would be unassailable in this respect." (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, pp. 613-614, para. 26.)

The definitive and final establishment of the temporal element of jurisdiction in the proceedings for the indication of provisional measures is resisted, in addition to the nature of the proceedings as such, also by the nature of *ratione temporis* jurisdiction of the Court. Namely,

"jurisdiction *ratione temporis* does not exist as an independent concept of the law governing international adjudication, and more specifically of the law governing the jurisdiction and competence of the Court. It is a dependent concept, giving rise to a particular problem of determining the nature and effect of that dependency on the personal or the material jurisdiction of the Court, as the case may be." (Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, Vol. II, p. 583.)

14.2. Is it possible to argue that in the case in hand the reserve *ratione temporis* in the Yugoslav declaration of acceptance of compulsory jurisdiction of the Court is of such a nature that one could say that the "absence of jurisdiction on the merits" — is manifest?

There is no doubt that there exists a fundamental difference between the Parties concerning the qualification of the nature of the armed attack on the Federal Republic of Yugoslavia. The Respondent finds that two months of bombing and other acts aimed against the Federal Republic of Yugoslavia represent "a continued situation", an inextricable organic unity of a variety of acts, while Yugoslavia maintains that in question is a

"breach of an international obligation . . . composed of a series of actions or omissions in respect of separate cases, [that] occurs at the moment when that action or omission of the series is accomplished which establishes the existence of the composite act" (*The International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility, Part 1, Articles 1-35*, Art. 25 (2), p. 272).

In this respect, the Application has invoked Article 25 (2) of the Draft

celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), lorsqu'elle a déclaré : « Il n'y aurait aucun sens à obliger maintenant le Nicaragua à entamer une nouvelle procédure sur la base du traité — ce qu'il aurait pleinement le droit de faire. » (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 428-429, par. 83.)

En l'occurrence, quand bien même il serait établi que les Parties, qui étaient liées chacune par la convention au moment du dépôt de la requête, ne l'auraient été entre elles qu'à compter du 14 décembre 1995, la Cour ne saurait écarter sa compétence sur cette base dans la mesure où la Bosnie-Herzégovine pourrait à tout moment déposer une nouvelle requête, identique à la présente, qui serait de ce point de vue inattaquable. » (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 613-614, par. 26.)

Ce n'est pas seulement la nature de la procédure en indication de mesures conservatoires qui s'oppose à l'établissement définitif et concluant de l'élément temporel de la compétence, c'est aussi la nature même de la compétence *ratione temporis* de la Cour. En effet,

« la compétence *ratione temporis* n'existe pas en tant que concept indépendant du droit régissant les décisions judiciaires internationales, et plus particulièrement encore du droit régissant la juridiction et la compétence de la Cour. C'est un concept subordonné, donnant lieu à un problème particulier, consistant à déterminer la nature et l'effet de cette subordination sur la compétence personnelle ou matérielle de la Cour, selon le cas. » (Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, vol. II, p. 583.)

14.2. Est-il possible de soutenir qu'en l'espèce, la réserve *ratione temporis* figurant dans la déclaration yougoslave d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour est de nature à permettre de dire que l'« incompétence au fond est manifeste » ?

Il ne fait pas de doute que les Parties s'opposent fondamentalement au sujet de la qualification de l'attaque armée menée contre la République fédérale de Yougoslavie. Pour le défendeur, deux mois de bombardements et d'autres actes dirigés contre la République fédérale de Yougoslavie représentent « une situation continue », une unité organique inextricable composée d'un grand nombre d'actes, tandis que, pour la Yougoslavie, il s'agit d'une

« violation d'une obligation internationale ... compos[ée] d'une série d'actions ou omissions relatives à des cas distincts, [qui] se produit au moment de la réalisation de celle des actions ou omissions de la série qui établit l'existence du fait composé » (*Projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats, première partie, articles 1-35*, art. 25, p. 272, par. 2).

