

DISSENTING OPINION OF JUDGE *AD HOC* KREĆA

TABLE OF CONTENTS

	<i>Page</i>
I. GENERAL ISSUES	557
1. The consistency as a purported principle of the majority reasoning	557
2. What is the possible backing of the inconsistency?	566
3. Nature of the issue of jurisdiction	574
II. SPECIFIC ISSUES <i>IN CASU</i>	579
1. <i>Jus standi</i> of the Respondent	579
(a) General approach of the majority to the <i>jus standi</i> requirement	579
(b) Nature and characteristics of the <i>jus standi</i> requirement	581
(c) Majority's decision-making framework	583
(d) The <i>Mavrommatis</i> rule, as a purported legal basis for reconciliation	585
(e) The substantial incapability of the <i>Mavrommatis</i> rule to produce the desired effects <i>in casu</i>	586
(f) Sound administration of justice as a purported basis for the establishment of the desired exception to the general rule	589
(g) <i>Compétence de la compétence</i> as an improper <i>modus operandi</i>	592
(h) Effects of seisin of the Court	593
(i) If valid, why was not the alleged exception applied in the <i>Legality of Use of Force</i> cases?	595
2. Jurisdiction <i>ratione materiae</i>	599
(a) General approach of the majority	599
(b) Whether the 1992 declaration could be considered a unilateral legal act in terms of international law?	602
(c) The issue of intention	604
(d) Whether the "intention of the FRY" is separable from the continuity condition?	606
(e) The effects of the 1992 declaration	608
(f) Could the 1992 declaration be considered a notification of succession?	608
(g) Could the Respondent be considered a party to the Genocide Convention on the basis of the 1992 declaration and its conduct?	619
(h) Legal effects of the admission of the FRY/Serbia to the United Nations as a new State	622

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE *AD HOC* KREČA

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
I. QUESTIONS GÉNÉRALES	557
1. La cohérence en tant que principe censé fonder le raisonnement majoritaire	557
2. Comment expliquer l'incohérence des décisions de la Cour?	566
3. Nature de la question de la compétence	574
II. QUESTIONS SPÉCIFIQUES EN L'ESPÈCE	579
1. Le <i>jus standi</i> du défendeur	579
a) Conception générale de la majorité de la condition relative au <i>jus standi</i>	579
b) Nature et caractéristiques de la condition de <i>jus standi</i>	581
c) Cadre dans lequel la majorité a pris sa décision	583
d) La règle <i>Mavrommatis</i> en tant que prétendu fondement juridique de la conciliation	585
e) L'incapacité substantielle de la règle <i>Mavrommatis</i> à produire les effets souhaités en l'espèce	586
f) La bonne administration de la justice comme fondement de l'établissement de l'exception souhaitée à la règle générale	589
g) La compétence de la compétence en tant que <i>modus operandi</i> inapproprié	592
h) Effets de la saisine de la Cour	593
i) Si elle était valide, pourquoi la prétendue exception appliquée dans les affaires relatives à la <i>Licéité de l'emploi de la force</i> ne l'a-t-elle pas été en l'espèce?	595
2. Compétence <i>ratione materiae</i>	599
a) Conception générale de la majorité	599
b) La déclaration de 1992 peut-elle être considérée comme un acte juridique unilatéral au regard du droit international?	602
c) La question de l'intention	604
d) L'«intention de la RFY» est-elle séparable de la condition de continuité?	606
e) Les effets de la déclaration de 1992	608
f) La déclaration de 1992 peut-elle être considérée comme une notification de succession?	608
g) Le défendeur pourrait-il être considéré comme partie à la convention sur le génocide sur la base de la déclaration de 1992 et de son comportement?	619
h) Effets juridiques de l'admission de la RFY/Serbie à l'Organisation des Nations Unies en tant que nouvel Etat	622
	148

- | | |
|--|-----|
| (i) The relevance of the Secretary-General's/Secretariat's action in the exercise of the depositary function | 624 |
| 3. Preliminary objection to the jurisdiction of the Court, and to admissibility <i>ratione temporis</i> | 632 |
| 4. Preliminary objection to the admissibility of claims relating to the submission of certain persons to trial, provision of information on missing Croatian citizens, and return of cultural property | 635 |

*

I. GENERAL ISSUES

1. *The consistency as a purported principle of the majority reasoning*

1. It seems that the principle of judicial consistency understood as “consistency with its own past case law. . . especially. . . in different phases of the same case or with regard to closely related cases” (*Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 330, para. 3; joint declaration of Vice-President Ranjeva, Judges Guillaume, Higgins, Kooijmans, Al-Khasawneh, Buergenthal and Elaraby) should have been the essence of the majority reasoning in the present case. Even for the standards of the Court itself in whose jurisprudence the principle of consistency has a prominent place, there is a conspicuous reference to the course “not. . . to depart from previous findings, particularly when similar issues were dealt with in the earlier decisions, as in the current case” (*Judgment*, para. 104) or similarly couched (*exempli causa, ibid.*, paras. 53, 54, 71, 76, 141).

2. The consistency as such may *in concreto* be evaluated at three levels:

- (a) consistency *in casu* (horizontal consistency);
- (b) limited vertical consistency, i.e., consistency in cases in which the Federal Republic of Yugoslavia (FRY)/Serbia was involved as a party; and
- (c) general vertical consistency in terms of the consistency of decisions taken by the Court in cases in which the FRY/Serbia was involved, in the light of the general jurisprudence of the Court on relevant issues.

3. It appears that the application of the principle of consistency *in casu* was a difficult task, as regards the *jus standi* of the FRY/Serbia even an impossible mission, due to heterogeneous decisions taken by the Court in

<i>i)</i> Pertinence de l'action du Secrétaire général/Secrétariat dans l'exercice de la fonction de dépositaire	624
3. Exception préliminaire à la compétence de la Cour et à la recevabilité <i>ratione temporis</i>	632
4. Exception préliminaire à la recevabilité des demandes relatives à la traduction de certaines personnes en justice, la communication de renseignements sur les citoyens croates portés disparus et la restitution de biens culturels	635

*

I. QUESTIONS GÉNÉRALES

1. La cohérence en tant que principe censé fonder le raisonnement majoritaire

1. Il semble que le principe de la cohérence judiciaire entendu comme «la cohérence de la solution retenue [par la Cour] avec sa propre jurisprudence ... spécialement ... dans les différentes phases de la procédure d'une même affaire ou s'agissant d'affaires connexes» (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 330, par. 3; déclaration commune de M. le juge Ranjeva, vice-président, et de M. le juge Guillaume, de M^{me} le juge Higgins, et de MM. les juges Kooijmans, Al-Khasawneh, Buergenthal et Elaraby) aurait dû constituer l'essence du raisonnement majoritaire dans la présente affaire. Même au regard des normes de la Cour elle-même, dont la jurisprudence accorde au principe de la cohérence une place de premier plan, force est de relever que l'arrêt indique que la Cour «ne s'écarte toutefois pas de sa jurisprudence, notamment lorsque des questions comparables à celles qui se posent à elle, comme en l'espèce, ont été examinées dans des décisions antérieures» (arrêt, par. 104), ou exprime la même idée en des termes comparables (par exemple *ibid.*, par. 53, 54, 71, 76 et 141).

2. Ainsi entendue, la cohérence peut être évaluée *in concreto* à trois niveaux:

- a)* la cohérence *in casu* (cohérence horizontale);
- b)* la cohérence verticale limitée, c'est-à-dire la cohérence dans les affaires auxquelles la République fédérale de Yougoslavie (RFY)/Serbie était partie; et
- c)* la cohérence verticale générale, c'est-à-dire la cohérence des décisions prises par la Cour dans des affaires auxquelles la RFY/Serbie était partie, à la lumière de la jurisprudence générale de la Cour sur les questions en cause.

3. Il semble que l'application du principe de la cohérence était en l'espèce une tâche difficile, voire une mission impossible, en ce qui concerne le *jus standi* de la RFY/Serbie, en raison de l'hétérogénéité des

the earlier cases in that respect as well as in respect of the status of the FRY/Serbia vis-à-vis the United Nations as its determinative.

4. In that regard, the decisions of the Court in the earlier cases may be divided into three groups:

- (a) decisions based on avoiding or ignoring the position as regards the *jus standi* of the FRY/Serbia;
- (b) decisions involving some elements or *indiciae* of the *jus standi* of the FRY/Serbia; and
- (c) decisions based on substantive assessment, whether positive or negative, of the *jus standi* of the FRY/Serbia.

5. The explicit avoidance position was taken by the Court in its Orders of 8 April 1993 in the *Bosnia* case and 2 June 1999 in the *Legality of Use of Force* cases. In its Order of 8 April 1993 the Court found, *inter alia*, that in resolution 47/1 “the solution. . . is not free from legal difficulties” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro))*, *Provisional Measures, Order of 8 April 1993*, *I.C.J. Reports 1993*, p. 14, para. 18), but decided that the question is one which “the Court does not need to determine definitively at the present stage of the proceedings” (*ibid.*).

Since the FRY/Serbia could have the status of a party in the Court only on the basis of its membership in the United Nations, the meaning of the finding regarding the *jus standi* of the FRY is that it, as such, “is not free of legal difficulties”. That position was slightly modified in its Order of 2 June 1999 by stating that it “need not consider this question for the purpose of deciding whether or not it can indicate provisional measures in the present case” (*Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium)*, *Provisional Measures, Order of 2 June 1999*, *I.C.J. Reports 1999 (I)*, p. 136, para. 33).

6. In the Judgment on Preliminary Objections in the *Bosnia* case, which would have been the proper place for the decision as to whether the fundamental condition of *jus standi* (*Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, *Preliminary Objections, Judgment*, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, pp. 298-299, para. 46) had been fulfilled, the Court put the issue of the *jus standi* of the FRY under the carpet. It satisfied itself by the finding that “Yugoslavia was bound by the provisions of the Convention on the date of the filing of the Application” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, *Preliminary Objections*, *I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 610, para. 17) and since Bosnia and Herzegovina “became a Member of the United Nations. . . on 22 May 1992” (*ibid.*, p. 611, para. 19) and as such “could become a party to the Convention through the mechanism of State succession” (*ibid.*, p. 611, para. 20), it came to the conclusion that “all the conditions are now fulfilled to found

décisions prises par la Cour dans les affaires antérieures à cet égard ainsi qu'en ce qui concerne le statut de la RFY/Serbie vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies en tant que facteur déterminant.

4. A cet égard, les décisions de la Cour dans les affaires antérieures peuvent être regroupées en trois catégories :

- a) les décisions dans lesquelles la Cour a éludé ou négligé la question du *jus standi* de la RFY/Serbie;
- b) les décisions comportant certains éléments ou indices concernant le *jus standi* de la RFY/Serbie; et
- c) les décisions reposant sur une évaluation quant au fond, positive ou négative, du *jus standi* de la RFY/Serbie.

5. La Cour a expressément éludé la question dans ses ordonnances du 8 avril 1993 dans l'affaire de la *Bosnie* et du 2 juin 1999 dans les affaires de la *Licéité de l'emploi de la force*. Dans son ordonnance du 8 avril 1993, la Cour a notamment jugé que, dans la résolution 47/1, «la solution adoptée ne laisse pas de susciter des difficultés juridiques» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro))*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 14, par. 18), mais elle a décidé que c'était là une question sur laquelle elle «n'a[vait] pas à statuer définitivement au stade actuel de la procédure» (*ibid.*).

