

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE RANJEVA

Jurisdiction arbitrale et juridiction judiciaire — Cour internationale de Justice et fonction de catalyse du développement scientifique du droit international — Autorité de la jurisprudence — Solution de continuité et succession d'Etats et continuité de la solution juridictionnelle — Transposition de la solution Mavrommatis et revirement de la jurisprudence — Consentement juridictionnel et qualité d'Etat défendeur — Irrégularité des conditions de dépôt de la requête — Différence du traitement entre défendeur et demandeur — Article 35 du Statut: droit d'engager une action contentieuse — Article 34 du Statut: limitation de l'accès aux seuls Etats et définition de la qualité ou condition juridique des Etats dans l'instance: demandeur ou défendeur — Principe de l'égalité souveraine des Parties litigantes — Exclusion d'un traitement particulier du défendeur — Base consensuelle de la compétence — Différence avec le système de juridiction d'attribution — Compétence ratione materiae — Autonomie des instances et de la stratégie d'argumentation — Déclaration de succession de la RFY — Objection croate à la succession revendiquée — Distinction entre continuité des obligations conventionnelles et discontinuité de la personnalité juridique RSFY/RFY — Portée de la distinction sur l'article IX — Liens systémiques entre la convention de 1948 et le système des Nations Unies — Absence d'établissement par voie judiciaire du consentement juridictionnel de la Serbie — Circonstances historiques de la jurisprudence Mavrommatis — Particularités des mécanismes des traités de paix de 1919 — Droit de sortie de crises politiques.

1. Rendre la justice sur la base du droit au sein d'une institution judiciaire à vocation universelle est un exercice particulièrement difficile. La lisibilité de la justice sur le cours du temps peut amener des surprises. Une juridiction arbitrale, maître de sa décision, est responsable de son jugement devant les parties qui ont consenti à sa compétence uniquement. Une juridiction judiciaire, de son côté, relève d'une conception de politique juridique; elle est le conservateur du patrimoine que représente sa jurisprudence, qui contribue à la sécurité juridique et à la lisibilité du droit. Organe principal des Nations Unies, la Cour internationale de Justice jouit de l'autonomie fonctionnelle tout en participant aux objectifs de l'Organisation, notamment avec la pratique de la présentation du Rapport annuel des activités de la Cour à l'Assemblée générale. Par ailleurs, elle se voit reconnaître une mission particulière qu'on se plaît à lui reconnaître: le catalyseur du développement scientifique du droit international. Mais il est des cas où, pour des raisons scientifiques ou des raisons de technique juridique ou judiciaire, une incohérence par rapport à une décision antérieure peut être décelée par les observateurs et commentateurs, sans qu'on puisse réellement parler de revirement de jurisprudence. Des raisons liées à divers facteurs, notamment le comportement des parties (objet des demandes, stratégie d'argumentation ou de base

DISSENTING OPINION OF JUDGE RANJEVA

[Translation]

*Arbitral jurisdiction and judicial jurisdiction — The International Court of Justice and its role as a catalyst for scientific development of international law — Authority of jurisprudence — Solution of continuity and State succession and continuity of the jurisdictional solution — Transposal of Mavrommatis solution and reversal in case law — Consent to jurisdiction and status of the Respondent — Non-fulfilment of conditions for filing Application — Difference in treatment between Respondent and Applicant — Article 35 of the Statute: right to institute contentious proceedings — Article 34 of the Statute: limitation of access to States alone and definition of the legal status or position of States in proceedings: Applicant or Respondent — Principle of sovereign equality of parties to a dispute — No special treatment for Respondent — Consensual basis of jurisdiction — Difference vis-à-vis system of statutorily conferred jurisdiction — Jurisdiction *ratione materiae* — Argumentation strategies independent of proceedings — Declaration of succession by FRY — Croatian objection to claimed succession — Distinction between continuity of treaty obligations and discontinuity of legal personality of SFRY/FRY — Effect of this distinction on Article IX — Systemic links between 1948 Convention and United Nations system — Legally established consent to jurisdiction by Serbia lacking — Historical circumstances of Mavrommatis case jurisprudence — Specifics of mechanisms instituted by 1919 Peace Treaties — Law of resolving political crises.*

1. Rendering justice under the law in a judicial institution having universal jurisdiction is a particularly difficult exercise. The consistency of justice over the course of time can bring surprises. An arbitral court, unconstrained in its decisions, is responsible for its judgment only to the parties which have consented to its jurisdiction. A court of law, on the other hand, acts within the context of a concept of legal policy; it has a heritage to uphold embodied in its jurisprudence, which helps promote legal certainty and the consistency of the law. As one of the principal organs of the United Nations, the International Court of Justice enjoys operational autonomy while sharing in the objectives of the Organization, *inter alia*, through the practice of presenting an Annual Report on the Court's activities to the General Assembly. Moreover, the Court is recognized as having a specific mission, and one which is willingly attributed to it: to be a catalyst for the scientific development of international law. However, there are instances where, for scientific reasons or technical legal or judicial reasons, observers and commentators may note some inconsistency vis-à-vis a previous decision without there actually having been a reversal of any precedents. Reasons linked to various factors, particularly the conduct of the parties (subject-matter of claims, basic strategy, argumentation strategy, etc.) in the corresponding proceedings, can

invoquée...) dans les instances respectives, peuvent amener à concevoir des solutions différentes. Tel est le cas dans la présente affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, par rapport à l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 43): une transposition de la solution retenue en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (*ibid.*, ci-après «*BHY*») est impossible sur le plan juridique, car elle remet en cause l'économie fondamentale de la base de la compétence de la Cour internationale de Justice: le consentement.

* * *

2. En ce qui concerne la première exception préliminaire relative à la compétence de la Cour, pour statuer sur la demande de la Croatie, je suis au regret de ne pas pouvoir accepter la décision de la majorité. Je tiens toutefois à souligner que je n'estime pas pour autant que la Serbie soit fondée à ne pas répondre en droit international des violations de la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide, pour autant qu'elles aient été établies. Mais la saisine de la Cour dans laquelle la Croatie s'est engagée n'était pas appropriée.

3. La Cour a consacré la solution de continuité, s'agissant du statut juridique international de la Serbie, par rapport à la République fédérative socialiste de Yougoslavie (RFSY), pour accepter la continuité de la solution jurisprudentielle *BHY*. En se fondant sur le principe de la succession d'Etats intervenue pour justifier la continuité du lien conventionnel, par rapport à la convention de 1948, la Cour a accepté la solution de continuité ou la rupture de personnalité entre la RFSY et la Serbie. Le choix méconnaît toutefois la solution *BHY*, fondée au contraire sur la continuité de personnalité juridique entre la RFSY et la Serbie. Cette contradiction a amené la majorité à invoquer, à tort, la jurisprudence *Mavrommatis* (arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2) et, partant, à méconnaître la règle d'airain qu'est la base consensuelle de compétence de la Cour.

4. Le présent arrêt fera l'objet des commentaires les plus variés: il représente un revirement de jurisprudence sur les conditions d'accès à la Cour. Ainsi que l'arrêt le rappelle, c'est à la date du dépôt de la requête que la compétence juridictionnelle de la Cour est appréciée; à cette date critique, toutes les conditions requises pour l'exercice de la compétence doivent être satisfaites sous tous les aspects. Le présent arrêt, en se référant à la jurisprudence *Mavrommatis*, apporte, au nom d'une bonne administration de la justice, une remise en cause de cette norme bien établie. En d'autres termes, le non-respect de toutes les conditions de la compétence n'entraîne plus inéluctablement l'incompétence de la Cour. Ce cas de figure n'est pas inédit avec le *forum prorogatum*, qui

lead to different solutions being devised. Such is the situation in the present case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)* vis-à-vis the case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (*Judgment, I.C.J. Reports 2007 (I)*, p. 43): transposing the solution chosen in the case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (*ibid.*, hereinafter *BHY*) is impossible from the legal standpoint because it challenges the whole underlying logic of the basis of the jurisdiction of the International Court of Justice: consent.