Il est d'ailleurs fait état dans la requête de ce paragraphe 2 de l'article 25

Articles on State Responsibility, prepared by the International Law Commission, which stipulates, *inter alia*, that:

“the time of commission of the breach extends over the entire period from the first of the actions or omissions constituting the composite act not in conformity with the international obligation and so long as such actions or omissions are repeated” (*The International Law Commission’s Draft Articles on State Responsibility, Part 1, Articles 1-35, Art. 25 (2), p. 272*).

This fundamental difference in the outlook on the armed attack on the Federal Republic of Yugoslavia, represents, legally speaking, “a disagreement over a point of law . . . a conflict of legal views or of interests between two persons” as defined in the *Mavrommatis Palestine Concessions (Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 11)*.

Consequently, in question is a dispute between the Parties, which is not, *per se*, a matter of jurisdiction, in particular not a matter of prima facie jurisdiction; however, the Court’s decision on this dispute may have an effect on its jurisdiction *ratione temporis*.

The Court, faced by a dispute of this kind, theoretically had two options at its disposal:

- (a) to resolve it *lege artis*. This possibility is, from the aspect of the Court’s well-settled jurisprudence, only theoretical. Because we are dealing here with a matter which, as a rule, is not solved in the proceedings for the indication of provisional measures but in the procedure dealing with the merits of the case;
- (b) to establish, as it has become customary for the Court, that there is a disagreement over a point of law, but that it

“cannot make definitive findings either of fact or of law on the issues relating to the merits, and the right of the Parties to contest such issues at the stage of the merits must remain unaffected by the Court’s decision” (*Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992, p. 126, para. 41*).

However, the Court has chosen a third, and, in my opinion, the least acceptable solution. The Court did not enter into the resolution of the case in hand; moreover, it has not even determined its basic features, nor established that the dispute, by its nature, is not appropriate for being dealt with in the proceedings the main purpose of which is to preserve the rights of either Party, rights to be confronted at the merits stage of the case. But, it has simply accepted one of the conflicting legal views and thus made an interesting turnaround — by entering the sphere of interim judgment, without a formal judgment.

du projet d'articles sur la responsabilité des Etats établi par la Commission du droit international, lequel dispose notamment aussi:

«le temps de perpétration de la violation s'étend sur la période entière à partir de la première des actions ou omissions dont l'ensemble constitue le fait composé non conforme à l'obligation internationale et autant que ces actions ou omissions se répètent» (*Projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats, première partie, articles 1-35, art. 25, p. 272, par. 2*).

Cette opposition fondamentale sur la façon de concevoir l'attaque armée dirigée contre la République fédérale de Yougoslavie représente, du point de vue juridique, «un désaccord sur un point de droit ... une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts» selon la définition donnée dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine (arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 11)*.

Il s'agit par conséquent d'un différend entre les Parties qui, en soi, ne porte pas sur la compétence, en particulier pas sur la compétence *prima facie*; toutefois, la décision que la Cour adoptera sur le différend peut avoir un effet sur sa compétence *ratione temporis*.

Face à un différend de ce type, la Cour a en principe le choix entre deux solutions:

- a) trancher le différend *lege artis*. Cette possibilité est, du point de vue de la jurisprudence bien établie de la Cour, exclusivement théorique. Nous avons en effet affaire ici à une question qui, en règle générale, se résout non pas lors de la procédure en indication de mesures conservatoires mais lors de la procédure sur le fond;
- b) dire, comme la Cour en a pris l'habitude, qu'il existe un désaccord sur un point de droit, mais qu'elle

«n'est pas habilitée à conclure définitivement sur les faits ou le droit, et que sa décision doit laisser intact le droit des Parties de contester les faits et de faire valoir leurs moyens sur le fond» (*Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, C.I.J. Recueil 1992, p. 126, par. 41*).