Comme la RFY/Serbie n'aurait pu avoir le statut de partie devant la Cour que sur la base de sa qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies, la signification de cette décision en ce qui concerne le *jus standi* de la RFY «ne laisse pas de susciter des difficultés juridiques». La Cour a légèrement modifié sa position dans son ordonnance du 2 juin 1999 en déclarant qu'elle «n'a[vait] pas à examiner cette question à l'effet de décider si elle p[ouvait] ou non indiquer des mesures conservatoires dans le cas d'espèce» (*Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 136, par. 33).

6. Dans son arrêt sur les exceptions préliminaires dans l'affaire de la *Bosnie*, où il aurait été judicieux de rendre une décision sur le point de savoir si la condition fondamentale de *jus standi* (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 298-299, par. 46) avait été satisfaite, la Cour a escamoté la question du *jus standi* de la RFY. Elle s'est contentée de constater que «la Yougoslavie était liée par les dispositions de la Convention à la date du dépôt de la requête» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 610, par. 17) et que, comme la Bosnie-Herzégovine «[était] devenue Membre de l'Organisation des Nations Unies ... le 22 mai 1992» (*ibid.*, p. 611, par. 19), elle «pouvait devenir partie à la Convention par l'effet du mécanisme de la succession d'Etats» (*ibid.*, p. 611, par. 20), et elle a abouti à la conclusion que «toutes les conditions [étaient] à présent réu-

the jurisdiction of the Court *ratione personae*” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, I.C.J. Reports 1996 (II)*), p. 613, para. 26). The approach could be called the implicit avoiding position or, perhaps more properly, the ignoring position as regards the *jus standi* of the FRY. (The implicit avoiding position is basically the substance of the joint declaration of seven judges on the *Legality of Use of Force* cases also (*Serbia and Montenegro v. Belgium), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004 (I)*), pp. 330-334.) For, if the Court would consider itself not competent on considerations *ratione temporis* and *ratione materiae*, as was argued in the joint declaration, then the question of the *jus standi* of the FRY would be set aside, and would be substantially disqualified as an antecedent condition of the jurisdiction of the Court.)

7. In the decisions of the Court involving some elements or *indiciae* of substantive assessment of the *jus standi* of the FRY, one could include the Order of 8 April 1993 in the case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* and the 2003 Judgment in the *Application for Revision* case.

The Order of 8 April 1993, apart from the finding that the solution adopted by General Assembly resolution 47/1 “is not free from legal difficulties”, adduced another consideration namely, that

“proceedings may validly be instituted by a State against a State which is a party to. . . a special provision in a treaty in force, but is not party to the Statute, and independently of the conditions laid down by the Security Council in its resolution 9 of 1946 (cf. *S.S. “Wimbledon”, 1923, P.C.I.J., Series A, No. 1*, p. 6)” (para. 19 of the Order)¹ .

In its Judgment in the *Application for Revision* case (*Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections (Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina), Judgment, I.C.J. Reports 2003*, p. 7), the Court entered into the assessment of both the *jus standi* of the FRY and its determinative — the status of the FRY vis-à-vis the United Nations. As regards the status of the FRY vis-à-vis the United Nations a notion *sui generis* of membership was constructed.

8. The Court, considering General Assembly resolution 55/12 of 1 November 2000 by which FRY/Serbia was admitted to the United Nations as a new Member, points out, *inter alia*, that it

¹ The consideration proved to be erroneous in the light of the eight Judgments of the Court in the *Legality of Use of Force* cases (*Serbia and Montenegro v. Belgium*), *I.C.J. Reports 2004 (I)*, pp. 323-324, paras. 113-114).

nies pour fonder la compétence de la Cour *ratione personae*» (*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. 613, par. 26). Cette démarche pourrait être appelée la position d'évitement implicite ou, peut-être plus exactement, la position consistant à laisser de côté le *jus standi* de la RFY. (La position d'évitement implicite est pour l'essentiel celle que consacre la déclaration commune des sept juges dans les affaires de la *Licéité de l'emploi de la force ((Serbie-et-Monténégro c. Belgique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 330-334). Car, si la Cour s'était considérée comme incompétente sur la base de considérations *ratione temporis* et *ratione materiae*, comme l'affirmait la déclaration commune, la question du *jus standi* de la RFY serait alors écartée, et ne constituerait plus une condition préalable de fond de la compétence de la Cour.)

7. Parmi les décisions de la Cour comportant certains éléments ou indices d'une évaluation quant au fond du *jus standi* de la RFY, on peut faire figurer l'ordonnance rendue le 8 avril 1993 dans l'affaire concernant l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* et l'arrêt rendu en 2003 dans l'affaire de la *Demande en revision*.

Dans l'ordonnance du 8 avril 1993, la Cour observe que la solution adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 47/1 «ne laisse pas de susciter des difficultés juridiques», et fait en outre valoir une autre considération, à savoir

«qu'une instance peut être valablement introduite par un Etat contre un autre Etat qui ... est partie à une telle disposition particulière d'un traité en vigueur, et ce indépendamment des conditions réglées par le Conseil de sécurité dans sa résolution 9 (1946) (voir *Vapeur Wimbledon, 1923, C.P.J.I. série A n° 1*, p. 6)» (ordonnance, par. 19)¹.

Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire de la *Demande en revision de l'arrêt du 11 juillet 1996 en l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires (Yougoslavie c. Bosnie-Herzégovine) (arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 7)*, la Cour a procédé à une évaluation à la fois du *jus standi* de la RFY et du facteur le déterminant — le statut de la RFY vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies. En ce qui concerne le statut de la RFY vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies, une notion *sui generis* de la qualité de membre a été élaborée.

8. La Cour, examinant la résolution 55/12 de l'Assemblée générale en date du 1^{er} novembre 2000 par laquelle la RFY/Serbie a été admise à l'Organisation des Nations Unies en tant que nouveau Membre, fait observer notamment qu'elle

¹ Cette considération s'est révélée erronée à la lumière des huit arrêts rendus par la Cour dans les affaires de la *Licéité de l'emploi de la force ((Serbie-et-Monténégro c. Belgique), C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 323-324, par. 113-114).

“cannot have changed retroactively the *sui generis* position which the FRY found itself in vis-à-vis the United Nations over the period 1992 to 2000, or its position in relation to the Statute of the Court and the Genocide Convention. Furthermore, the letter of the Legal Counsel of the United Nations dated 8 December 2000, cannot have affected the FRY’s position in relation to treaties.” (*Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections (Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina), Judgment, I.C.J. Reports 2003*, p. 31, para. 71.)

(Apart from the substantive validity of the position taken, two observations seem to be of interest. First, the assessment of the status of the FRY took place almost a decade after Bosnia and Herzegovina submitted its Application to the Court, and over four years since the admission of the FRY to the United Nations as a new Member. Second, the assessment is, by its nature, an *obiter dictum* exceeding the competence of the Court in the revision procedure which, in the sense of Article 61 of the Statute, should have confined itself to the issue whether the admission of the FRY to the United Nations as such is a “new fact”.)

Regarding the *jus standi* of the FRY, the Court noted that: “Resolution 47/1 did not *inter alia* affect the FRY’s right to appear before the Court. . . under the conditions laid down by the Statute. Nor did it affect the position of the FRY in relation to the Genocide Convention.” (*Ibid.*, p. 31, para. 70.)

9. The Court performed substantial assessment of *jus standi* in two cases: in the *Legality of Use of Force* cases, the Court found that the FRY was deprived of the right to appear before it due to the fact that in the period 1992-2000 Serbia and Montenegro was not a Member of the United Nations and, consequently, “did not. . . have access to the Court under either paragraph 1 or paragraph 2 of Article 35 of the Statute” (*Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 327, para. 127), while in the 2007 Judgment in the case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* it found, through the form of decision by “necessary implication”, that Serbia did have access to the Court (*I.C.J. Reports 2007 (I)*, pp. 98-99, para. 132).

10. In the jurisprudence of the Court, taken as a whole, the cases in which the issue of access was *status versiae et controversiae* are rare because of the practically universal nature of the United Nations and because of the equality sign between the membership in the Organization and the *jus standi* before the Court. Along with the cases in which the

«ne peut avoir rétroactivement modifié la situation *sui generis* dans laquelle se trouvait la RFY vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies pendant la période 1992-2000, ni sa situation à l'égard du Statut de la Cour et de la convention sur le génocide. En outre, la lettre du conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies en date du 8 décembre 2000 ne peut avoir modifié le statut de la RFY à l'égard des traités.» (*Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996 en l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires (Yougoslavie c. Bosnie-Herzégovine), arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 31, par. 71.*)

(La validité quant au fond de la position ainsi prise mise à part, deux observations semblent être intéressantes. Premièrement, cette évaluation du statut de la RFY a eu lieu presque une décennie après que la Bosnie-Herzégovine eut introduit sa requête devant la Cour, et plus de quatre ans après l'admission de la RFY à l'Organisation des Nations Unies en tant que nouveau Membre. Deuxièmement, cette évaluation est, de par sa nature, un *obiter dictum* outrepassant la compétence de la Cour dans le cadre de la procédure de révision car, aux termes de l'article 61 du Statut, la Cour aurait dû se limiter à la question de savoir si l'admission de la RFY à l'Organisation des Nations Unies constituait en tant que telle un «fait nouveau».)

S'agissant du *jus standi* de la RFY, la Cour a noté: «La résolution 47/1 ne portait notamment pas atteinte au droit de la RFY d'ester devant la Cour ... dans les conditions fixées par le Statut. Elle ne touchait pas davantage à la situation de la RFY au regard de la convention sur le génocide.» (*Ibid.*, p. 31, par. 70.)

9. La Cour a procédé à une évaluation quant au fond du *jus standi* dans deux affaires: dans les affaires de la *Licéité de l'emploi de la force*, la Cour a jugé que la RFY était privée du droit d'ester devant elle parce que de 1992 à 2000 la Serbie et le Monténégro n'étaient pas un Membre de l'Organisation des Nations Unies et, en conséquence, n'avait «qualité pour ester devant la Cour, ni en vertu du paragraphe 1, ni en vertu du paragraphe 2 de l'article 35 du Statut» (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 327, par. 127*); et, dans son arrêt rendu en 2007 dans l'affaire concernant l'*Application de la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide*, elle a jugé que sa conclusion antérieure devait «nécessairement» s'interpréter comme signifiant que la Serbie avait qualité pour ester devant la Cour (*C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 98-99, par. 132*).

10. Dans la jurisprudence de la Cour, prise comme un tout, les affaires dans lesquelles la question de l'accès à la Cour était *status versiae et controversiae* sont rares en raison du caractère pratiquement universel de l'Organisation des Nations Unies et parce que la qualité de Membre de l'Organisation égale *jus standi* devant la Cour. Outre les affaires aux-

FRY/Serbia was involved, the list of relevant cases included the *Monetary Gold* and *Fisheries* cases. In all these cases the Court followed a uniform pattern in its reasoning. *Exempli causa*, in the *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)* case, the Court stated *inter alia*:

“the Minister for Foreign Affairs of Iceland seemed to suggest that the timing of the declaration of the Federal Republic of Germany of 29 October 1971, deposited with the Registrar on 22 November 1971, may have had some effect on the binding force of the agreement contained in the Exchange of Notes of 19 July 1961 *or on the right of access to the Court of the Federal Republic of Germany*. As to the first point, it is clear that the binding force of the agreement between the two Governments, which is to be examined in the present Judgment, *bears no relation to the date on which the declaration required by the Security Council resolution of 15 October 1946 was deposited with the Registrar: the former is designed to establish the jurisdiction of the Court over a particular kind of dispute; the latter provides for access to the Court of States which are not parties to the Statute. As to the second point (i.e., the question of the Federal Republic’s right of access to the Court), according to the Security Council resolution, a declaration, which may be either particular or general, must be filed by the State which is not a party to the Statute, previously to its appearance before the Court. This was done.*” (Judgment, *I.C.J. Reports 1973*, p. 53, para. 11; emphasis added.)