* * *

2. As far as the first preliminary objection relating to the Court's jurisdiction to adjudicate Croatia's claim is concerned, I regretfully cannot accept the decision of the majority. I must emphasize, however, that this does not mean that I believe that Serbia has any ground not to answer for violations of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide under international law, in so far as such violations may be established. It is that the submission of the case to the Court by Croatia was inappropriate.

3. So far as the international legal status of Serbia in relation to the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY) is concerned, the Court has adopted the solution of continuity in order to accept the continuity of the Court's solution in the *BHY* case. By basing itself upon the principle of State succession in order to justify the continuity of the treaty obligation under the 1948 Convention, the Court has accepted the solution of continuity, which means a break in the continuity of the legal personality from the SFRY to Serbia. That choice, however, ignores the solution in the *BHY* case, which, on the contrary, was based on the continuity of the legal personality from the SFRY to Serbia. This contradiction prompted the majority to rely, in error, on the jurisprudence of the *Mavrommatis* case (*Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*), and thus ignore the golden rule that the jurisprudence of the Court is based on consent.

4. The present Judgment will elicit a wide range of comments: it constitutes a reversal of case law regarding conditions of access to the Court. Thus, as the Judgment recalls, it is at the date when an application is filed that the jurisdictional capacity of the Court is assessed; at that critical date, all the conditions necessary for the exercise of its jurisdiction must be fulfilled in all respects. For the sake of the sound administration of justice, the present Judgment, in referring to the jurisprudence of the *Mavrommatis* case calls that firmly established rule into question. In other words, failure to fulfil all the conditions of jurisdiction no longer leads inevitably to the Court's lack of jurisdiction. Such situations are not unknown underforum *prorogatum* whereby a State accepts jurisdiction

est le fait qu'un Etat accepte la compétence juridictionnelle postérieurement à la saisine de la Cour; le défaut de consentement représente un vice dont la purge relève de l'initiative potestative, c'est-à-dire discrétionnaire, de l'Etat défendeur. Les considérations liées à une bonne administration de la justice (manifestation explicite du consentement juridictionnel de la partie initialement défaillante et de l'économie procédurale) expliquant la solution ouverte retenue dans la jurisprudence du *forum prorogatum*.

5. Mais, en l'espèce, les problèmes se posent en des termes totalement différents car la carence affecte non pas le consentement qui peut faire l'objet d'une confirmation de manière potestative, mais la qualité même d'un Etat (en l'occurrence la Serbie), non pas pour accéder comme demandeur mais à être attiré devant la Cour comme défendeur. A deux reprises, la Cour a refusé à la République fédérale de Serbie-et-Monténégro (la Yougoslavie) le droit d'être partie à un différend devant la Cour (cf. affaires de la *Licéité de l'emploi de la force* en 2004 (C.I.J. Recueil 2004 (I, II, III), p. 279-1450) et affaire de la *Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996* (C.I.J. Recueil 2003, p. 7)). L'admission à l'Organisation des Nations Unies n'avait pas une portée rétroactive; elle ne pouvait pas rectifier le statut *sui generis* consécutif à la dissolution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie (RFSY) et antérieur à l'admission en 2000 en tant qu'Etat nouveau. En plus du révisionnisme judiciaire sur les relations entre la qualité d'Etat partie au Statut de la Cour internationale de Justice et l'appartenance à l'Organisation des Nations Unies, le présent arrêt remet en cause les conditions mêmes de l'exercice de sa compétence par la Cour.

6. Bien qu'il ne faille pas parler *stricto sensu* de *res judicata*, le présent arrêt privilégie la continuité de la jurisprudence de l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, qui dispose d'un corpus élaboré, tant sur le plan procédural que sur celui du fond du droit, pour répudier la solution retenue dans la *Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996*, exceptions préliminaires, en 2003 et les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force* en 2004. Il en résulte un manque de lisibilité ou de clarté et de cohérence de l'œuvre de la Cour ainsi qu'une méprise sur l'intelligence afférant à la nature de la fonction juridictionnelle dans le système des Nations Unies. Aussi suis-je au regret de manifester mon désaccord vis-à-vis de la décision de la majorité en l'espèce.

7. S'agissant des faits et du comportement des acteurs juridiques dans la présente instance, l'arrêt aurait dû insister sur les aspects particuliers qui différencient la présente affaire de l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*. En premier lieu, avant son admission aux Nations Unies, la République fédérale de Yougoslavie revendiquait, de manière non équivoque, sa continuité avec la RFSY, alors qu'elle oppose maintenant à la compétence de la Cour l'absence

after an application has been submitted to the Court; the absence of consent constitutes a defect which can be overcome by potestative initiative, that is to say, at the discretion of the respondent State. Considerations concerning the sound administration of justice (explicit indication of consent to jurisdiction by the party which had not initially indicated such consent and procedural efficiency) explain why this open solution has been upheld in *forum prorogatum* case law.

5. However, in the present instance, the circumstances are entirely different, since what is missing is not the consent which can be confirmed in a potestative manner, but the capacity itself of the State (that of Serbia in this instance), not to access the Court as an applicant, but to be brought before it as a respondent. On two occasions, the Court has refused to grant the Federal Republic of Serbia and Montenegro (Yugoslavia) the right to be a party to a dispute before the Court (see the cases concerning *Legality of Use of Force* in 2004 (*I.C.J. Reports 2004 (I, II, III)*), pp. 279-1450) and the case concerning *Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996* (*I.C.J. Reports 2003*, p. 7)). Its admission to the United Nations did not have a retroactive effect; it could not rectify its *sui generis* status following the break-up of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY) and prior to its admission in 2000 as a new State. In addition to judicial revisionism on the link between the status of State party to the Statute of the International Court of Justice and membership of the United Nations, the present Judgment calls into question the very conditions in which the Court exercises its jurisdiction.

6. Although strictly speaking we cannot talk about *res judicata*, the present Judgment favours the continuity of the jurisprudence of the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* case, which is supported by an extensive body of decisions on both procedural issues and the legal merits, in order to dismiss the solution adopted in the *Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996*, Preliminary Objections case in 2003 and the *Legality of Use of Force* cases in 2004. As a result, there is a lack of consistency and clarity in the work of the Court and a misunderstanding of the nature of the jurisdictional function within the United Nations system. I must therefore regretfully express my dissent from the decision of the majority in the present case.

7. As far as the facts and the conduct of the legal actors in the present proceedings are concerned, the Judgment should have emphasized the specific elements which differentiate the present case from the case concerning the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. First, prior to its admission to the United Nations, the Federal Republic of Yugoslavia claimed unequivocally its continuity from the SFRY, whereas it now objects to the Court's jurisdiction on the

d'effet rétroactif à son admission comme Etat nouveau. Hors toute considération d'éthique ou de morale, dans le cas de deux affaires différentes, y a-t-il, en droit pour un même Etat, une obligation de cohérence et de fidélité à une thèse? En deuxième lieu, à la différence de l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie) (exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 595)* (ci-après l'affaire de «*Bosnie*»), la Cour ne pouvait pas ignorer ou mettre de côté la protestation de la Croatie de 1994, par laquelle elle contestait la continuité revendiquée par la République fédérale de Yougoslavie. En effet, dans la lettre datée du 16 février 1994, adressée au Secrétaire général par le représentant permanent, la Croatie

«*s'élève énergiquement* contre le fait que la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) prétend assurer la continuité de l'Etat et de la personnalité juridique et politique internationale de l'ex-République fédérative socialiste de Yougoslavie.

[S]i la République fédérative de Yougoslavie ... notifiât son intention, en ce qui concerne son territoire, d'être considérée partie, en vertu de sa succession à la République fédérative socialiste de Yougoslavie, aux traités conclus par l'Etat prédécesseur à compter du 27 avril..., en sa qualité de nouvel Etat..., la République de Croatie honorerait pleinement cette notification de succession.» (Doc. S/1994/198 du 19 février 1994.)