La Cour a toutefois choisi une troisième solution qui est, à mon avis, la moins acceptable. La Cour ne s'est pas penchée sur la solution du différend; en outre, elle n'a pas même établi quels sont ses principaux éléments, et n'a pas établi non plus que le différend en question, par sa nature même, ne saurait être traité lors d'une procédure qui a essentiellement pour objet de préserver les droits de chacune des parties, droits qu'il faudra confronter au stade de l'examen au fond. La Cour a purement et simplement accepté l'une des thèses juridiques opposées en prenant ainsi un curieux virage — c'est-à-dire qu'elle est entrée dans le domaine de la décision provisoire sans pour autant se prononcer formellement.

IV. OTHER RELEVANT ISSUES

15. In paragraph 15 of the Order the Court states:

“Whereas the Court is deeply concerned with the human tragedy, the loss of life, and the enormous suffering in Kosovo which form the background of the present dispute, and with the continuing loss of life and human suffering in all parts of Yugoslavia.”

The phrasing of the statement seems to me unacceptable for a number of reasons. First, the formulation introduces dual humanitarian concern. The Court is, it is stated, “deeply concerned”, while at the same time the Court states “the loss of life”. So, it turns out that in the case of “all parts of Yugoslavia” the Court technically states “the loss of life” as a fact which does not cause “deep concern”. Furthermore, the wording of the formulation may also be construed as meaning that Kosovo is not a part of Yugoslavia. Namely, after emphasizing the situation in Kosovo and Metohija, the Court uses the phrase “in all parts of Yugoslavia”. Having in mind the factual and legal state of affairs, the appropriate wording would be “in all other parts of Yugoslavia”. Also, particular reference to “Kosovo” and “all parts of Yugoslavia”, in the present circumstances, has not only no legal, but has no factual basis either. Yugoslavia, as a whole, is the object of attack. Human suffering and loss of life are, unfortunately, a fact, generally applicable to the country as a whole; so, the Court, even if it had at its disposal the accurate data on the number of victims and the scale of suffering of the people of Yugoslavia, it would still have no moral right to discriminate between them. Further, the qualification that “human tragedy and the enormous suffering in Kosovo . . . form the background of the present dispute” not only is political, by its nature, but has, or may have, an overtone of justification of the armed attack on Yugoslavia. Suffice it to recall the fact that the respondent State refers to its armed action as humanitarian intervention.

It is up to the Court to establish, at a later stage of the proceedings, the real legal state of affairs, namely, the relevant facts. At the present stage, the question of the underlying reasons for the armed attack on the Federal Republic of Yugoslavia is the object of political allegations. While the Respondent argues that what is involved is a humanitarian intervention provoked by the “human tragedy and the enormous suffering”, the Applicant finds that *sedes materiae* the underlying reasons are to be sought elsewhere — in the support to the terrorist organization in Kosovo and in the political aim of secession of Kosovo and Metohija from Yugoslavia.

Consequently, we are dealing here with opposed political qualifications

IV. AUTRES QUESTIONS PERTINENTES

15. Au paragraphe 15 de son ordonnance, la Cour dit :

« Considérant que la Cour est profondément préoccupée par le drame humain, les pertes en vies humaines et les terribles souffrances que connaît le Kosovo et qui constituent la toile de fond du présent différend, ainsi que par les victimes et les souffrances humaines que l'on déplore de façon continue dans l'ensemble de la Yougoslavie. »