11. It comes out that in the series of decisions taken by the Court as regards the *jus standi* of the FRY/Serbia, the Judgments on the *Legality of Use of Force* cases are the only ones in conformity with the general jurisprudence of the Court in the matter. In its reasoning part, the Judgment substantiates the basic elements of the *jus standi* as defined by Article 35 of the Statute in terms of an autonomous processual condition of antecedent and mandatory nature distinguishable from jurisdiction of the Court *stricto sensu*. The Court found, *inter alia*, that

“the question whether Serbia and Montenegro was or was not a party to the Statute of the Court at the time of the institution of the present proceedings is fundamental; for if it were not such a party, the Court would not be open to it under Article 35, paragraph 1, of the Statute. In that situation, subject to any application of paragraph 2 of that Article, Serbia and Montenegro could not have properly seised the Court, whatever title of jurisdiction it might have invoked, for the simple reason that Serbia and Montenegro did not have the right to appear before the Court.

The Court can exercise its judicial function only in respect of those States which have access to it under Article 35 of the Statute. And only those States which have access to the Court can confer jurisdic-

quelles la RFY/Serbie était partie, la liste des affaires pertinentes comprend l'affaire de l'*Or monétaire* et celle des *Pêcheries*. Dans toutes ces affaires, la Cour a suivi le même raisonnement. Par exemple, dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, la Cour a notamment déclaré :

«le ministre des Affaires étrangères d'Islande paraît laisser entendre que le moment auquel a été faite la déclaration de la République fédérale d'Allemagne du 29 octobre 1971, déposée au Greffe le 22 novembre 1971, n'est peut-être pas sans effet sur la force obligatoire de l'accord constitué par l'échange de notes du 19 juillet 1961 ou sur le droit de la République fédérale d'Allemagne d'ester devant la Cour. En ce qui concerne le premier point, il est clair que la force obligatoire de l'accord conclu entre les deux gouvernements, qui sera examinée dans le présent arrêt, n'a aucun rapport avec la date à laquelle la déclaration requise par la résolution du Conseil de sécurité du 15 octobre 1946 a été déposée au Greffe: l'accord a pour but d'établir la compétence de la Cour à l'égard d'une catégorie particulière de différends; la déclaration concerne l'accès à la Cour d'Etats qui ne sont pas parties au Statut. Pour ce qui est du second point, à savoir la question du droit de la République fédérale d'ester devant la Cour, on doit noter qu'en application de la résolution du Conseil de sécurité tout Etat qui n'est pas partie au Statut doit déposer une déclaration, laquelle peut avoir soit un caractère particulier soit un caractère général, avant d'ester devant la Cour. Cela a été fait.» (Arrêt, C.I.J. Recueil 1973, p. 53, par. 11; les italiques sont de moi.)

11. Il apparaît que, dans la série de décisions prises par la Cour en ce qui concerne le *jus standi* de la RFY/Serbie, les arrêts rendus dans les affaires de la *Licéité de l'emploi de la force* sont les seuls qui soient conformes à la jurisprudence générale de la Cour en la matière. Dans les motifs de ces arrêts, la Cour établit les éléments fondamentaux du *jus standi*, tels que définis à l'article 35 du Statut, en tant que condition procédurale autonome de caractère préalable et obligatoire distincte de la compétence de la Cour *stricto sensu*. La Cour a notamment jugé que

«la question de savoir si la Serbie-et-Monténégro était ou non partie au Statut de la Cour à l'époque de l'introduction des présentes instances est une question fondamentale; en effet, si elle n'avait pas été partie au Statut, la Cour ne lui aurait pas été ouverte en vertu du paragraphe 1 de l'article 35 du Statut. En pareille situation, et sous réserve d'une possible application du paragraphe 2 dudit article, la Serbie-et-Monténégro n'aurait pu saisir la Cour de manière valable, quel que soit le titre de compétence qu'elle puisse invoquer, pour la simple raison qu'elle n'avait pas le droit d'ester devant la Cour.

La Cour ne peut exercer sa fonction judiciaire qu'à l'égard des seuls Etats auxquels elle est ouverte en vertu de l'article 35 du Statut. Et seuls les Etats auxquels la Cour est ouverte peuvent lui conférer

tion upon it.” (*Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, *Preliminary Objections, Judgment*, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, pp. 298-299, para. 46; see also pp. 292-293, para. 29.)

12. In addition, the finding that “at the time of filing of its Application to institute the present proceedings before the Court on 29 April 1999, the Applicant. . . was not a Member of the United Nations” (*ibid.*, p. 314, para. 91) was, as time has shown, of far-reaching importance. The Court accepted it in the Judgment of 2007 in the case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* and in the present Judgment after more than one decade of wandering between the Scylla of avoiding position, and the Haribda of *sui generis* position, a sort of *tertium quid* between membership and non-membership of the FRY in the United Nations.

13. However, it should be noted that *stricti juris* even the 2004 Judgment is not free from inconsistency. It regards the disharmony between the *dispositif* of the Judgment with its *ratio decidendi*. While the reasoning part of the Judgment is strictly formulated in terms of the right of the FRY to access to the Court under Article 35, paragraphs 1 and 2, of the Statute (*ibid.*, p. 298, paras. 46; pp. 310-311, para. 79; pp. 314-315, para. 91 and p. 327, para. 126), its *dispositif* concerns exclusively the “*jurisdiction to entertain the claims*” (*ibid.*, p. 328, para. 129; emphasis added). The inconsistency between the *dispositif* and the *ratio decidendi* is even greater, because the Court did not deal with the issue of jurisdiction *stricto sensu*, sticking to the basic assumption that it must determine whether the FRY meets the conditions laid down in Article 35 of the Statute before examining the conditions in Articles 36 and 37 of the Statute. Therefore, the Court concluded that the fact that

“Serbia and Montenegro did not, at the time of the institution of the present proceedings, have access to the Court. . . makes it unnecessary for the Court to consider the other preliminary objections filed by the Respondents *to the jurisdiction of the Court*” (*ibid.*, pp. 327-328, para. 127; emphasis added).

14. It appears that the jurisdiction of the Court, in the cases in which the FRY/Serbia was involved as a party, is far from consistent at all three levels of its evaluation. The very fact that the Court, in dealing with an identical issue in the different phases of the same case, or in closely related cases, applied the three basic, mutually exclusive *modus faciendi*, is, if not by itself an answer to the question whether the Court acted in a consistent manner or not, at the very least represents a strong *indiciae* in that regard.

It is difficult to discuss in terms of substantial consistency the decisions of the Court based on the avoiding position. For, the decisions regarding the *jus standi* of the FRY/Serbia, taken *sub silentio*, either by accepting the factual presumptions (*praesumptio facti vel homine*) about the con-

compétence.» (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 298-299, par. 46; voir également p. 292-293, par. 29.)

12. De plus, la conclusion selon laquelle «au moment où il a déposé sa requête pour introduire la présente instance devant la Cour le 29 avril 1999, le demandeur en l'espèce ... n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies» (*ibid.*, p. 314, par. 91) était, comme cela est apparu depuis, lourde de conséquences. La Cour l'a acceptée dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2007 dans l'affaire concernant l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* et dans le présent arrêt après avoir erré entre le Scylla de la position d'évitement et le Charybde de la position *sui generis*, une sorte de *tertium quid* entre l'appartenance et la non-appartenance de la RFY à l'Organisation des Nations Unies en tant que membre.

13. Toutefois, il convient de noter que, *stricti juris*, même l'arrêt de 2004 n'est pas dénué d'incohérence. Celle-ci apparaît dans l'écart entre le dispositif de l'arrêt et sa *ratio decidendi*. Si cette dernière est strictement formulée du point de vue du droit de la RFY d'ester devant la Cour en vertu des paragraphes 1 et 2 de l'article 35 du Statut (*ibid.*, p. 298, par. 46; p. 310-311, par. 79; p. 314-315, par. 91; et p. 327, par. 126), le dispositif de l'arrêt concerne exclusivement la «*compétence* pour connaître des demandes formulées (*ibid.*, p. 328, par. 129; les italiques sont de moi). L'incohérence entre le dispositif et la *ratio decidendi* est encore plus grande, parce que la Cour n'a pas examiné la question de la compétence *stricto sensu*, s'en tenant à l'hypothèse de base selon laquelle elle devait décider si la RFY remplissait les conditions énoncées à l'article 35 du Statut avant d'examiner celles qui sont énoncées aux articles 36 et 37 du même texte. Elle a donc conclu que, du fait que

«la Serbie-et-Monténégro n'avait, au moment de l'introduction de l'instance, [pas] qualité pour ester devant la Cour..., il n'est pas nécessaire qu'elle examine les autres exceptions préliminaires à sa *compétence* soulevées par les défendeurs» (*ibid.*, p. 327-328, par. 127; les italiques sont de moi).

14. Il apparaît que la compétence de la Cour, dans les affaires auxquelles la RFY/Serbie était partie, est loin d'être cohérente aux trois niveaux d'évaluation susmentionnés. Le fait même que la Cour, traitant de la même question aux différentes phases de la même affaire, ou dans des affaires étroitement liées, ait appliqué les trois *modus faciendi* fondamentaux qui s'excluent mutuellement constitue, sinon en lui-même une réponse à la question de savoir si la Cour a été ou non cohérente, à tout le moins un indice solide à cet égard.

Il est difficile d'examiner du point de vue de la cohérence quant au fond les décisions de la Cour reposant sur la position d'évitement. En effet, les décisions concernant le *jus standi* de la RFY/Serbie prises *sub silentio*, soit en acceptant les présomptions de fait (*praesumptio facti*

tinuity and legal identity (1996 Judgment in the case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*) or by the constructions which keep them indirectly in force (2007 Judgment in the same case) do not give real answers to the question which is cardinal for the legality of the Court's judicial activity. Decisions based on the substantial assessment of *jus standi*, although in contrast to those based on avoidance, represent the expression of a proper judicial action, are diametrically opposed in the determination of the *jus standi* of the FRY/Serbia. *Indiciae* or elements of the substantial assessment of *jus standi*, since they are not, by themselves, decisions and, moreover, were not an element of the proper decisions on the issue, demonstrate the scope of the inconsistency in the legal reasoning.

15. The conclusion follows that the only consistency of the decisions of the Court regarding *jus standi* of the FRY/Serbia is found in the inconsistency of the decisions *per se* and in its *ratio decidendi*. And, if the purpose of consistency is, *inter alia*, to "provide predictability" (joint declaration of Vice-President Ranjeva, Judges Guillaume, Higgins, Kooijmans, Al-Khasawneh, Buergenthal and Elaraby, *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 330, para. 3) "in different phases of the same case or with regard to closely related cases" (*ibid.*), it is not clear what that predictability would consist of in those cases in which the FRY/Serbia was a party, except, perhaps, that the FRY/Serbia has *jus standi* as a respondent, and that it is deprived of it as an applicant.