En 1996, dans l'affaire de *Bosnie*, la République fédérale de Yougoslavie n'avait pas opposé comme exception préliminaire le statut d'Etat Membre *sui generis* qui lui était attribué. En dernier lieu, le lien entre la qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies ou d'Etat partie au Statut de la Cour internationale de Justice et l'accès à la Cour en qualité de défendeur relève-t-il de l'aménagement d'une bonne administration de la Justice?

8. Les décisions rendues en 2003 et 2004 par la Cour dans les affaires de la *Licéité de l'emploi de la force* et de la *Demande en revision de l'arrêt du 11 juillet 1996* représentent l'expression du dernier état du droit, s'agissant des rapports entre la qualité d'Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies et l'accès à la Cour à l'occasion d'un contentieux. Elles n'ont pas fait l'objet d'une remise en cause directe ou indirecte dans le dernier arrêt datant de 2007, alors que la conclusion finale relative à l'incompétence de la Cour avait été acquise à l'unanimité des membres, mais la différence des vues des membres de la Cour portait en revanche sur le terrain sur lequel la Cour statuait : une question plus d'opportunité que de légalité. A la différence des juridictions arbitrales *ad hoc* et pour la sécurité des rapports de droit entre Etats, la fidélité de la Cour à sa propre jurisprudence est considérée comme impérative. La question dans la présente instance porte sur le problème de la distinction à établir entre

ground that its admission as a new State had no retroactive effect. Leaving aside any ethical or moral considerations, where two separate cases are concerned, is there any obligation in law for a State to be consistent in or faithful to its arguments? Second, unlike *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia) (Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II))*, p. 595 (hereinafter the *Bosnia* case), the Court could not overlook or set aside the protest by Croatia in 1994 whereby it challenged the claims to continuity made by the Federal Republic of Yugoslavia. Indeed, in a letter dated 16 February 1994 addressed to the Secretary-General by its Permanent Representative, Croatia stated that it:

“*strongly objects* to the pretention of the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) to continue the state, international, legal and political personality of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia.

.
 [I]f the Federal Republic of Yugoslavia . . . expressed its intention to be considered, in respect of its territory, a party, by virtue of succession to the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, to treaties of the predecessor State, with effect from 27 April, . . . as a new State, . . . the Republic of Croatia would fully respect that notification of succession.” (Doc. S/1994/198, 19 February 1994.)

In 1996, in the *Bosnia* case, the Federal Republic of Yugoslavia did not raise as a preliminary objection the issue of the *sui generis* Member State status that had been attributed to it. Lastly, does the link between its status as a Member of the United Nations or as a State party to the Statute of the International Court of Justice and its access to the Court as a respondent correspond to the pursuit of the sound administration of justice?

8. The Court’s decisions of 2003 and 2004 in the *Legality of Use of Force* and *Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996* cases constitute the expression of the most recent state of the law concerning the relationship between the status of Member State of the United Nations and access to the Court in the event of a dispute. They were not called into question directly or indirectly by the latest judgment dating from 2007, when the final finding regarding the Court’s lack of jurisdiction was supported unanimously by the Members of the Court; but the difference in their views, on the other hand, had to do with the area on which the Court’s decision was made: a question more of appropriateness than of legality. Unlike *ad hoc* arbitral courts, it is considered imperative for the Court to abide by its own case law to assure certainty in legal relationships between States. The issue in the present proceedings concerns the distinction to be drawn between access as an applicant, which has been

l'accès comme demandeur ayant fait l'objet des décisions antérieures et l'attraire comme défendeur, qui n'a pas fait l'objet de décision antérieure.

9. Le problème réside d'abord dans la différence de traitement que la présente décision réserve au défendeur par rapport au demandeur. Un Etat peut être attrait devant la Cour nonobstant le non-respect intégral des conditions requises pour le *locus standi* à la date critique du dépôt de la requête. Cette différence de traitement affecte le principe de l'égalité des parties s'agissant des règles de procédure et de l'identité des règles de fond. Sur le terrain de l'égalité des parties vis-à-vis des règles de procédure, les parties ont droit à être jugées dans les mêmes conditions: c'est-à-dire qu'elles doivent satisfaire aux mêmes conditions pour accéder au prétoire (ici: être défendeur) et se soumettre aux mêmes règles procédurales, indépendamment de leur qualité de demandeur ou de défendeur. S'agissant de l'égalité de l'identité de la règle de fond de la procédure, la question est de savoir si, au regard du droit des Etats devant la Cour internationale de Justice, le fait de refuser d'être attrait comme défendeur à la suite d'une requête unilatérale représente une iniquité.

10. A l'examen, la différence de traitement entre le demandeur et le défendeur pourrait manquer de base directe, en ce sens qu'il s'agit d'un principe général de droit procédural. Il est difficile de ne pas rattacher le principe de l'égalité des droits et des conditions du demandeur et du défendeur aux dispositions de l'article 34 du Statut de la Cour, dont la rédaction doit être envisagée de manière comparative avec celle de l'article 35 lui-même. L'article 34 dispose que «Seuls les Etats ont qualité pour se présenter devant la Cour». Les dispositions rappelées des articles 35 et 34, dans la version française qui est le texte original, ainsi que l'a relevé l'arrêt dans l'affaire *LaGrand* («On pourrait cependant faire valoir, compte tenu du fait que la version française a été en 1920 la version originelle...» (*C.I.J. Recueil 2001*, p. 502, par. 100)), font la distinction entre «La Cour est ouverte aux Etats parties au présent Statut» (art. 35) et «Seuls les Etats ont qualité pour se présenter devant la Cour» (art. 34). La différence entre l'ouverture de la Cour et le droit de se présenter tient au fait que la première vise l'autorisation ou la faculté de saisir la Cour ou d'engager une action contentieuse, tandis que le second concerne la condition ou le titre sous lequel un Etat figure dans une instance contentieuse. L'article 35 ne traite que de l'accès d'un Etat au prétoire de la Cour: c'est-à-dire de la qualité pour saisir la juridiction et pour agir dans une instance déterminée. L'Etat qui se présente en tant que demandeur doit établir qu'il a, vis-à-vis du défendeur, un droit au regard de la demande. L'article 34, de son côté, vise deux questions: en premier lieu, la limitation de l'accès à la Cour aux Etats et l'exclusion des sujets de droit international autres que les Etats du prétoire; en second lieu, avec l'usage du mot *qualité*, le Statut envisage le titre ou la fonction qui caractérise le sujet de droit qui accède à la Cour, c'est-à-dire la condition juridique des Etats dans l'instance: être demandeur ou défendeur, selon le cas. L'interprétation combinée de ces deux objets amène au respect du

the subject of past decisions, and the bringing of a respondent before the Court, on which no previous decisions have been rendered.

9. The first aspect of this problem lies in the difference in treatment which the present decision attributes to the Respondent vis-à-vis the Applicant. A State may be brought before the Court, notwithstanding a complete failure to fulfil the conditions for *locus standi* at the critical date when the Application was filed. This difference in treatment affects the principle of equality of the parties in regard to the rules of procedure and the application of identical basic rules. As for the equality of the parties in regard to the rules of procedure, they have the right to be judged in the same conditions: that is to say, that they must fulfil the same conditions of access to the Court (in this case, to be the Respondent) and must comply with the same rules of procedure, irrespective of their status as applicant or respondent. As far as equality in the application of identical basic rules for the proceedings is concerned, the question is whether, under the law respecting States before the International Court of Justice, the act of refusing to be called as respondent following a unilateral application constitutes an injustice.