Le libellé de cette déclaration me paraît inacceptable pour plusieurs raisons. La première est que cet énoncé fait part d'une préoccupation humanitaire double. La Cour dit être « profondément préoccupée » et évoque en même temps « les pertes en vies humaines » et « les victimes ». De sorte qu'en ce qui concerne « l'ensemble de la Yougoslavie », la Cour évoque techniquement « les victimes » comme un fait qui ne cause pas de « préoccupation profonde ». En outre, l'énoncé permet également de l'interpréter comme signifiant que le Kosovo ne fait pas partie de la Yougoslavie. C'est-à-dire qu'après avoir mis en relief la situation au Kosovo-Metohija, la Cour utilise l'expression « dans l'ensemble de la Yougoslavie ». Compte tenu de la situation de fait et de la situation de droit, il aurait fallu dire « dans le reste de la Yougoslavie ». De surcroît, faire allusion au « Kosovo » et à « l'ensemble de la Yougoslavie » non seulement n'a aucun fondement juridique dans la situation actuelle, mais ne repose pas sur les faits non plus. C'est l'ensemble de la Yougoslavie qui est attaqué. Les souffrances et les pertes en vies humaines sont malheureusement un fait s'appliquant en général au pays tout entier ; dans ces conditions, même si elle avait eu à sa disposition des chiffres précis concernant le nombre des victimes et l'ampleur des souffrances de la population de la Yougoslavie, la Cour n'aurait de toute façon pas eu le droit moral d'établir la moindre discrimination à cet égard. De plus, dire que « le drame humain ... et les terribles souffrances que connaît le Kosovo et qui constituent la toile de fond du présent différend » non seulement est une indication de caractère politique mais représente, ou pourrait représenter, une sorte de justification de l'attaque armée menée contre la Yougoslavie. Il suffit de rappeler à ce propos que l'Etat défendeur qualifie son action armée d'intervention humanitaire.

Il appartient à la Cour d'établir à un stade ultérieur de la procédure quelle est véritablement la situation en droit, c'est-à-dire quels sont les faits pertinents. Au stade actuel, la question des raisons profondes de l'attaque armée dirigée contre la République fédérale de Yougoslavie fait l'objet d'allégations politiques. Le défendeur soutient qu'il s'agit d'une intervention humanitaire provoquée par « le drame humain et les terribles souffrances », tandis que le demandeur estime que *sedes materiae* les raisons profondes sont à chercher ailleurs — dans le soutien apporté à l'organisation terroriste à l'œuvre au Kosovo et dans la volonté politique de sécession qui anime le Kosovo-Metohija.

Nous avons donc affaire ici à des qualifications politiques opposées

in which the Court should not, and, in my view, must not, enter except in the regular court proceedings.

16. The formulation of paragraph 49 of the Order leaves the impression that the Court is elegantly attempting to drop the ball in the Security Council's court. Essentially, it is superfluous because, as it stands now, it only paraphrases a basic fact that "the Security Council has special responsibilities under Chapter VII of the Charter". It can be interpreted, it is true, also as an appeal to the United Nations organ, specifically entrusted with the duty and designed to take measures in case of threat to the peace, breach of the peace or act of aggression; but, in that case the Court would need to stress also another basic fact — that a legal dispute should be referred to the International Court of Justice on the basis of Article 36, paragraph 3, of the United Nations Charter.

17. The Court, by using the term "Kosovo" instead of the official name of "Kosovo and Metohija", continued to follow the practice of the political organs of the United Nations, which, by the way, was also strictly followed by the respondent States.

It is hard to find a justifiable reason for such a practice. Except of course if we assume political opportuneness and involved practical, political interests to be a justified reason for this practice. This is eloquently shown also by the practice of the designation of the Federal Republic of Yugoslavia. After the succession of the former Yugoslav federal units, the organs of the United Nations, and the respondent States themselves, have used the term Yugoslavia (Serbia and Montenegro). However, since 22 November 1995, the Security Council uses in its resolutions 1021 and 1022 the term "Federal Republic of Yugoslavia" instead of the former "Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro)" without any express decision and in a legally unchanged situation in relation to the one in which it, like other organs of the United Nations, employed the term "Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro)". The fact that this change in the practice of the Security Council appeared on the day following the initialling of the Peace Agreement in Dayton gives a strong basis for the conclusion that the concrete practice is not based on objective, legal criteria but rather on political criteria.