16. The jurisdiction of the Court regarding the status of the FRY/Serbia as a Contracting Party to the Genocide Convention is seemingly consistent. In the different phases of the case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)* as well as in the provisional measures phase of the *Legality of Use of Force* cases, the Court basically adopted the finding that the FRY/Serbia may be considered as bound by the Genocide Convention on the basis of intention, as expressed in the declaration adopted on 27 April 1992

"to remain bound by the international treaties to which the former Yugoslavia was party. . . confirmed in an official Note of 27 April 1992 from the Permanent Mission of Yugoslavia to the United Nations" (*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. 610, para. 17; see also *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. United Kingdom), Provisional Measures, Order of 2 June 1999, I.C.J. Reports 1999 (II)*, p. 838, para. 32).

vel homine) relatives à la continuité et à l'identité juridiques (arrêt de 1996 rendu dans l'affaire concernant l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*), soit au moyen de raisonnements qui les maintiennent indirectement en vigueur (arrêt de 2007 dans la même affaire), ne répondent pas véritablement à la question qui est capitale pour la licéité de l'activité judiciaire de la Cour. Les décisions reposant sur une évaluation quant au fond du *jus standi*, bien qu'elles diffèrent de celles reposant sur la position d'évitement, sont l'expression d'une activité judiciaire légitime et sont diamétralement opposées à la détermination du *jus standi* de la RFY/Serbie. Les indices ou éléments de l'évaluation quant au fond du *jus standi* n'étant pas, en eux-mêmes, des décisions et, de plus, n'étant pas un élément des décisions appropriées sur la question, ils démontrent l'étendue de l'incohérence du raisonnement juridique.

15. Force est donc de conclure que la seule cohérence dans les décisions de la Cour concernant le *jus standi* de la RFY/Serbie réside dans l'incohérence entre les décisions *per se* et leur *ratio decidendi*. Et, si le but de la cohérence est, entre autres, «de garantir la sécurité juridique» (déclaration commune de M. le juge Ranjeva, vice-président, et de M. le juge Guillaume, de M^{me} le juge Higgins et de MM. les juges Kooijmans, Al-Khasawneh, Buergenthal et Elaraby, *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 330, par. 3) «dans les différentes phases de la procédure d'une même affaire ou s'agissant d'affaires connexes» (*ibid.*), on voit mal en quoi peut consister cette sécurité dans les affaires auxquelles la RFY/Serbie est partie, excepté, peut-être, le fait que la RFY/Serbie a la capacité d'ester en tant que défendeur mais non en tant que demandeur.

16. La position de la Cour en ce qui concerne sa compétence quant au statut de la RFY/Serbie en tant que partie à la convention sur le génocide est apparemment cohérente. Dans les différentes phases de l'affaire concernant l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)* ainsi que dans la phase des mesures conservatoires des affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, la Cour a pour l'essentiel adopté la conclusion selon laquelle la RFY/Serbie peut être considérée comme liée par la convention sur le génocide sur la base de son intention, exprimée dans la déclaration adoptée le 27 avril 1992,

«de demeurer liée par les traités internationaux auxquels était partie l'ex-Yougoslavie ... confirmée dans une note officielle du 27 avril 1992 adressée au Secrétaire général par la mission permanente de la Yougoslavie auprès des Nations Unies» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 610, par. 17; voir également *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Royaume-Uni), mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (II)*, p. 838, par. 32).

The finding acquired, in the merits phase of the case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, the *res indicata* status and is in part reaffirmed in the present Judgment, too (para. 11). So, in terms of horizontal as well as limited vertical consistency, it seems that the Court acted almost *semper idem*. The precedential authority of the finding is, however, in doubt in terms of substantive consistency.

First of all, the qualification of the 1992 declaration as a unilateral legal act capable of producing the proper effects per se, seems to be inconsistent with the relevant rules of international law as expressed in the jurisprudence of the Court (paras. 121-128 below).

Even if *ex hypothesis* the 1992 declaration may be considered as such an act, well-settled rules in the jurisprudence of the Court regarding the interpretation of unilateral acts could hardly lead to the conclusion reached by the Court (para. 132 below).

17. Two additional considerations are of interest also.

Although in the present Judgment as well, the majority reaffirms the *dispositif* of the decisions of the Court adopted in the earlier cases related to the Genocide Convention, its legal reasoning is not consistent in that regard. While in the earlier cases, or its relevant phases, the majority, clearly and unequivocally, gave to the 1992 declaration a constitutive character, the present Judgment considers Serbia a Contracting Party by a combined action of the declaration and some additional, explicit or implicit, considerations (paras. 160-167 below). In that way, the majority perception of the declaration is blurred, for it is not clear enough whether it sees it as a constitutive or declarative act or as a mixture of the two.

18. The jurisdictional treatment of the declaration is different as well. In the earlier cases, the 1992 declaration was treated as a proper basis for the jurisdiction of the Court *ratione personae* (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, pp. 610-613, paras. 17-26), while in the present case the 1992 declaration is treated as an issue of jurisdiction *ratione materiae* (Judgment, paras. 93-119).

The position of the Court in the 1996 Judgment was clear and designed in accordance with the standard practice of the Court. The jurisdiction *ratione personae* was determined in terms of whether Bosnia and Herzegovina and the FRY may be considered as parties to the Genocide Convention. Finding that the Parties to the dispute are Contracting Parties to the Genocide Convention — the FRY on the basis of the 1992 declaration (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 610, para. 17) and Bosnia and Herzegovina through the mechanism of State succession (*ibid.*, p. 611, para. 20) —, the Court concluded:

“For the purposes of determining its jurisdiction in this case, the Court has no need to settle the question of what the effects of a situ-

Cette conclusion a acquis, dans la phase du fond de l'affaire concernant l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, le statut de *res indicata* et est en partie reprise dans le présent arrêt (par. 11). Ainsi, du point de vue de la cohérence horizontale comme de celui de la cohérence verticale limitée, il semble que la Cour réagit presque *semper idem*. L'autorité jurisprudentielle de cette conclusion est toutefois douteuse du point de vue de la cohérence quant au fond.

Premièrement, qualifier la déclaration de 1992 d'acte unilatéral capable de produire *per se* les effets appropriés semble incompatible avec les règles pertinentes du droit international telles qu'exprimées dans la jurisprudence de la Cour (par. 121-128 ci-dessous).

Même si par hypothèse la déclaration de 1992 peut être considérée comme un acte unilatéral, l'application des règles relatives à l'interprétation des actes unilatéraux bien établies dans la jurisprudence de la Cour ne permet guère d'aboutir à la conclusion à laquelle la Cour a abouti (par. 132 ci-dessous).

17. Deux autres considérations sont également intéressantes.

Bien que la majorité réaffirme, dans le présent arrêt également, le dispositif des décisions adoptées par la Cour dans les affaires antérieures relatives à la convention sur le génocide, son raisonnement juridique n'est pas cohérent à cet égard. Si, dans les affaires antérieures ou dans les phases pertinentes de ces affaires, la majorité a donné clairement et sans équivoque un caractère constitutif à la déclaration de 1992, dans le présent arrêt elle considère la Serbie comme une Partie par l'effet combiné de la déclaration et de considérations additionnelles, expresses ou implicites (par. 160-167 ci-dessous). Ainsi, la perception qu'a la majorité de la déclaration est confuse, car on voit mal si elle la considère comme un acte constitutif ou un acte déclaratif, ou encore comme un mélange des deux.

18. La manière dont la déclaration est traitée du point de vue de la compétence est également différente. Dans les affaires antérieures, la déclaration de 1992 était considérée comme une base de compétence *ratione personae* appropriée (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 610-613, par. 17-26), alors que dans la présente espèce la déclaration de 1992 est envisagée comme une question relevant de la compétence *ratione materiae* (arrêt, par. 93-119).

La position de la Cour dans l'arrêt de 1996 était claire et conforme à sa pratique habituelle. Pour déterminer sa compétence *ratione personae*, la Cour s'est demandé si la Bosnie-Herzégovine et la RFY pouvaient être considérées comme parties à la convention sur le génocide. Constatant que les Parties au différend étaient parties à la convention sur le génocide — la RFY sur la base de la déclaration de 1992 (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 610, par. 17) et la Bosnie-Herzégovine par l'effet du mécanisme de la succession d'Etats (*ibid.*, p. 611, par. 20) —, la Cour a conclu :

«Aux fins de se prononcer sur sa compétence en l'espèce, la Cour n'a pas à trancher la question de savoir quels peuvent être les effets

ation of non-recognition may be on the contractual ties between parties to a multilateral treaty. It need only note that, even if it were to be assumed that the Genocide Convention did not enter into force between the Parties until the signature of the Dayton-Paris Agreement, *all the conditions are now fulfilled to found the jurisdiction of the Court ratione personae.*” (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 613, para. 26; emphasis added.)

The Court assessed its jurisdiction *ratione materiae* in the following terms:

“whether there is a dispute between the Parties that falls within the scope of that provision [Art. IX of the Convention].

.
It is jurisdiction ratione materiae, as so defined, to which Yugoslavia’s fifth objection relates.” (*Ibid.*, p. 614, para. 27; emphasis added.)

19. In the present Judgment, the majority treats the jurisdiction of the Court *ratione materiae* exclusively as the issue of whether Serbia could be considered a Contracting Party to the Genocide Convention in the relevant period of time (Judgment, paras. 93-119). In its conclusion, the majority finds that:

“In sum, in the present case the Court, taking into account both the text of the declaration and Note of 27 April 1992, and the consistent conduct of the FRY at the time of its making and throughout the years 1992-2001, considers that it should attribute to those documents precisely the effect that they were, in the view of the Court, intended to have on the face of their terms: namely, that from that date onwards the FRY would be bound by the obligations of a party in respect of all the multilateral conventions to which the SFRY had been a party at the time of its dissolution. . .” (*Ibid.*, para. 117.)

20. A turn in the jurisdictional treatment of the 1992 declaration took place in the majority reasoning in the 2007 Judgment because of the specific needs as regards the construction of the decision by “necessary implication” on the *jus standi* of the FRY in the 1996 Judgment. The dictum reads:

“In the view of the Court, the express finding in the 1996 Judgment that the Court had jurisdiction in the case *ratione materiae*, on the basis of Article IX of the Genocide Convention, seen in its context, is a finding which is only consistent, in law and logic, with the proposition that, in relation to both parties, it had jurisdiction *ratione personae* in its comprehensive sense, that is to say, that the status of each of them was such to comply with the provisions of the Statute concerning the capacity of States to be parties before the

d'une situation de non-reconnaissance sur les liens contractuels entre parties à un traité multilatéral. Il lui suffira de constater qu'à supposer même que la convention sur le génocide ne soit entrée en vigueur entre les Parties qu'à la signature des accords de Dayton-Paris, *toutes les conditions sont à présent réunies pour fonder la compétence de la Cour ratione personae.*» (C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 613, par. 26; les italiques sont de moi.)

La Cour a apprécié sa compétence *ratione materiae* dans les termes suivants:

«s'il existe entre les Parties un différend entrant dans les prévisions de cette disposition [art. IX de la Convention].

.

C'est sur la compétence ratione materiae ainsi définie que porte la cinquième exception de la Yougoslavie.» (Ibid., p. 614, par. 27; les italiques sont de moi.)

19. Dans le présent arrêt, la majorité envisage la compétence *ratione materiae* de la Cour comme exclusivement déterminée par la réponse à la question de savoir si la Serbie pouvait être considérée comme partie à la convention sur le génocide durant la période pertinente (arrêt, par. 93-119). Dans sa conclusion, la majorité déclare:

«En résumé, la Cour considère que, dans la présente affaire, compte tenu de la teneur de la déclaration et de la note du 27 avril 1992 ainsi que du comportement concordant de la RFY tant au moment de leur rédaction que tout au long des années 1992 à 2001, il convient d'attribuer précisément à ces documents l'effet qu'ils étaient, selon elle, censés avoir d'après leur libellé, à savoir que, à compter de cette date, la RFY serait liée, en tant que partie, par les obligations découlant de toutes les conventions multilatérales auxquelles la RSFY était partie au moment de sa dissolution...» (Ibid., par. 117.)