10. On closer examination, the difference in treatment between the applicant and the respondent may lack any direct basis, inasmuch as it concerns a general principle of procedural law. It is difficult not to link the principle of the equality of rights and conditions of the applicant and the respondent to the provisions of Article 34 of the Statute of the Court, the terms of which must be considered in comparison with those of Article 35. Article 34 stipulates, “Only States may be parties in cases before the Court.” The provisions recalled in Articles 35 and 34 in the French version of the Statute — which is the original text, as was noted in the Judgment in the *LaGrand* case (“It might however be argued, having regard to the fact that in 1920 the French text was the original version . . .” (*I.C.J. Reports 2001*, p. 502, para. 100)) — make a distinction between “*La Cour est ouverte aux Etats parties au présent Statut*” (“The Court shall be open to the States parties to the present Statute”) (Article 35) and “*Seuls les Etats ont qualité pour se présenter devant la Cour*” (“Only States may be parties in cases before the Court”) (Article 34). The difference between the Court being open and the right to be a party lies in the fact that the first provision concerns the authorization or faculty to bring a case before the Court or to initiate contentious proceedings, whereas the second concerns the condition or capacity in which a State may be involved in contentious proceedings. Article 35 only addresses the issue of the access of a State to the forum of the Court: that is its capacity to bring a case and act within specific proceedings. A State which comes before the Court as an applicant must establish that it has a right, vis-à-vis the respondent, with respect to its claim. Article 34, for its part, addresses two issues: first, limiting access to the Court to States and excluding other rights holders under international law which are not States and, second, by use of the word “*qualité*” the Statute considers the capacity or function of the rights holder accessing the Court: that is, the

principe de l'égalité souveraine des Etats et à la différenciation de la condition juridique, selon la qualité dont chaque partie se pare dans l'instance : défendeur ou demandeur, titre qui confère le droit de participer à la procédure. La conséquence inéluctable est, d'une part, l'égalité de condition quant à l'accès et, d'autre part, l'exclusion d'un traitement particulier différend au détriment du défendeur.

11. L'absence de dispositions spécifiques relatives au défendeur qui serait le pendant de l'article 35 s'explique en raison du caractère consensuel de la base de compétence de la Cour. Dans un système de juridiction d'attribution, la justice doit être assurée de façon que chaque justiciable puisse trouver un juge pour résoudre les différends juridiques; le statut et le régime de l'organisation judiciaire aménagent l'exercice du droit à la justice. Le juge compétent est saisi du désaccord à l'initiative du requérant qui impose un procès à son adversaire; les liens de droit entre les deux parties ne peuvent alors se situer dans un cadre contractuel ou consensuel. En d'autres termes, dans le cadre de relations légales au sein desquelles les pouvoirs et les devoirs des participants sont définis à l'instance, un sujet est tenu de se présenter devant le juge sans que son consentement préalable soit nécessaire.

12. Dans le système à base consensuelle de compétence, qui est celui de l'article 36 du Statut, au contraire, un Etat a le droit de refuser d'être attrait devant la Cour internationale de Justice sans son consentement. Ce principe justifie la place des exceptions d'incompétence et de recevabilité dans la conduite de l'instance. Sur le droit de la procédure au fond, ce principe explique l'absence de dispositions sur l'abus de procédure ou les procédures téméraires. Dans cet ordre d'idées s'inscrit l'absence de dispositions pendantes à l'article 35 du Statut s'agissant du défendeur. Une fois les conditions identiques à celles requises du demandeur satisfaites, il revient aux participants d'établir le consentement juridictionnel, notamment celui du défendeur. En raison de l'importance du consentement du défendeur pour que le lien se noue entre les parties litigantes, l'article 34 et, en particulier, son premier paragraphe sont rattachés au problème de la compétence *ratione personae*; on peut constater que les travaux préparatoires du Comité consultatif des juristes confirment cette interprétation (cf. B. Schenk von Stauffenberg, *Statut et Règlement de la Cour permanente de Justice internationale: éléments d'interprétation*, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1934, p. 217 et suiv.).

13. Malgré ces considérations, l'arrêt a préféré interpréter le silence des décisions antérieures dans un sens bien déterminé : sauvegarder et justifier la jurisprudence de l'arrêt dans l'affaire de 2007 face aux critiques. L'arrêt se livre en effet à une justification de la jurisprudence de 2007 dans un cadre surréaliste : défendre l'invraisemblable contre la réalité des faits. Ainsi que les juges présents lors de l'arrêt de 1996 et siégeant en

legal condition of States in proceedings as applicant or respondent as the case may be. The combined interpretation of these two points leads to compliance with the principle of the sovereign equality of States and a differentiation of their legal circumstances depending on the capacity in which they appear in the case, as respondent or applicant, such being the function that entitles them to take part in the proceedings. The inescapable consequences of this are, first, equality of standing in respect of access and, second, exclusion of any specific, different treatment that would place the respondent at a disadvantage.

11. The lack of any specific provisions concerning the respondent, which would be the counterpart of Article 35, can be explained by the consensual nature of the basis of the Court's jurisdiction. In a system of statutorily conferred jurisdiction, justice must be conducted in such a way that all potential litigants can find a court to resolve their dispute; the statutes and functioning of the court régime provide for the right to justice to be exercised. The dispute is put before the court with jurisdiction at the applicant's initiative, thereby making it necessary for his adversary to take part in proceedings; the legal bonds between the two parties cannot then be set within a contractual or consensual framework. In other words, in the framework of legal relationships within which the powers and obligations of the parties to the case are defined, one of the parties is obliged to appear before the court without any requirement for his prior consent.

12. On the other hand, in a system based on consent to jurisdiction, such as that established under Article 36 of the Statute, a State is entitled to refuse to be brought before the International Court of Justice without its consent. This principle accounts for the importance of objections regarding jurisdiction and admissibility in the conduct of proceedings. As far as the law of procedure on merits is concerned, this principle explains the lack of provisions on abuse of process and frivolity. Similarly, this is why there is no counterpart to Article 35 of the Statute concerning the respondent. Once the same conditions as those required of the applicant have been fulfilled, it is for the participants to establish consent to jurisdiction, in particular the consent of the respondent. In view of the importance of the respondent's consent for the connection between the parties in dispute to be established, Article 34 and, in particular, its first paragraph are linked to the issue of jurisdiction *ratione personae*, an interpretation which we can note is borne out by the *travaux préparatoires* of the Advisory Committee of Jurists (see B. Schenk von Stauffenberg, *Statut et Règlement de la Cour permanente de Justice internationale: éléments d'interprétation*, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1934, pp. 217 *et seq.*).

13. Despite these considerations, the Judgment has chosen to interpret the silence of previous decisions in a very specific way: to safeguard and justify the case law of the Judgment of the 2007 case against critics. Indeed the Judgment engages in a justification of the 2007 case law in a surreal context: defending the implausible from the real facts. As the judges present at the time of the 1996 Judgment and still sitting in 2007

2007 l'ont attesté dans leur opinion conjointe, on ne peut supputer quoi que ce soit du silence de l'arrêt de 1996 sur la qualité à se présenter devant la Cour. L'inconfort atteint son sommet quand, faute d'arguments objectifs, l'arrêt utilise comme ultime recours un argument d'autorité en justifiant la possibilité pour la Cour de s'abstenir de toute explication sur un point qui peut être soulevé d'office, même si celui-ci met en cause l'ordre public de la procédure contentieuse devant la Cour, car il est préalable même aux procédures préliminaires! Un débat hors sujet, et en tout cas non concluant, sur la question débattue au cours de la présente instance.

14. On doit se demander si l'arrêt n'a pas dans la présente affaire abouti aux mêmes conclusions que les tribunaux arbitraux du Centre international de règlement des différends relatifs à l'investissement (CIRDI) dans les affaires *Southern Pacific Properties (Middle East) c. République arabe d'Egypte* (1985) et *Asian Agricultural Products Limited (AAP) c. Sri Lanka* (1990). La juridiction arbitrale s'est référée à la condition liée au consentement des deux parties pour la saisine du CIRDI et a interprété de manière extensive l'expression de l'acceptation du mode CIRDI de règlement des différends. La juridiction arbitrale pouvait ne pas faire preuve de rigueur excessive car il y avait, à la base, un commencement de manifestation du consentement; on n'a pas à faire, alors, à une simple conclusion logique judiciaire.