By using the word "Kosovo" instead of the name "Kosovo and Metohija", the Court, in fact, is doing two things:

- (a) it gives in to the colloquial use of the names of territorial units of an independent State; and
- (b) it ignores the official name of Serbia's southern province, a name embodied both in the constitutional and legal acts of Serbia and of the Federal Republic of Yugoslavia. Furthermore, it runs contrary to the established practice in appropriate international orga-

dans lesquelles la Cour ne devrait pas entrer, cela lui est même interdit à mon avis, si ce n'est dans le cadre d'une procédure judiciaire normale.

16. L'énoncé du paragraphe 49 de l'ordonnance donne l'impression que la Cour cherche assez élégamment à renvoyer la balle dans le jardin du Conseil de sécurité. Pour l'essentiel, c'est inutile, parce que, sous sa forme actuelle, cet énoncé n'est qu'une simple paraphrase d'une donnée élémentaire qui est que «le Conseil de sécurité est investi de responsabilités spéciales en vertu du chapitre VII de la Charte». Il est possible, certes, de l'interpréter aussi comme un appel lancé à l'organe des Nations Unies qui est très précisément chargé de prendre des mesures en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix ou d'acte d'agression et qui a d'ailleurs été conçu à cet effet; mais, en l'occurrence, la Cour devrait rappeler aussi une autre donnée élémentaire: en vertu de l'article 36, paragraphe 3, de la Charte des Nations Unies, un différend juridique doit être soumis à la Cour internationale de Justice.

17. En utilisant l'appellation «Kosovo» au lieu de l'appellation officielle de «Kosovo-Metohija», la Cour a continué de suivre la pratique des organes politiques des Nations Unies, pratique dont, d'ailleurs, les Etats défendeurs ne se départissent jamais.

Il est difficile de justifier pareille pratique, sauf, bien entendu, si nous admettons que l'opportunité politique, les intérêts politiques et concrets sont à cet égard des arguments valables. C'est ce que montre également de façon éloquente la pratique suivie pour désigner la République fédérale de Yougoslavie. A la suite de la sécession de certaines parties de l'ancienne Fédération yougoslave, les organes des Nations Unies et les Etats défendeurs eux-mêmes ont utilisé la formule «Yougoslavie (Serbie et Monténégro)». Mais, depuis le 22 novembre 1995, le Conseil de sécurité utilise, dans ses résolutions 1021 et 1022, la formule «République fédérale de Yougoslavie» au lieu de l'ancienne formule «République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro)», sans qu'il y ait eu de décision expresse à cet égard et dans une situation de droit inchangée par rapport à celle dans laquelle le Conseil, comme d'autres organes des Nations Unies, se servait de la formule «République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro)». Le fait que ce changement de pratique du Conseil de sécurité date du lendemain du jour où a été paraphé l'accord de paix de Dayton autorise à soutenir avec assez de fermeté que cette pratique concrète ne s'inspire pas de critères juridiques objectifs mais plutôt de critères politiques.

En utilisant le terme «Kosovo» au lieu du nom «Kosovo-Metohija», la Cour, en fait, fait deux choses à la fois:

- a) elle adopte l'appellation courante et populaire servant à désigner les unités territoriales d'un Etat indépendant;
- b) elle laisse de côté l'appellation officielle de la province méridionale de Serbie, appellation consacrée par les actes constitutionnels et juridiques tant de la Serbie que de la République fédérale de Yougoslavie. En outre, la Cour agit ainsi contrairement à la pratique établie par

nizations. *Exempli causa*, the official designation of the southern Serbian province “Kosovo and Metohija” has been used in the Agreement concluded by the Federal Republic of Yugoslavia and the Organisation for Security and Co-operation in Europe (*International Legal Materials*, 1999, Vol. 38, p. 24).