20. Le revirement du raisonnement majoritaire qui s'est produit dans l'arrêt de 2007 en ce qui concerne le traitement de la déclaration de 1992 du point de vue de la compétence s'explique par les besoins spécifiques de l'élaboration de la décision sur la base d'une interprétation par «implication logique» de la position prise par la Cour sur le *jus standi* dans l'arrêt de 1996. Le *dictum* se lit comme suit:

«De l'avis de la Cour, examinée dans son contexte, la conclusion expresse énoncée dans l'arrêt de 1996 selon laquelle elle avait compétence *ratione materiae* en l'espèce sur la base de l'article IX de la convention sur le génocide n'est conciliable, en droit et en toute logique, qu'avec l'idée que, à l'égard des deux Parties, elle avait compétence *ratione personae* au sens large — c'est-à-dire que la situation de l'une et de l'autre était de nature à satisfaire aux conditions du Statut concernant la capacité des Etats à se présenter devant

Court.” (*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. 99, para. 133.)

21. Apart from its meaning in terms of judicial consistency, the different treatment of the 1992 declaration seen in this context is highly significant for at least three reasons:

- (a) the manner in which the majority reads the relevant earlier decisions;
- (b) the majority perception of the *res judicata* effects of the 1996 Judgment; and
- (c) the majority perception of the precedential authority of the 1996 Judgment.

22. The judicial consistency is rather the result, the picture of the coherency of the decisions and the reasons making a logical and legal union, based on the proper application of legal rules which should bind any court of law in its judicial activity, and not a matter for itself or by itself. It represents the intrinsic, organic quality of the judicial reasoning in the different phases of a case, or different cases, which regard identical or similar issues. As such, it cannot be built up in terms of *ex post* harmonization of heterogeneous decisions on identical or substantially identical issues. Deliberate actions in that regard may have for result the formal consistency only, which exhausts itself in the strengthening of the formal authority of the court of law.

In a situation where two diametrically opposed decisions existed as regards the issue of *jus standi* — the *Bosnia and Herzegovina* case (2007) and the *Legality of Use of Force* cases (2004) — it seems impossible to achieve the quality of substantive consistency, either legally or logically. Even by using a measure of judicial engineering.

2. What is the possible backing of the inconsistency?

23. It is difficult to explain the heterogeneous decisions of the Court as regards the *jus standi* of the FRY/Serbia by reasonable differences in the legal reasoning, unavoidable in every bigger collegium of judges. They are rather the expression of different views of a proper judicial policy in that regard, for the differences in legal reasoning as such have their limits which were well surpassed in the cases where the FRY/Serbia was involved.

It would seem that Judge Higgins in her separate opinion appended to the Judgment in the *Legality of Use of Force* cases gave succinctly the real explanation of the matter by saying:

“The Court, in purporting to find an *ex post facto* clarification of

la Cour.» (*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. 99, par. 133.)

21. Ses conséquences du point de vue de la cohérence judiciaire mises à part, le traitement différent accordé à la déclaration de 1992, vu dans ce contexte, est très important à trois égards au moins :

- a) la manière dont la majorité lit les décisions antérieures pertinentes;
- b) la manière dont la majorité conçoit les effets de l'arrêt de 1996 du point de vue de l'autorité de la chose jugée; et
- c) la manière dont la majorité conçoit l'autorité jurisprudentielle de l'arrêt de 1996.

22. La cohérence judiciaire est le résultat, l'image de la cohérence des décisions et des motifs constituant un tout logique et juridique, reposant sur l'application appropriée de règles juridiques qui devraient lier toute juridiction dans le cadre de son activité judiciaire, et non une chose importante pour elle-même ou par elle-même. Elle représente la qualité organique intrinsèque du raisonnement judiciaire lors des différentes phases d'une affaire, ou de différentes affaires, concernant des questions identiques ou comparables. Dans ces conditions, elle ne peut être réalisée par une harmonisation *ex post* de décisions hétérogènes sur des questions identiques ou identiques en substance. Les décisions délibérées prises à cet effet ne peuvent aboutir qu'à la cohérence formelle, qui s'épuise dans le renforcement de l'autorité formelle de la juridiction concernée.

Lorsqu'il existe deux décisions diamétralement opposées sur la question du *jus standi* — l'affaire de la *Bosnie-Herzégovine* (2007) et celles de la *Licéité de l'emploi de la force* (2004) —, il semble impossible qu'il existe une cohérence quant au fond, du point de vue juridique ou logique. Même par le biais d'artifices judiciaires.

2. Comment expliquer l'incohérence des décisions de la Cour?

23. Il est difficile d'expliquer les décisions hétérogènes de la Cour quant au *jus standi* de la RFY/Serbie par des différences raisonnables dans le raisonnement juridique, inévitables dans toute formation judiciaire comptant de nombreux juges. Elles sont davantage l'expression d'opinions différentes quant à ce que doit être la politique judiciaire à cet égard, car les divergences dans les raisonnements juridiques eux-mêmes ont leurs limites, et celles-ci ont été largement dépassées dans les affaires auxquelles la RFY/Serbie était partie.

Il semblerait que, dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt de la Cour dans les affaires de la *Licéité de l'emploi de la force*, M^{me} Higgins ait donné de manière succincte la véritable explication lorsqu'elle a déclaré :

«La Cour, en prétendant éclaircir à posteriori la situation qui exis-

the situation as it was in 1992-2000, notwithstanding that the General Assembly and Security Council had in all deliberation felt the objectives of the United Nations were best met by legal ambiguity, seems to have ignored that wise dictum.” ((*Serbia and Montenegro v. Belgium*), *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 342, para. 20; emphasis added.)

24. The explanation given in the separate opinion of Judge Higgins was confirmed in a number of pronouncements of the Court.

In the *Legality of Use of Force* cases (2004) the Court pointed out *expressis verbis* that

“in its Judgment on Preliminary Objections of 11 July 1996. . . [t]he question of the status of the Federal Republic of Yugoslavia in relation to Article 35 of the Statute was not raised and the Court saw no reason to examine it” (*ibid.*, p. 311, para. 82; emphasis added).

In addition, it admitted that:

“The Court did not commit itself to a definitive position on the issue of the legal status of the Federal Republic of Yugoslavia in relation to the Charter and the Statute in its pronouncements in incidental proceedings, in the cases [one of them being the present one] involving this issue which came before the Court during this anomalous [1992-2000] period.” (*Ibid.*, p. 309, para. 74.)

25. This seems to be a perception of the judicial policy of the Court, of which it could not be said that it perfectly fits in the functional parallelism as a governing principle of the relations between the principal political organs of the United Nations, the General Assembly and the Security Council, on the one hand, and the International Court of Justice as its principal judicial organ, on the other, as well as judicial independence and impartiality. It seems rather like an action in concert with the principal political organs, implying that the Court follows the legal ambiguity which “has been anomalous in extreme” (R. Higgins, “The new United Nations and former Yugoslavia”, *International Affairs*, Vol. 69, No. 3, July 1993, p. 479).

26. Of special relevance in that regard is the pronouncement of the Court in the case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, made, moreover, in the merits phase, that “in 1999 — and even more so in 1996 — it was by no means so clear as the Court found it to be in 2004 that the Respondent was not a Member of the United Nations at the relevant time” (*Judgment, I.C.J. Reports 2007 (I)*, p. 98, para. 131; emphasis added).

(This pronouncement opens a very unpleasant question as to the activity of the Court over a considerable period of time in the light of the principle *bona fidei* which, as a peremptory one, is at least equally valid for the Court as it is for States. If, for more than a decade, it was so clear that the Respondent was not a Member of the United Nations, and the

tait entre 1992 et 2000, *alors même que l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité avaient estimé, lors de toutes les délibérations, que les objectifs des Nations Unies étaient mieux servis par le flou juridique, semble avoir fait fi de cette sage parole.*» (*Serbie-et-Monténégro c. Belgique*), *exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 342, par. 20; les italiques sont de moi.)

24. L'explication donnée par M^{me} Higgins dans son opinion individuelle a été confirmée en plusieurs occasions par la Cour.

Dans les affaires de la *Licéité de l'emploi de la force* (2004), la Cour a déclaré expressément que

«dans l'arrêt qu'elle rendit le 11 juillet 1996 ... [l]a question du statut de la République fédérale de Yougoslavie au regard de l'article 35 du Statut *ne fut pas soulevée et la Cour ne vit aucune raison de procéder à son examen*» (*ibid.*, p. 311, par. 82; les italiques sont de moi).

De plus, elle fit l'aveu suivant :

«La Cour n'adopta aucune position définitive sur la question du statut juridique de la République fédérale de Yougoslavie au regard de la Charte et du Statut lorsque, dans les affaires [dont la présente affaire fait partie] qui lui furent soumises au cours de cette période singulière [1992-2000], la question se posa et qu'elle se prononça dans le cadre de procédures incidentes.» (*Ibid.*, p. 309, par. 74.)

25. Cela semble être une conception de l'activité judiciaire de la Cour dont on ne peut dire qu'elle s'accorde parfaitement avec le parallélisme fonctionnel en tant que principe directeur des relations entre les principaux organes politiques de l'Organisation des Nations Unies, l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité, d'une part, et la Cour internationale de Justice en tant que principal organe judiciaire de l'Organisation, de l'autre, ni avec l'indépendance judiciaire et l'impartialité. Il semble plutôt que la Cour agisse de concert avec les principaux organes politiques, ce qui implique qu'elle demeure dans une ambiguïté juridique «extrêmement anormale» (R. Higgins, «The new United Nations and former Yugoslavia», *International Affairs*, vol. 69, n° 3, juillet 1993, p. 479).

26. Ce qu'a dit la Cour dans l'affaire concernant l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, et qui plus est dans la phase du fond, à savoir que, «s'il lui a paru clair en 2004 que le défendeur n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies à l'époque pertinente, *la situation n'était absolument pas aussi claire* en 1999 — et encore moins en 1996» (*arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I)*, p. 98, par. 131; les italiques sont de moi), est tout particulièrement pertinent à cet égard.

(Ce *dictum* soulève, quant à l'activité de la Cour sur une période relativement longue, une question très déplaisante au regard du principe de la bonne foi, qui, en tant que règle impérative, s'impose au moins autant à la Cour qu'aux Etats. Si, pendant plus de dix ans, il était si clair que le défendeur n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies, et

quality of being a Member of the United Nations was the only basis on which the Respondent could have been considered a party to the Statute of the Court, it follows that the Court deliberately avoided recognizing the jurisdictional fact affecting the very legality of the totality of its actions in the cases in which the FRY/Serbia was involved as a party. Such an attitude of the Court could be termed judicial arbitrariness, close to, or in the zone of, abuse of judicial power rather than judicial caution resulting in judicial indecision. The explicit admission by the Court that “in 1999 — and even more so in 1996 — it was by no means clear . . . that the FRY was not a Member of the United Nations at the relevant time” being, in fact, tantamount to the admission that the Court acted *sine vires*, represents a sufficient and sound basis for revision of the 1996 Judgment *proprio motu*. It would be the proper way of action of the Court in such circumstances to preserve its judicial integrity. For, in the light of international law, the fact that the Court acted *sine vires* automatically deprives the 1996 Judgment of validity, both in formal and in substantive terms. Standing in the way of the application of the law in that regard is only the comfortable position of the Court in the judicial environment of the international community which does not know the appellate procedure or the appellate court.)