15. Le caractère consensuel de la base de compétence signifie que la compétence doit toujours être discutée et établie selon un processus judiciaire. Elle ne peut être uniquement scientifique, c'est-à-dire justifiée par des considérations logiques. C'est un principe de prudence. Il ne faut l'établir en faisant dire plus que les éléments de fait et de droit pertinent signifient.

16. Pour ces raisons, c'est à tort que l'arrêt a traité différemment les conditions d'un Etat à être partie devant la Cour, selon la qualité de demandeur ou de défendeur.

* * *

17. La compétence *ratione materiae* pose le problème de l'historique du statut de la République fédérale de Yougoslavie vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies et de ses conséquences sur le caractère *sui generis* de la République fédérale de Yougoslavie et sur le statut de la Serbie vis-à-vis de l'article IX de la convention sur le génocide. Dans les circonstances de la présente affaire, contrairement à la solution retenue dans l'affaire de *Bosnie*, la démarche de l'arrêt est critiquable car elle manque de base pour être crédible.

18. A juste titre, l'arrêt a tenu à assurer la cohérence de sa jurisprudence en transposant la solution de la jurisprudence au fond de l'affaire de *Bosnie* de manière verticale. Mais, en évitant d'examiner avec soin les aspects particuliers ou spécifiques de la présente affaire, l'arrêt a manqué

stated in their joint opinion, nothing can be deduced from the silence of the 1996 Judgment on capacity to appear before the Court. The unease is further heightened when, for lack of objective arguments, the Judgment turns as a last resort to an *ipse dixit* justifying the possibility for the Court to refrain from furnishing any explanation on a point which can be raised *ex officio*, even if that point calls into question the very foundation of contentious proceedings before the Court since it is preliminary to even the preliminary proceedings! This was an irrelevant and, in any event, inconclusive debate on the issue addressed in the course of the present case.

14. One must wonder if the Judgment in the present case has not arrived at the same conclusions as the arbitral tribunals of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) in the *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt* (1985) and *Asian Agricultural Products Limited (AAP) v. Sri Lanka* (1990) cases. The arbitral tribunals referred to the condition linked to the consent of the two parties for putting the dispute before the ICSID and interpreted their acceptance of ICSID dispute settlement methods in broad terms. The arbitral tribunals did not have to be overly strict because there was evidence of an incipient indication of consent; one cannot then talk of a simple logical legal conclusion.

15. The consensual nature of the basis of jurisdiction means that jurisdiction must always be debated and established by means of a judicial procedure. It cannot be solely “scientific”, that is, justified by logical considerations. This is a precautionary principle. Jurisdiction must not be established by attributing a greater meaning to the relevant elements of fact and law than they possess.

16. For these reasons, the Judgment is mistaken in the difference in treatment it attributes to the conditions for a State to be a party before the Court depending on whether that State is the applicant or the respondent.

* * *

17. The jurisdiction *ratione materiae* raises the issue of the history of the status of the Federal Republic of Yugoslavia vis-à-vis the United Nations and the consequences thereof on the *sui generis* position of the Federal Republic of Yugoslavia and on the status of Serbia with respect to Article IX of the Genocide Convention. In the circumstances of the present case, unlike the solution chosen in the *Bosnia* case, the Judgment’s approach is open to criticism because it lacks a basis in order to be credible.

18. Quite properly, the Judgment has sought to ensure consistency by transposing vertically the solution from the precedent of the *Bosnia* proceedings on the merits. However, by avoiding a careful examination of the particular or specific aspects of the present case, the Judgment is

de rigueur, tant est vraie l'affirmation selon laquelle toute affaire est unique en fait et en droit.

19. A une question préalable, l'arrêt n'apporte pas de réponse. Un défendeur dans une instance antérieure peut-il soutenir une argumentation nouvelle et contraire à celle qu'il a exposée auparavant? L'examen de la présente affaire établit que le différend porte sur le même droit: la violation de la convention sur le génocide; et, relativement à des faits similaires, les séquelles de la dissolution de la RFSY. S'agissant de la cause de l'instance, les revendications du demandeur tendent aux mêmes fins que celles soumises dans l'affaire de *Bosnie*. Le différend consécutif à la dissolution de la RFSY s'est nourri de lui-même. Dans les circonstances de l'espèce, la jonction d'instance, aux termes des dispositions de l'article 47 du Règlement, aurait pu faire l'objet d'une démarche de la part de la Cour car, même en l'absence du consentement des Parties, elle n'est pas inconcevable. Au moment du dépôt de la requête croate, l'affaire de *Bosnie* était encore pendante et la Cour n'aurait pas eu à rendre des arrêts quasi identiques, alors que le cadre est ici compliqué. Le mode de traitement distinct et autonome des affaires relatives à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* et à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, ainsi que l'absence d'une décision de jonction d'instance, laissent aux parties dans la seconde affaire la maîtrise de leur stratégie d'argumentation relative à leur propre statut. De son côté, la Cour ne peut se prévaloir de la décision dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* pour statuer dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)* sur les droits des parties qui peuvent former leur propre demande et soutenir leurs propres moyens de fait et de droit. Elle doit en particulier motiver ses conclusions de manière substantielle sur les moyens spécifiques développés dans la présente instance.

20. Trois actes jalonnant l'évolution de la compréhension du statut juridique de la Serbie après 1992 auraient dû donner lieu à un examen plus approfondi: en premier lieu, la déclaration de continuité effectuée par la République fédérale de Yougoslavie; en deuxième lieu, l'objection croate de 1994 à la continuité revendiquée par la République fédérale de Yougoslavie; et enfin l'admission de la République fédérale de Yougoslavie à l'Organisation des Nations Unies comme Etat nouveau après la suspension de sa participation à l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies. L'application simultanée de ces trois actes a amené la Cour à parler, depuis 1992, de situation *sui generis*, plus par commodité de langage que par référence à une catégorie juridique préétablie. Aussi y a-t-il lieu de compléter l'analyse de l'arrêt, quitte à aboutir à des conclusions différentes.

21. La déclaration de continuation effectuée par la République fédé-

lacking in rigour, given the axiom that each case is unique in facts and in law.

19. To one preliminary question the Judgment brings no answer. Can a party which has been a respondent in previous proceedings submit new arguments contrary to those it has put forward in the past? Examination of the present case reveals that the dispute concerns the same question of law: violation of the Genocide Convention. It also relates to similar facts: the after-effects of the break-up of the SFRY. As for what is at issue in the case, the Applicant's claims seek the same redress as those submitted in the *Bosnia* case. The dispute following the break-up of the SFRY fed upon itself. In the circumstances of the present case, a joinder of the proceedings under the terms of Article 47 of the Rules of Court might have been an option for the Court, since it is not inconceivable even without the consent of the parties. When the Croatian Application was filed the *Bosnia* case was still pending and the Court would not have been obliged to deliver largely identical judgments, when the context in this instance is complex. The distinct and independent approaches to the cases concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* and *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, along with the lack of a decision to join the proceedings, give the Parties to the second case full control over their strategies of argumentation regarding their own status. For its part, the Court can draw no advantage from the decision in the case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* in adjudicating the case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)* as to the rights of the Parties which can submit their own claims and support their own arguments of fact and law. The Court must, in particular, provide substantive reasons for its findings on the specific arguments advanced in the present case.

20. Three acts punctuating the evolving understanding of the legal status of Serbia from 1992 should have given rise to a more detailed examination: first, the declaration of continuity made by the Federal Republic of Yugoslavia; second, the Croat objection in 1994 to the continuity claimed by the Federal Republic of Yugoslavia; and finally, the admission of the Federal Republic of Yugoslavia to the United Nations as a new Member State after the suspension of its participation in the United Nations General Assembly. The combined effect of those three acts has prompted the Court, since 1992, to talk of a *sui generis* situation, more out of linguistic convenience than by reference to a pre-established legal category. Consequently, there is reason to supplement the Judgment's analysis, even if it means arriving at different conclusions.