Even if such a practice — which, in my opinion, is completely inappropriate not only in terms of the law but also in terms of proper usage — could be understood when resorted to by entities placing interest and expediency above the law, it is inexplicable in the case of a judicial organ.

18. A certain confusion is also created by the term “humanitarian law” referred to in paragraphs 18 and 47 of the Order. The reasons for the confusion are dual: on the one hand, the Court has not shown great consistency in using this term. In the *Genocide* case the Court qualified the Genocide Convention as a part of humanitarian law, although it is obvious that, by its nature, the Genocide Convention falls within the field of international criminal law (see dissenting opinion of Judge Kreća, in the case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, I.C.J. Reports 1996 (II)*, pp. 774-775, para. 108).

On the other hand, it seems that in this Order the term “humanitarian law” has been used with a different meaning, more appropriate to the generally accepted terminology. The relevant passage in the Order should be mentioned precisely because of the wording of its paragraphs 18 and 47. The singling out of humanitarian law from the rules of international law which the Parties are bound to respect may imply low-key and timid overtones of vindication or at least of diminishment of the legal implications of the armed attack on the Federal Republic of Yugoslavia.

Humanitarian law, in its legal, original meaning implies the rules of *jus in bello*. If, by stressing the need to respect the rules of humanitarian law, which I do not doubt, the Court was guided by humanitarian considerations, then it should have stressed *expressis verbis* also the fundamental importance of the rule contained in Article 2, paragraph 4, of the Charter, which constitutes a dividing line between non-legal, primitive international society and an organized, *de jure*, international community.

(Signed) Milenko KREĆA.

les organisations internationales compétentes. Par exemple, la désignation officielle de la province méridionale de Serbie «Kosovo-Metohija» est celle qui figure dans l'accord conclu par la République fédérale de Yougoslavie et l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (*International Legal Materials*, 1999, vol. 38, p. 24).

Même si pareille pratique, laquelle, à mon sens, est totalement incorrecte, non seulement sur le plan du droit mais aussi du point de vue du bon usage, pouvait se défendre quand elle émane d'entités qui situent l'intérêt et la commodité au-dessus de la loi, elle est inexplicable quand elle émane d'un organe judiciaire.

18. L'expression «droit humanitaire» que la Cour utilise aux paragraphes 18 et 47 de son ordonnance prête également à confusion, pour une double raison : d'un côté, la Cour ne manifeste pas une parfaite cohérence dans l'emploi de cette formule. Dans l'affaire de l'*Application de la convention sur le génocide*, la Cour a dit que ladite convention faisait partie du droit humanitaire, alors qu'il est manifeste qu'en raison de sa nature même, ladite convention relève du droit pénal international (voir l'opinion dissidente de M. Kreća dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires*, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 774-775, par. 108).

D'un autre côté, il me semble que dans la présente ordonnance, la formule «droit humanitaire» est employée en un sens différent plus proche du sens généralement accepté aujourd'hui. Et il convient de faire précisément état de l'extrait pertinent de l'ordonnance en raison même du libellé des paragraphes 18 et 47. En isolant le droit humanitaire parmi les règles de droit international que les parties sont tenues de respecter, il est possible que la Cour veuille, discrètement, voire timidement, justifier implicitement l'attaque armée dirigée contre la République fédérale de Yougoslavie ou tout au moins en atténuer les conséquences sur le plan du droit.

Dans son premier sens juridique, le droit humanitaire correspond implicitement aux règles du *jus in bello*. Si la Cour s'inspirait, comme je n'en doute nullement, de considérations humanitaires quand elle a souligné la nécessité de respecter les règles du droit humanitaire, elle aurait dû souligner expressément aussi l'importance fondamentale que revêt la règle énoncée à l'article 2, paragraphe 4, de la Charte, laquelle trace la ligne de démarcation entre une société internationale primitive, où le droit fait défaut, et une communauté internationale organisée où règne le droit.

(Signé) Milenko KREĆA.