27. The action in concert with the political organs of the World Organization was familiar or, even, inherent to the spirit prevailing at the Hague Peace Conference that judicial settlement as such may play the role of an instrument for diminishing the danger of, and, moreover, substitute to the resort of arms. The situation is quite different now. The idea that

“an international Court should play an important role in the new Organization of nations for peace and security”, is illusory. Indeed, there is evidence, in the records of the various organs of the United Nations, that the Court is regarded as something different from other United Nations organs, and its procedures something independent from customary United Nations procedures.” (S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, Vol. I, *The Court and the United Nations*, pp. 189-190; footnote omitted.)

28. In the framework of the United Nations “the International Court of Justice stood as the judicial apex, while the Security Council was the new Praetorian guard for the political consensus and its enforcement” (M. Cohen, “Impartiality, Realism and International Process”, *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, p. 96).

So,

“Much more than the establishment of peace, the development of international law is the essential function of judicial settlement . . . The gradual elaboration of the law through the accumulation of a

que la qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies était la seule base sur laquelle le défendeur aurait pu être considéré comme partie au Statut de la Cour, force est de conclure que la Cour a délibérément évité de reconnaître le fait juridictionnel qui compromet la légalité même de toutes ses décisions dans les affaires auxquelles la RFY/Serbie était partie. Cette attitude de la Cour peut être qualifiée d'arbitraire judiciaire, proche ou relevant de l'abus du pouvoir judiciaire, et non de prudence judiciaire aboutissant à l'indécision judiciaire. L'aveu exprès de la Cour, à savoir qu'il n'était absolument pas aussi clair en 1999 — et encore moins en 1996 — que la RFY n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies à l'époque pertinente, peut être considéré comme un aveu que la Cour a agi *sine vires*, et constitue une base suffisante et solide pour la révision de l'arrêt de 1996 *proprio motu*. C'est ainsi que la Cour devrait agir dans de telles circonstances pour préserver son intégrité judiciaire. Car, au regard du droit international, le fait que la Cour a agi *sine vires* prive automatiquement l'arrêt de 1996 de sa validité, tant du point de vue formel que quant au fond. La position confortable de la Cour dans le système judiciaire de la communauté internationale, qui ne connaît ni procédure ni juridiction d'appel, est le seul obstacle à l'application du droit à cet égard.)

27. Une action concertée avec les organes politiques de l'Organisation était conforme ou même inhérente à l'esprit qui prévalait lors de la conférence de La Haye, à savoir que le règlement judiciaire en tant que tel peut jouer le rôle d'instrument propre à réduire le danger du recours à la force armée, voire se substituer à celui-ci. La situation est fort différente aujourd'hui. L'idée selon laquelle

«une cour internationale devrait jouer un rôle important dans la nouvelle Organisation des Nations pour la paix et la sécurité est illusoire. De fait, on trouve des preuves, dans les archives des divers organes de l'Organisation des Nations Unies, que la Cour est considérée comme différente des autres organes de l'Organisation, et que ses procédures sont d'une certaine manière autonomes par rapport aux procédures habituelles des Nations Unies.» (S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, vol. I, *The Court and the United Nations*, p. 189-190; note omise.)

28. Dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, «la Cour internationale de Justice constituait l'apex, tandis que le Conseil de sécurité était la nouvelle garde prétorienne au service du consensus politique et de sa mise en œuvre» (M. Cohen, «Impartiality, Realism and International Process», *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, p. 96).

Ainsi,

«La fonction essentielle du règlement judiciaire est bien davantage le développement du droit international que l'établissement de la paix ... l'élaboration progressive du droit par l'accumulation d'un

body of homogeneous decisions is a condition of order and stability.”
(C. De Visscher, *Theory and Reality in Public International Law*, rev. ed., 1968, p. 390; emphasis added.)

29. The principle of functional parallelism gives to the ICJ an important, substantially broader scope for judicial activity in terms of the impartial determination of disputes on the basis of law. By its very nature the principle runs counter to crypto-political decisions clad in legal garb, which may bring any court of law dangerously close to the well-known *chambres de réunion*. The principle gives each organ involved the possibility to act in its own space, fulfilling its original role, and regards the court that is to declare the law.

30. Deliberate concerted activity with political organs leaves hard consequences on any court of law. Legal reasoning and reasoning based on political considerations and expediency are in unsolvable conflict both in terms of substance and in terms of time. This is clearly demonstrated, as far as judicial consistency is concerned, in the cases before the Court involving the FRY/Serbia as a party.

31. It appears that during some 15 years the Court, in terms of judicial policy, acted in several capacities in the cases in which the FRY/Serbia was involved as a party.

32. Since the institution of proceedings in the case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* in 1993, until the admission of the FRY to the United Nations in 2000, the Court, in respect of the jurisdictional issues involved, basically acted as a guardian of the ambiguous policy of the principal political organs of the United Nations in regard to the status of the FRY in the Organization. In the proceedings on the indication of provisional measures of 1993 and in the Judgment on preliminary objections of 1996, it relied tacitly on the factual presumption (*praesumptio facti vel homine*) of the legal identity and continuity of the FRY with the SFRY, acting in concert with the General Assembly as author of the legally vague and controversial resolution 47/1, which allowed *pro et contra* interpretation of the status of the FRY vis-à-vis the United Nations.

33. So, as became clear *tractu temporis*, it choose the weakest possibility in the light of the principle that “[t]he Court must however always be satisfied that it has jurisdiction, and must if necessary go into that matter *proprio motu*” (*Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1972*, p. 52, para. 13), especially with respect to the *jus standi* requirement as the principal condition for the legality of the Court’s judicial action *in casu*.

The Court had two more, much better, possibilities at its disposal:

(a) to ask for an authentic interpretation of resolution 47/1 from the General Assembly; or

corpus de décisions homogènes est une condition de l'ordre et de la stabilité.» (C. De Visscher, *Theory and Reality in Public International Law*, édition révisée 1968, p. 390; les italiques sont de moi.)

29. Le principe du parallélisme fonctionnel donne à la CIJ une latitude importante, nettement plus large, dans son activité judiciaire pour ce qui est de trancher impartialement les différends sur la base du droit. Par sa nature même, ce principe va à l'encontre des décisions cryptopolitiques revêtues de l'habit juridique, qui risquent de rapprocher dangereusement toute juridiction des célèbres «chambres de réunion». Il donne à chaque organe intéressé la possibilité d'agir dans son propre espace, de remplir son rôle original, et, en ce qui concerne la Cour, ce rôle est de dire le droit.

30. Agir délibérément de concert avec des organes politiques a de lourdes conséquences pour tout tribunal. Le raisonnement juridique et le raisonnement reposant sur des considérations politiques et d'opportunité sont totalement inconciliables tant quant au fond que du point de vue du temps. On en trouve la preuve manifeste, en ce qui concerne la cohérence judiciaire, dans les affaires auxquelles la RFY/Serbie a été partie devant la Cour.

31. Il semble que, durant quelque quinze ans, la Cour, du point de vue de la politique judiciaire, ait agi en plusieurs qualités dans les affaires auxquelles la RFY/Serbie était partie.

32. Depuis l'introduction de l'instance dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* en 1993 jusqu'à l'admission de la RFY à l'Organisation des Nations Unies en 2000, la Cour, en ce qui concerne les questions de compétence qui se posaient, a pour l'essentiel agi en tant que gardienne de la politique ambiguë des principaux organes politiques de l'Organisation des Nations Unies à l'égard du statut de la RFY à l'Organisation. Dans la procédure en indication de mesures conservatoires de 1993 et dans l'arrêt sur les exceptions préliminaires de 1996, elle s'est tacitement fondée sur la présomption factuelle (*praesumptio facti vel homine*) de l'identité et de la continuité juridiques de la RFY avec la RSFY, agissant de concert avec l'Assemblée générale, l'auteur de la résolution 47/1, controversée et juridiquement vague, qui autorisait une interprétation *pro et contra* du statut de la RFY vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies.

33. Ainsi, comme il apparut clairement *tractu temporis*, elle a choisi la possibilité la plus faible au regard du principe selon lequel «[l]a Cour n'en doit pas moins toujours s'assurer de sa compétence et elle doit, s'il y a lieu, l'examiner d'office» (*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI (Inde c. Pakistan)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1972*, p. 52, par. 13), en particulier en ce qui concerne la condition de *jus standi* en tant que principale condition de la licéité de l'activité judiciaire de la Cour *in casu*.

La Cour disposait de deux possibilités, bien meilleures :

- a) demander à l'Assemblée générale une interprétation faisant autorité de la résolution 47/1; ou

(b) to make its own explicit interim determination of the matter in a proper form.

34. In contrast to the legal presumption (*praesumptio juris et de jure*), the factual presumption bears an unavoidable limitation in terms of time. In the context of the matter, it was obvious that the factual presumption of continuity of the FRY may be valid only until the moment when the competent political organs of the United Nations adopted the final decision on the status of the FRY/Serbia in the United Nations, unfounded on the continuity premise. That is what happened in November 2000, when, by decision of the competent organs of the United Nations, the FRY was admitted to its membership as a new Member.

35. This fact demonstrated dramatically the ontological irreconcilability of the legal reasoning, on the one side, and the reasoning based on pragmatic considerations and expedience, on the other.

Since the admission to the membership in the United Nations is a matter of exclusive competence of the two principal political organs — the Security Council and the General Assembly — and their decision is binding upon the United Nations structure as a whole, it might be expected from the Court, in the spirit of functional parallelism, to adapt in a proper form its determination of the *jus standi* of the FRY/Serbia to that fact, being, in the circumstances surrounding the case, determinative of its *jus standi*.

The Court, however, opted for a different treatment of the FRY/Serbia in that regard, depending on the cases before it, thus demonstrating not only its inconsistency but throwing a shadow on the application of the fundamental principle of the equality of States before the Court also.

36. In the *Legality of Use of Force* cases the Court designed its determination of the *jus standi* of Serbia/Montenegro in the spirit of the principle of functional parallelism, finding, *inter alia*, that

“at the time of filing of its Application to institute the present proceedings before the Court on 29 April 1999. . . , Serbia and Montenegro, was not a Member of the United Nations, and, consequently, was not. . . a State party to the Statute of the International Court of Justice” (*Serbia and Montenegro v. Belgium*), *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 314, para. 91).

So, in the eight *Legality of Use of Force* cases the Court in fact acted as a guardian of legality, both in the formal and in the substantive terms, respecting the division of competences between the principal political organs of the United Nations and the International Court of Justice as expressed in the functional parallelism principle.

37. In its Judgment in the *Bosnia* case (2007) the majority *de facto* stuck to the continuity presumption using technical, legal explanations in

b) trancher elle-même la question à titre intérimaire dans une forme appropriée.

34. Contrairement à la présomption juridique (*praesumptio juris et de jure*), la présomption factuelle comporte une limitation temporelle inévitable. En l'occurrence, il était évident que la présomption factuelle de continuité de la RFY ne pouvait être valide que jusqu'au moment où les organes politiques compétents de l'Organisation des Nations Unies adopteraient une décision définitive quant au statut de la RFY/Serbie à l'Organisation, une décision ne reposant pas sur l'hypothèse de la continuité. C'est ce qui s'est produit en novembre 2000 lorsque, par une décision des organes compétents de l'Organisation des Nations Unies, la RFY a été admise comme nouveau membre à l'Organisation.

35. Ce fait a démontré de manière frappante le caractère ontologiquement inconciliable du raisonnement juridique d'une part et du raisonnement reposant sur des considérations pragmatiques et sur l'opportunité de l'autre.