21. The declaration of continuity made by the Federal Republic of

rale de Yougoslavie représente en réalité une notification de succession et s'inscrit dans le cadre des stipulations de la convention sur la succession d'États en matière de traités; elle lui est opposable. Cet aspect est sans intérêt pour la présente instance. S'agissant de la convention pour la prévention et la suppression du crime de génocide, le caractère impératif des obligations qu'elle stipule est reconnu comme la conséquence du fondement des prescriptions sur le droit coutumier.

22. Le cœur du problème affecte la portée de l'objection croate de 1994 à l'égard de la continuation revendiquée par la République fédérale de Yougoslavie sur le sort de l'article IX dans les relations juridictionnelles entre les deux Parties litigantes. La Cour ne peut considérer ces actes unilatéraux comme de simples chiffons de papier et doit y attacher des conséquences de droit.

23. Dans les relations entre la Croatie et la République fédérale de Yougoslavie, la difficulté résulte de la lettre de la représentation permanente de la Croatie auprès des Nations Unies datée du 16 février 1994. Ce document officiel n'a pas été, à tort, pris en considération dans l'arrêt pour fonder sa décision sur la question relative à la succession d'États intervenue dans les rapports contentieux entre les deux Parties. Comme il est dit dans ce document,

«si la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) notifiait son intention, en ce qui concerne son territoire, d'être considérée partie, en vertu de sa succession à la République fédérative socialiste de Yougoslavie, aux traités conclus par l'Etat prédécesseur à compter du 27 avril 1992, date à laquelle la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro), en sa qualité de nouvel Etat, a assumé la responsabilité de ses relations internationales, la République de Croatie honorerait pleinement cette notification de succession» (doc. S/1994/198 (1994)).

24. L'objet de la lettre consistait en la contestation de la déclaration de la République fédérale de Yougoslavie datée du 27 avril 1992. Elle constituait une objection constitutive d'une réserve à cette continuité revendiquée. A l'analyse, plusieurs aspects doivent être mis en évidence: d'abord le rejet de la continuation de la personnalité de la RFSY par la République fédérale de Yougoslavie; ensuite l'acceptation de la continuité des obligations conventionnelles *ratione loci*, c'est-à-dire l'applicabilité sur le territoire de la République fédérale de Yougoslavie des obligations conventionnelles ayant fait l'objet d'une succession; et enfin la mise en demeure de la République fédérale de Yougoslavie de répondre aux offres de la Croatie. La lettre croate signifie que, informée de la déclaration de succession d'avril 1992, la République de Croatie considère que, s'agissant des relations conventionnelles entre les Croates et les Serbes, cette lettre lui est opposable à l'égard de la République fédérale de Yougoslavie dans les termes que la Croatie a définis: continuité en matière d'obligations conventionnelles et clause d'application territoriale. En revanche, toute idée de continuité personnelle de l'Etat est exclue, en

Yugoslavia actually represents a notification of succession and falls within the framework of the requirements of the Convention on Succession of States in respect of Treaties; it is binding upon it. This aspect is of no interest in the present case. As for the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, the *erga omnes* nature of the obligations which it lays down is acknowledged as the consequence of the basis of those provisions in customary law.

22. The crux of the problem concerns the scope of Croatia's 1994 objection to the continuity claimed by the Federal Republic of Yugoslavia on the fate of Article IX in the jurisdictional relationship between the two Parties in dispute. The Court cannot regard these unilateral acts as mere scraps of paper and must attribute legal consequences to them.

23. In relations between Croatia and the Federal Republic of Yugoslavia the difficulty stems from the letter from the Permanent Representative of Croatia to the United Nations dated 16 February 1994. This official document was mistakenly not taken into consideration in the Judgment as a basis for the decision on the issue of State succession that arose in the litigious relationship between the Parties. As stated in that document,

“if the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) expressed its intention to be considered, in respect of its territory, a party, by virtue of succession, to the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, to treaties of the predecessor State, with effect from 27 April 1992, the date on which the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro), as a new State, assumed responsibility for its international relations, the Republic of Croatia would fully respect that notification of succession” (doc. S/1994/198 (1994)).

24. The subject-matter of the letter was a protest against the declaration of 27 April 1992 by the Federal Republic of Yugoslavia. It constituted an objection entering a reservation to the claim of continuity. On closer analysis, various aspects must be emphasized: first, a rejection of the continuity of the personality of the SFRY by the Federal Republic of Yugoslavia; next an acceptance of the continuity of the treaty obligations *ratione loci*: that is the applicability to the territory of the Federal Republic of Yugoslavia of treaty obligations for which a succession had taken place; and, lastly, a formal notice to the Federal Republic of Yugoslavia to accept Croatia's offer. The Croat letter means that, having been informed of the declaration of succession of April 1992, the Republic of Croatia considered that, with respect to treaty ties between the Croats and the Serbs, the letter is binding upon it vis-à-vis the Federal Republic of Yugoslavia within the terms which Croatia established therein: a continuity of treaty obligations combined with a clause of territorial applicability. However, any notion of the continuity of the personality of the State is ruled out, par-

particulier en ce qui concerne la dimension organique et institutionnelle en rapport avec les Nations Unies.

25. Dans ce contexte innommé et particulier s'inscrit le problème du sort de la clause compromissoire de l'article IX. Une première conclusion s'impose: ladite déclaration est opposable à son auteur et définit le cadre juridique de ses relations avec la Serbie dans le cadre de la présente affaire. En outre, la clause compromissoire, étant détachable du système d'obligations de la convention sur le génocide, doit être traitée de manière autonome, en ce sens qu'il y a lieu de lui faire application des règles propres à l'expression du consentement juridictionnel, qui doit être établi de manière explicite et non pas implicite, c'est-à-dire à partir de conclusions logiques. En l'espèce, un doute sur la continuité se justifie compte tenu, d'une part, des liens systémiques que l'arrêt lui-même rappelle entre la convention de 1948, la participation au système des Nations Unies, et ce indépendamment de la continuité des liens d'obligations conventionnelles multilatérales au fond, et, d'autre part, du lien organique entre la Cour et le système des Nations Unies. Face au *distinguo* établi par la Croatie dans sa correspondance de 1994 en réponse à la déclaration de la République fédérale de Yougoslavie de 1992, il n'est pas établi que la Croatie a accepté la clause juridictionnelle avec l'autre Partie, ni qu'elle soit opposable à la Croatie dans les rapports juridictionnels en l'espèce. Cette conclusion, peut-être surprenante, s'impose en raison du caractère consensuel de la base de compétence car la Cour internationale de Justice n'est pas une juridiction d'attribution dont les compétences pourraient être interprétées de manière extensive.

26. Pour ces raisons, l'article IX ne rentre pas dans le périmètre du domaine de la succession dans les relations entre la Croatie et la Serbie.

* * *

27. En l'espèce, l'extension de la jurisprudence *Mavrommatis* à l'égard de l'Etat défendeur est critiquable, dès lors que, à la date du dépôt de la requête, le défendeur ne satisfaisait pas aux conditions requises pour se présenter devant la Cour. La régularisation des actes introductifs de la requête n'est pas une pratique inconnue, comme le rappelle à juste titre l'arrêt: ainsi, le *forum prorogatum* s'inscrit dans cette perspective, s'agissant de la base fondamentale de la compétence. Il s'agit du fait pour un Etat d'accepter la compétence de la CIJ postérieurement à la saisine. Les raisons de cette pratique sont exposées par la Cour dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*.

28. En l'espèce, le problème tient au fait que, à la date du dépôt de la requête, le défendeur ne satisfaisait pas aux conditions requises d'un Etat pour se présenter devant la Cour. L'arrêt, transposant le principe *infans conceptus pro nato habetur*, en ce sens que la procédure est réputée régulièrement engagée dès lors que le demandeur remplit toutes les conditions

ticularly as far as the organic and institutional dimensions vis-à-vis the United Nations are concerned.

25. It is in this specific and unqualified context that the issue of the fate of the dispute settlement clause in Article IX lies. An initial conclusion cannot be avoided: the declaration in question is binding upon its author and lays down the legal framework of its relationship with Serbia within the context of the present case. Furthermore, as the dispute settlement clause is severable from the system of obligations of the Genocide Convention, it must be addressed independently inasmuch as there is reason to apply specific rules to the indication of consent to jurisdiction, which must be established explicitly and not implicitly, that is, based on logical conclusions. In the present case, a doubt about continuity is justified given, on the one hand, the systemic ties which the Judgment itself recalls between the 1948 Convention and participation in the United Nations system — irrespective of the continuity of the substantive ties of obligation under multilateral treaties — and, on the other hand, the organic link between the Court and the United Nations system. In view of the distinction drawn by Croatia in its 1994 letter in response to the 1992 declaration by the Federal Republic of Yugoslavia, it is not demonstrated that Croatia accepted the jurisdictional clause with respect to the other Party or that it can be binding upon Croatia in the jurisdictional context of the present case. This possibly surprising conclusion must be drawn because of the consensual nature of the basis of jurisdiction, since the International Court of Justice is not a court of statutorily conferred jurisdiction, whose sphere of competence can be interpreted broadly.

26. For these reasons Article IX does not fall within the scope of succession in relations between Croatia and Serbia.

* * *

27. In the present case, the extension of the jurisprudence of the *Mavrommatis* case with respect to the Respondent is open to criticism since, at the date when the Application was filed, the Respondent did not fulfil the conditions required to appear before the Court. It is not unknown for applications instituting proceedings to be validated after they have been filed, as the Judgment rightly recalls: *forum prorogatum*, for example, corresponds to just such a situation, serving as the underlying basis for jurisdiction. This occurs when a State accepts the jurisdiction of the ICJ after the case has been brought. The reasons for this practice were explained by the Court in the case concerning *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*.

28. In the present instance the problem lies in the fact that at the date of filing of the Application, the Respondent did not fulfil the conditions required of a State in order to appear before the Court. The Judgment, in transposing the *infans conceptus pro nato habetur* principle in the sense that the proceedings are regarded as having been instituted according to

requis, a considéré que, pour des questions de bonne administration de la justice, l'admission postérieure de la Serbie au sein des Nations Unies a régularisé les circonstances et les conditions du dépôt de l'acte introductif. Apparemment, pour des raisons d'économie de procédure et dans une conception peu formaliste du droit du contentieux international, rien ne s'opposerait à ce que la réalisation des conditions de saisine fût appréciée à la date à laquelle toutes les conditions sont satisfaites. En l'occurrence, l'admission de la Serbie-et-Monténégro aux Nations Unies en 2000 était la solution. Il importait de ne pas imposer à la Partie demanderesse d'introduire à nouveau une nouvelle requête pour la même affaire, le même objet, la même demande, la même cause et contre le même Etat. Mais la conclusion de la Cour sur la première exception préliminaire est critiquable, à supposer même que la Cour fût compétente. A cette fin, l'arrêt s'appuie sur la jurisprudence *Mavrommatis*.

29. Le contenu du principe *Mavrommatis* a été exposé à suffisance dans l'arrêt. En revanche, la conclusion à laquelle la décision a abouti ne peut être acceptée, faute d'une analyse rigoureuse de la décision *Mavrommatis* et des décisions subséquentes invoquées.

30. Le commentaire exégétique du passage cité au paragraphe 82 s'imposait au lieu du simple rappel de la conclusion de la Cour permanente de Justice internationale. L'économie de procédure est justifiée par plusieurs facteurs qui sont mis en évidence :

- la condition qui faisait défaut portait sur le caractère inachevé de l'obligation internationale de l'article 11 du mandat sur la Palestine : elle était prescrite mais n'était pas encore en vigueur. A la lecture de l'arrêt, rien ne permet de penser que cette obligation pût avoir un caractère non irréversible ;
- le caractère discrétionnaire ou potestatif de l'initiative de la Partie demanderesse pour présenter à nouveau la requête ;
- l'insuffisance de motif pour débouter la requête initiale.

31. L'analyse de la jurisprudence *Mavrommatis* amène à faire les observations suivantes. En premier lieu, la Cour permanente de Justice internationale avait été saisie par voie de compromis. Ce mode consensuel de saisine présume l'absence de vices dirimants de nature à remettre en cause le mode juridictionnel choisi de commun accord. En deuxième lieu, l'initiative de la correction relève de la compétence du demandeur. Cette perspective a été reprise s'agissant des décisions subséquentes visées dans le présent arrêt. Ainsi, dans l'affaire de *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie (compétence, arrêt n° 6, 1925, C.P.J.I. série A n° 6)*, l'arrêt parle d'acte unilatéral de la Partie demanderesse. En dernier lieu, le vice qui entache la régularité de la saisine de la juridiction relève de la responsabilité exclusive de la partie intéressée, c'est-à-dire la demanderesse.

32. Une conclusion s'impose : les conditions indiquées par l'arrêt

the rules providing that the applicant fulfilled all of the conditions required, has held that for reasons relating to the sound administration of justice the subsequent admission of Serbia to the United Nations validated the circumstances and conditions of the filing of the Application. Evidently, for reasons of procedural economy and with a not very formalistic view of the law of international disputes, nothing is said to stand in the way of the fulfilment of the conditions for submitting a case to the Court being assessed at the date when all of those conditions have been met. In the present instance, the admission of Serbia and Montenegro to the United Nations in 2000 represented the solution. The important thing was not to oblige the Applicant to file a new Application once again in the same case, with the same subject-matter, the same claim, the same reason and against the same State. However, the Court's finding on the first preliminary objection can be criticized, even if we were to assume that the Court had jurisdiction. For this reason, the Judgment relies on the jurisprudence of the *Mavrommatis* case.

29. The content of the *Mavrommatis* principle has been abundantly discussed in the Judgment. However, the conclusion at which that decision arrived cannot be accepted owing to the lack of a rigorous analysis of the *Mavrommatis* ruling and the subsequent judgments referred to.

30. An analysis should have been made of the passage quoted in paragraph 82 rather than a simple recollection of the finding of the Permanent Court of International Justice. The overall procedural economy is justified by a number of points which are put forward:

- the condition that was missing, which concerned the incomplete nature of the international obligation under Article 11 of the Mandate for Palestine: it had been established but had not at that point entered into force. On reading the Judgment, nothing suggests that that obligation might have been of an irreversible nature;
- the discretionary or potestative nature of the Applicant's initiative to submit its Application again;
- insufficient grounds for dismissing the initial Application.

31. An analysis of the jurisprudence of the *Mavrommatis* case prompts the following comments. First, the case was brought before the Permanent Court of International Justice by way of a special agreement. Such a consensual means of submitting a case presumes a lack of absolute defects of a kind that would call into question the choice of court made by common agreement. Second, the corrective initiative lay within the powers of the Applicant. This aspect was repeated in the subsequent decisions mentioned in the present Judgment. Thus in the *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* case (*Jurisdiction, Judgment No. 6, 1925, P.C.I.J., Series A, No. 6*), the Judgment talks of unilateral action on the part of the applicant Party. Lastly, the defect marring the regularity of the submission of the case to the Court lay within the exclusive responsibility of the party concerned, that is, the Applicant.