Comme l'admission à l'Organisation des Nations Unies relève de la compétence exclusive des deux principaux organes politiques — le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale — et que leur décision lie l'ensemble du système des Nations Unies, on aurait pu s'attendre à ce que la Cour, dans l'esprit du parallélisme fonctionnel, adapte sous une forme appropriée sa décision quant au *jus standi* de la RFY/Serbie à ce fait, lequel, dans les circonstances de l'espèce, déterminait ce *jus standi*.

Or, la Cour a choisi de traiter différemment la RFY/Serbie à cet égard, en fonction des affaires dont elle était saisie, démontrant ainsi son incohérence mais jetant aussi un doute sur l'application du principe fondamental de l'égalité des Etats devant la Cour.

36. Dans les affaires de la *Licéité de l'emploi de la force*, la Cour a conçu sa décision quant au *jus standi* de la Serbie/Monténégro conformément au principe du parallélisme fonctionnel, jugeant notamment que

«au moment où [elle] a déposé sa requête pour introduire la présente instance devant la Cour, le 29 avril 1999, ... la Serbie-et-Monténégro n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies ni, dès lors, ... partie au Statut de la Cour internationale de Justice» (*Serbie-et-Monténégro c. Belgique*), *exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 314, par. 91).

Ainsi, dans les huit affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, la Cour a en fait agi en tant que gardienne de la légalité, tant dans la forme que quant au fond, respectant le partage des compétences entre les principaux organes politiques de l'Organisation des Nations Unies et la Cour internationale de Justice tel qu'exprimé dans le principe du parallélisme fonctionnel.

37. Dans l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire de la *Bosnie* (2007), la majorité s'en est tenue *de facto* à la présomption de continuité en utilisant

the form of specific interpretation of the *res indicata* rule, relying on the understanding of judicial power in terms of unqualified power, which implies that:

“Subject only to this possibility of revision, the *applicable principle* is *res judicata pro veritate habetur*, that is to say that the findings of a judgment are, for the purposes of the case and between the parties, to be taken as correct, and may not be reopened on the basis of claims that doubt has been thrown on them by subsequent events.” (*I.C.J. Reports 2007 (I)*, p. 93, para. 120; emphasis added.)

38. In that Judgment the Court in fact acted as a guardian of its past decision embodied in the 1996 Judgment. Acting in that way, the Court persisted on its own judicial truth, completely divorced from the reality as established in the United Nations by resolution 55/12 and thus producing a *judicium illusorum*.

In that way the position of the Court took a highly interesting turn. While the 1996 Judgment in the *Bosnia* case was adopted with the purpose of acting in harmony with the principal political organs of the United Nations, the insistence on the validity of the premises on which it was based following the adoption of General Assembly resolution 55/12, brought the Court in harsh disharmony with the whole United Nations structure which implemented the resolution strictly.

As a matter of illustration, the objective meaning of the factual presumption on which the *jus standi* of the FRY/Serbia was based in the 1996 Judgment, and accepted in the 2007 Judgment, is that in the context of the dispute before the Court, the FRY/Serbia was considered, at least tacitly, to have been a Member in the period 1992-2000 as far as the Court and the Applicants are concerned, whereas for the United Nations itself it was not a Member, nor even for the Applicants, in respect of any other matter than the cases before the Court. In addition, in the eyes of the Court, the FRY/Serbia was considered a Member of the United Nations in the *Bosnia* case, and is in the present case, and was considered a non-Member in the eight *Legality of Use of Force* cases.

39. The Judgment in the *Application for Revision* case (*I.C.J. Reports 2003*, p. 7) is specific in this particular context (paras. 7-8 above). It possesses two basic meanings. On the one hand, by the construction of the *sui generis* position of the FRY vis-à-vis the United Nations, the Judgment tended, in essence, to substitute the tacit presumption on the continuity with a substantive ground of *jus standi*. For, by admission of the FRY to the United Nations, the presumption of the continuity became devoid of any substance. On the other hand, articulated well after the admission of the FRY to the United Nations, the *sui generis* construction amounted to a revision of the decision taken by the General Assembly which, being binding and conclusive, cannot be reversed by the Court (*Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom)*, *Preliminary*

des explications de technique juridique sous la forme d'une interprétation spécifique de la règle de la *res indicata*, considérant le pouvoir judiciaire comme un pouvoir sans limite, ce qui implique que :

« Sous la seule réserve de cette possibilité de révision, le principe applicable est celui de la *res judicata pro veritate habetur*, ce qui signifie que les conclusions d'un arrêt doivent, aux fins de l'affaire et entre les parties, être considérées comme exactes, et ne sauraient être remises en question au motif que des événements postérieurs feraient planer sur elles des doutes. » (C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 93, par. 120; les italiques sont de moi.)

38. Dans cet arrêt, la Cour a en fait agi en tant que gardienne de la décision qu'elle avait prise antérieurement dans son arrêt de 1996. En agissant ainsi, la Cour a persisté dans sa propre vérité judiciaire, totalement dissociée de la réalité telle qu'établie à l'Organisation des Nations Unies par la résolution 55/12, et en produisant un *judicium illusorum*.

La position de la Cour a ainsi pris un virage extrêmement intéressant. Si l'arrêt de 1996 dans l'affaire de la *Bosnie* a été adopté dans le but d'agir en harmonie avec les principaux organes politiques de l'Organisation des Nations Unies, en insistant sur la validité des prémisses sur lesquelles il reposait après l'adoption de la résolution 55/12 de l'Assemblée générale, la Cour s'est trouvée en complète disharmonie avec l'ensemble du système des Nations Unies, qui a appliqué strictement cette résolution.

A titre d'illustration, le sens objectif de la présomption factuelle sur laquelle reposait le *jus standi* de la RFY/Serbie dans l'arrêt de 1996, qui avait été acceptée dans l'arrêt de 2007, est que, dans le contexte du différend dont la Cour était saisie, la RFY/Serbie était considérée au moins tacitement comme ayant été Membre de l'Organisation de 1992 à 2000 en ce qui concerne la Cour et les demandeurs, alors que pour l'Organisation des Nations Unies elle-même, et même pour les demandeurs, elle n'en était pas membre en ce qui concerne toute autre question que les affaires dont la Cour était saisie. De plus, aux yeux de la Cour, la RFY/Serbie était Membre de l'Organisation des Nations Unies dans l'affaire de la *Bosnie*, comme elle l'est dans la présente affaire, mais n'en était pas membre dans les huit affaires de la *Licéité de l'emploi de la force*.

39. L'arrêt rendu dans l'affaire de la *Demande en révision* (C.I.J. Recueil 2003, p. 7) est spécifique dans ce contexte particulier (par. 7 et 8 ci-dessus). Il a deux significations fondamentales. D'une part, par l'élaboration de la position *sui generis* de la RFY vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies, il tend, dans son essence, à substituer à la présomption tacite de continuité une base de fond pour le *jus standi*. Car, du fait de l'admission de la RFY à l'Organisation des Nations Unies, la présomption de continuité s'était vidée de son sens. D'autre part, élaborée bien après l'admission de la RFY à l'Organisation des Nations Unies, la position *sui generis* équivalait à une révision de la décision prise par l'Assemblée générale, laquelle, étant contraignante et concluante, ne peut être inversée par la Cour (*Cameroun septentrional* (*Cameroun c. Royaume-*

Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1963, p. 33). The construction is a demonstration of the late reaction of the Court, for *terminus ad quem* for the Court's interpretation of the substance of General Assembly resolution 47/1, which as such was a part of its judicial function, in terms other than those of resolution 55/12 of 1 November 2000, elapsed by the admission of the FRY to the United Nations as a new Member.

40. In the present Judgment, the majority makes an effort to reconcile the basic premises of the 2004 Judgments and the 2007 Judgment. To that effect, the majority proceeds from the finding contained in the 2004 Judgment that the FRY/Serbia, being a Member of the United Nations from 1 November 2000, cannot be considered a party to the Statute prior to that date (*Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 310, para. 76). Accordingly, on the date of the institution of the present proceedings it did not possess the right to appear before the Court. However, the majority is not ready to accept the necessary consequences of the fact which it took as the starting point of its legal reasoning, but rather resorts to a broadened interpretation of the so-called *Mavrommatis* rule in an effort to prove that, at a certain point in time, all requirements under Articles 35 and 36 of the Statute for the competence of the Court *in casu* were fulfilled.

However, this is not so, either as regards the date of the institution of the proceedings, a date relevant on the basis of the generally accepted rule, or as regards the date of the rendering of the Judgment allegedly as an exception to the general rule, but it is rather an unspecified date in the period of time between the date of the admission of the FRY to United Nations membership — on 1 November 2000 — and the date when the FRY, as a new, successor State, expressed its consent to be bound by the Genocide Convention in the form of accession — on 6 March 2001.

41. Two basic inconsistencies exist in this regard.

First, it transpired that, in the same period of time, the FRY/Serbia, at least as regards its status as a Contracting Party to the Genocide Convention, was both a continuator and a successor State. The present Judgment, true *implicite*, treats the FRY/Serbia as a continuator State as regards the Genocide Convention until 12 March 2001, because it considers it bound by the provisions of the Convention until that date on the basis of the 1992 declaration adopted on behalf of the State “continuing the state, international legal and political personality of the SFRY” (para. 1 of the declaration). From 12 March 2001 *pro futuro*, the FRY/Serbia is a successor State which, acting upon the reminder of the Secretary-General (paras. 176-177 below) expressed its consent to be bound by the Genocide Convention.

Second, if, *arguendo*, it is accepted that the majority interpretation of the *Mavrommatis* rule is correct, the relevant date for assessment as to

Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1963, p. 33). Cette construction est une démonstration de la réaction tardive de la Cour, en tant que *terminus ad quem* de l'interprétation par la Cour de la substance de la résolution 47/1 de l'Assemblée générale, qui relevait de sa fonction judiciaire, en des termes autres que ceux énoncés dans la résolution 55/12 du 1^{er} novembre 2000, caduque du fait de l'admission de la RFY à l'Organisation des Nations Unies en tant que nouveau Membre.

40. Dans le présent arrêt, la majorité s'efforce de concilier les prémisses fondamentales des arrêts de 2004 et de l'arrêt de 2007. A cette fin, elle part de la conclusion figurant dans l'arrêt de 2004 selon laquelle la RFY/Serbie, étant Membre de l'Organisation des Nations Unies à partir du 1^{er} novembre 2000, ne peut être considérée comme partie au Statut avant cette date (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 310, par. 76). En conséquence, à la date de l'introduction de la présente instance, elle n'avait pas le droit d'ester devant la Cour. Toutefois, la majorité n'est pas prête à accepter les conséquences nécessaires du fait qu'elle a pris comme point de départ de son raisonnement juridique, et préfère recourir à une interprétation élargie de la règle dite *Mavrommatis* pour essayer de prouver que, à un certain moment, toutes les conditions énoncées dans les articles 35 et 36 du Statut en ce qui concerne la compétence de la Cour en l'espèce étaient remplies.

Or il n'en est pas ainsi, ni en ce qui concerne la date de l'introduction de l'instance, une date pertinente eu égard à la règle généralement acceptée, ni en ce qui concerne la date à laquelle l'arrêt a été rendu prétendument en tant qu'exception à la règle générale. Il s'agit plutôt d'une date non précisée se situant entre la date de l'admission de la RFY à l'Organisation des Nations Unies — le 1^{er} novembre 2000 — et la date à laquelle la RFY a, en tant qu'Etat successeur, exprimé son consentement à être liée par la convention sur le génocide en y accédant — le 6 mars 2001.