32. A conclusion can be drawn: the conditions indicated by the *Mav-*

Mavrommatis ne se retrouvent pas dans la présente affaire. En premier lieu, la question concerne non pas la compétence *ratione personae* de la Cour mais une question préalable à la compétence: le droit ou l'obligation de pouvoir être attrait devant la Cour. Il s'agit d'un point de droit préalable. En effet, si la condition de se présenter devant la Cour n'est pas satisfaite, il n'y a pas de différend justiciable à la limite. En deuxième lieu, le défaut relevé lors du dépôt de la requête concerne le statut du défendeur dans l'instance, question sur laquelle le demandeur n'a aucune prise. En dernier lieu, dans la présente affaire, l'initiative de la régularisation de la condition échappe à l'initiative du demandeur; la maîtrise du préalable à la question préliminaire de la compétence relève d'un autre ordre de compétence qui est extérieur et à la Cour et aux Parties. Pour ces raisons, transposer les principes de la jurisprudence *Mavrommatis* est constitutif d'une erreur de fait et de droit.

33. Enfin, il n'est pas inutile de rappeler les raisons de politique judiciaire et jurisprudentielle de la jurisprudence *Mavrommatis*.

34. La limitation de l'obligation de déclaration à la partie requérante mérite un examen particulier. Ce serait sur la base des travaux préparatoires de 1920 et de la jurisprudence *Wimbledon (arrêts, 1923, C.P.J.I. série A n° 1)* qu'on pourrait envisager la limitation des dispositions du premier alinéa au demandeur, sans interface s'agissant du défendeur. Comment, en l'absence d'une clause compromissaire valide, un Etat peut-il être attrait devant la Cour du seul fait que le demandeur satisfait aux conditions stipulées par le Statut? L'interprétation des dispositions de l'article 35 en faveur de la limitation des conditions d'accès aux seuls Etats parties demanderesse s'inscrit dans l'économie générale des traités de paix de Versailles. Les travaux préparatoires ont montré à suffisance que les alinéas 1 et 2 envisagés dans leur ensemble visaient le cas particulier des Etats centraux, les puissances vaincues qui ne pouvaient prétendre, particulièrement en 1919-1920, revendiquer une égalité de droits avec les vainqueurs. Pour reprendre les propos de sir Cecil Hurst et le commentaire de von Stauffenberg, ainsi que les travaux préparatoires du Statut, dans l'économie générale des traités de paix de 1919, deux considérations devaient être mises en exergue. D'une part, les Etats vaincus (l'Allemagne et les puissances centrales) avaient plus de chances de comparaître comme défendeurs devant la Cour. D'autre part, dans le cadre de ces traités, il était difficile de reconnaître aux Etats vaincus un droit de revendiquer l'égalité des droits avec les Etats vainqueurs; à leur égard, il n'était pas aberrant de penser que la Cour permanente de Justice internationale avait le caractère d'une juridiction quasi d'attribution dans le système des traités de paix de 1919. Dans le cadre de la Charte des Nations Unies, le principe fondamental de l'égalité souveraine des Etats rend toute rupture d'égalité contraire aux principes de ce nouvel ordre mondial. On est amené à se demander si, dans une perspective de sortie de crise dans le cadre du chapitre VII de la Charte, la Serbie n'avait pas été traitée comme Etat vaincu comparable à l'Allemagne en 1919. La Cour aurait dû ici trancher cette question de droit. Ces considérations

rommatis Judgment do not exist in the present case. First, the question does not concern the jurisdiction *ratione personae* of the Court, but an issue preliminary to jurisdiction: the right or obligation to be able to be brought before the Court as a respondent. This is a preliminary point of law. Indeed, if the condition governing appearance before the Court is not fulfilled, there is ultimately no dispute capable of judicial resolution. Second, the defect noted when the Application was filed concerned the status of the Respondent in the proceedings, a matter beyond the power of the Applicant. Lastly, the initiative to fulfil the missing condition lies outside the powers of the Applicant; control over that which is preliminary to the preliminary issue of jurisdiction comes under a different order of authority, one which is beyond both the Court and the parties. For these reasons, transposing the principles of the jurisprudence in the *Mavrommatis* case constitutes an error of fact and of law.

33. Finally, it is not without interest to recall the reasons of judicial and jurisprudential policy underlying the *Mavrommatis* Judgment.

34. Particular attention must be paid to the limitation of the obligation of declaration to the Applicant. It is on the basis of the *travaux préparatoires* of 1920 and the jurisprudence of the S.S. “Wimbledon” case (*Judgments, 1923, P.C.I.J., Series A, No. 1*) that we can envisage the limitation of the provisions of the first paragraph to the Applicant, without there being corresponding rules for the Respondent. How, in the absence of a valid dispute settlement clause, can a State be brought before the Court on the sole basis that the Applicant fulfils all the conditions laid down by the Statute? The interpretation of the provisions of Article 35 in terms of limiting the conditions of access to applicant States parties flows from the overall structure of the Versailles Peace Treaties. The *travaux préparatoires* amply demonstrated that paragraphs 1 and 2 viewed as a whole were aimed specifically at the former Central Powers, the defeated States, which could not, particularly in 1919-1920, seek to claim equal rights with the victors. To restate the remarks made by Sir Cecil Hurst and the commentary by von Stauffenberg, as well as the *travaux préparatoires* of the Statute, within the general context of the 1919 Peace Treaties, two considerations must be emphasized. First, there was greater likelihood of the defeated States (Germany and the other Central Powers) appearing before the Court as respondents. Second, within the context of those treaties, it was difficult to confer upon the defeated States a right to claim equal rights with the victors; so far as the defeated States were concerned, it was not absurd to regard the Permanent Court of International Justice as possessing something similar to statutorily conferred jurisdiction within the system of the 1919 Peace Treaties. In the context of the United Nations Charter, the fundamental principle of the sovereign equality of States renders any departure from such equality contrary to the principles of the new world order. One might thus wonder if, from the perspective of a solution to a crisis falling under Chapter VII of the Charter, Serbia has been treated as a defeated State, comparable to Germany in 1919. The Court should have resolved

expliquent les limites d'une interprétation très stricte de l'article 35 dans une perspective de son application générale.

35. En ce qui concerne l'affaire *Wimbledon*, on rappellera qu'elle a été portée devant la Cour permanente de Justice internationale en vertu de l'article 386 du traité de Versailles. L'Allemagne, n'étant pas encore membre de la Société des Nations, était Partie défenderesse. Une déclaration n'était pas considérée comme nécessaire pour deux raisons: 1) la réserve spéciale de l'alinéa 2 de l'article 35 vise en particulier les dispositions du traité de paix (cf. historique de l'article); 2) l'article vise seulement les parties demanderesses alors que l'Allemagne était défenderesse, une hypothèse non envisagée à Versailles.

36. Le lien entre les traités de paix de Versailles de 1919 et le mécanisme institué par les dispositions des articles 34 et 35 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, reprises dans le Statut de la Cour actuelle, montre la dimension politique du projet: les droits judiciaires des Etats vaincus ne sont pas traités sur un pied d'égalité avec ceux des autres Etats.

(Signé) Raymond RANJEVA.

this question of law. These considerations explain the limits of a very narrow interpretation of Article 35 with a view to its general application.

35. As far as the *S.S. "Wimbledon"* case is concerned, it will be recalled that it was brought before the Permanent Court of International Justice pursuant to Article 386 of the Treaty of Versailles. Germany, which had yet to become a Member of the League of Nations at that point, was the Respondent. A declaration was not considered necessary for two reasons: (1) the special reservation in Article 35, paragraph 2, specifically concerns the provisions of the Peace Treaty (see the drafting history of the article); (2) the article only mentions applicant parties, whereas Germany was the Respondent, a possibility which had not been foreseen at Versailles.

36. The link between the Versailles Peace Treaties of 1919 and the mechanism established by the provisions of Articles 34 and 35 of the Statute of the Permanent Court of International Justice, carried over in the Statute of the present Court, reveals the political dimension of the project: the judicial rights of defeated States are not treated on a basis of equality with those of other States.

(Signed) Raymond RANJEVA.