41. A cet égard, l'incohérence est double.

Premièrement, il est apparu que, durant la même période, la RFY/Serbie, au moins en ce qui concerne son statut de partie à la convention sur le génocide, était un Etat à la fois continueur et successeur. Le présent arrêt, implicitement, traite la RFY/Serbie comme un Etat continueur en ce qui concerne la convention sur le génocide jusqu'au 12 mars 2001, parce qu'il la considère comme liée par les dispositions de la Convention jusqu'à cette date sur la base de la déclaration faite en 1992 au nom de l'Etat «assurant la continuité de l'Etat et de la personnalité juridique et politique internationale de la République fédérative socialiste de Yougoslavie» (paragraphe 1 de la déclaration). A compter du 12 mars 2001 *pro futuro*, la RFY/Serbie est un Etat successeur qui, agissant sur le rappel du Secrétaire général (par. 176-177 ci-dessous), a exprimé son consentement à être lié par la convention sur le génocide.

Deuxièmement, si, *arguendo*, on accepte l'interprétation majoritaire de la règle *Mavrommatis* comme correcte, la date pertinente pour évaluer si

whether the necessary requirements for the competence of the Court are met, should be the date of the rendering of the Judgment. This seems to transpire clearly from the *Mavrommatis* Judgment:

“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.” (*Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 34; emphasis added.*)

42. In its 1996 Judgment in the case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, the Court stated *inter alia*:

“even if it were to be assumed that the Genocide Convention did not enter into force between the Parties until the signature of the Dayton-Paris Agreement, all the conditions are *now* fulfilled to found the jurisdiction of the Court” (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 613, para. 26; emphasis added).

And, it seems obvious that on that date the requirement under Article 36, paragraph 1, of the Statute was not fulfilled as regards the basis of the jurisdiction of the Court, because the FRY, when acceding to the Genocide Convention, expressed its reservation regarding Article IX of the Convention.

43. It appears that the idea underlying functional parallelism — each has its own — is the most appropriate and productive as regards the Court, in an uninstitutionalized, eminently political community. As the Court stated in the *Nicaragua* case:

“The [Security] Council has functions of a political nature assigned to it, whereas the Court exercises purely judicial functions. Both organs *can therefore perform their separate but complementary functions with respect to the same events.*” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 435, para. 95; emphasis added.*)

In such society, the assurance of the autonomy of the Court from the political organs is the crucial element of its judicial integrity. The cases in which the FRY/Serbia was involved as a party demonstrate that the judicial consistency, and especially the proper exercise of judicial power as its substance and determinative, should be best safeguarded by objective rules as a guide in determining the applicable law. This principle, which is axiomatic, should be followed in particular by international courts and tribunals, pursuing their activities in a judicial environment that knows no appellate court or procedure.

44. In sum, it appears that the jurisprudence of the Court, as regards the issue of *jus standi* of the FRY/Serbia as well as its status as Contracting Party to the Genocide Convention, not only is not consistent, but there are also departures from earlier decisions, often *sub silentio*, with-

les conditions nécessaires pour que la Cour soit compétente sont réunies devrait être la date du prononcé de l'arrêt. Cela semble ressortir clairement de l'arrêt *Mavrommatis*:

«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.» (*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 34.*)

42. Dans son arrêt de 1996 dans l'affaire concernant l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la Cour a notamment déclaré:

«à supposer même que la convention sur le génocide ne soit entrée en vigueur entre les Parties qu'à la signature des accords de Dayton-Paris, toutes les conditions sont à *présent* réunies pour fonder la compétence de la Cour» (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 613, par. 26; les italiques sont de moi).

Et il semble évident qu'à cette date la condition posée au paragraphe 1 de l'article 36 du Statut n'était pas remplie en ce qui concerne la base de compétence de la Cour, parce que la RFY, lorsqu'elle a accédé à la convention sur le génocide, a formulé une réserve en ce qui concerne l'article IX de la Convention.

43. Il semble que l'idée qui sous-tend le parallélisme fonctionnel — à chacun sa fonction — est la plus judicieuse et la plus productive, pour ce qui est de la Cour, dans un cadre non institutionnalisé, éminemment politique. Comme la Cour l'a déclaré dans l'affaire du *Nicaragua*:

«Le Conseil a des attributions politiques; la Cour exerce des fonctions purement judiciaires. Les deux organes *peuvent donc s'acquitter de leurs fonctions distinctes mais complémentaires à propos des mêmes événements.*» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 435, par. 95; les italiques sont de moi.*)

Dans une telle société, l'assurance de l'autonomie de la Cour par rapport aux organes politiques est l'élément crucial de son intégrité judiciaire. Les affaires auxquelles la RFY/Serbie a été partie démontrent que la cohérence judiciaire, et en particulier l'exercice régulier du pouvoir judiciaire en tant qu'il en est la substance et la détermination, devrait être préservée par des règles objectives pour orienter la détermination du droit applicable. Ce principe, axiomatique, devrait être suivi en particulier par les cours et tribunaux internationaux, qui exercent leurs activités dans un système judiciaire dépourvu d'organe ou de procédure d'appel.

44. En résumé, il apparaît que la jurisprudence de la Cour en ce qui concerne la question du *jus standi* de la RFY/Serbie et celle de son statut de partie à la convention sur le génocide non seulement n'est pas cohérente, mais en outre s'écarte de décisions antérieures, souvent *sub silentio*,

out adducing reasons for departing or, at least, without clear and convincing reasons.

45. The legal ambiguity which the political organs of the United Nations abided by from the beginning to the very end of the Yugoslav crisis may be understandable from the standpoint of pragmatic political considerations and expediency, but not from the standpoint of judicial consideration of the matter. (For instance, recognition of the legal identity and continuity of the FRY with the SFRY, for which there existed strong legal reasons, would automatically open the question of legality, both in its formal and in its substantive terms of the actions and omissions vis-à-vis that State from the very beginning of the Yugoslav crisis.)

3. Nature of the issue of jurisdiction

46. In a number of points, the majority justifies the failure of the Court to deal properly, in its earlier decisions, with specific jurisdictional issues pertaining both to jurisdiction *lato sensu* and *stricto sensu* properly, by referring to the absence of the party or parties concerned. *Exempli causa*, it is stated that “[w]hile at the time objection was taken to the claim of the FRY to be the continuator of the SFRY, it was not then suggested that that claim was not advanced by the appropriate representative body of the FRY” (Judgment, para. 107; emphasis added). Or, that “the FRY, while questioning whether the applicant State was a party to the Genocide Convention at the relevant dates, did not challenge the claim that it was itself a party” (*ibid.*, para. 114; emphasis added; see also para. 115). This is surprising in the light of the importance of the issue of jurisdiction, especially jurisdiction *lato sensu*, and its legal nature as well.

47. In view of the fact that “the establishment or otherwise of jurisdiction is not a matter for the parties but for the Court itself”, the dispute of the parties regarding the jurisdiction in the preliminary objection phase is not a necessary condition for the Court to address the issue of jurisdiction. (*Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, *Jurisdiction of the Court, Judgment*, *I.C.J. Reports 1998*, p. 450, para. 37; see also the individual opinion of President McNair in the jurisdiction phase of the case concerning *Anglo-Iranian Oil Co.* in which he stated that “[a]n international tribunal cannot regard a question of jurisdiction solely as a question *inter partes*” (*Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran)*, *Preliminary Objection, Judgment*, *I.C.J. Reports 1952*, p. 116).)

48. Preliminary objections raised by a party are only a tool, a procedurally designed weapon, for the establishment of the jurisdiction of the Court, *suo nomine et suo vigore*, for it is under an obligation to do so ex officio. The legal meaning of the proceedings on preliminary objections

sans donner les raisons pour lesquelles elle s'en écarte ou, au moins, sans donner de raisons claires et convaincantes.

45. L'ambiguïté juridique que les organes politiques de l'Organisation des Nations Unies ont acceptée du début jusqu'à la fin même de la crise yougoslave peut s'expliquer par des considérations politiques pragmatiques et par un souci d'opportunité, mais n'est pas compatible avec un examen judiciaire de l'affaire. (Par exemple, la reconnaissance de l'identité juridique et de la continuité de la RFY avec la RSFY, qui reposait sur des raisons juridiques solides, soulevait automatiquement la question de la licéité, du point de vue tant de la forme que du fond, des actions et omissions vis-à-vis de cet Etat depuis le tout début de la crise yougoslave.)

3. Nature de la question de la compétence

46. Sur plusieurs points, la majorité justifie le fait que la Cour n'a pas, dans ses décisions antérieures, traité comme il convenait des questions spécifiques concernant tant sa compétence *lato sensu* que sa compétence *stricto sensu* par l'absence de la partie ou des parties considérées. Par exemple, l'arrêt stipule que «[m]algré l'opposition manifestée à l'époque contre la thèse de la RFY selon laquelle celle-ci assurait la continuité de la RSFY, l'idée que cette thèse n'émanait pas de l'organe représentatif approprié de la RFY... n'a pas été avancée» (arrêt, par. 107; les italiques sont de moi). Ou que «la RFY, tout en émettant des doutes sur le fait de savoir si l'Etat demandeur était partie à la convention sur le génocide aux dates pertinentes, n'avait pas contesté la thèse qu'elle y était, quant à elle, partie» (*ibid.*, par. 114; les italiques sont de moi; voir également par. 115). Cela est surprenant compte tenu de l'importance de la question de la compétence, en particulier de la compétence *lato sensu*, ainsi que de sa nature juridique.

47. Étant donné «qu'établir ou ne pas établir sa compétence n'est pas une question qui relève des parties; elle est du ressort de la Cour elle-même», le différend entre les parties en ce qui concerne la compétence durant la phase des exceptions préliminaires n'est pas une condition nécessaire pour que la Cour examine la question de sa compétence. (*Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 450, par. 37; voir également l'opinion individuelle de sir Arnold McNair, président de la Cour, dans la phase relative à la compétence de l'affaire concernant l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, dans laquelle il déclarait: «Un tribunal international ne saurait considérer une question de compétence comme une simple question *inter partes*.» (*Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1952*, p. 116.))

48. Les exceptions préliminaires soulevées par une partie ne sont qu'un instrument, une arme procédurale, aux fins de l'établissement de la compétence de la Cour, *suo nomine et suo vigore*, car elle est tenue de l'établir d'office. La signification juridique de la procédure concernant les excep-

has been defined by the Court in the case concerning *Rights of Minorities in Upper Silesia (Minority Schools)* (hereinafter referred to as “*Minority Schools*”) as follows:

“the raising of an objection by one Party merely draws the attention of the Court to an objection to the jurisdiction which it must *ex officio consider*” (*Rights of Minorities in Upper Silesia (Minority Schools)*, *Judgment No. 12, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 15*, p. 23; emphasis added).

Or, as stated by the Court in the case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*:

“The Court must, in each case submitted to it, verify whether it has jurisdiction to deal with the case . . . and such objections as are raised by the Respondent may *be useful to clarify* the legal situation.” (*Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 622, para. 46; emphasis added.)

Accordingly, the jurisdiction established by the Court *in casu* is not necessarily linked with the dispute as to jurisdiction. If the duty of the Court to verify its jurisdiction in each particular case exists regardless of the preliminary objection as such, then the pleadings of the parties in the proceedings are not *a fortiori* of decisive importance in that sense.

49. The dictum of the Court in the case concerning *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council* (hereinafter referred to as “*ICAO Council*”) could represent a synthesis of that practice: “[t]he Court must however always be satisfied that it has jurisdiction, and must if necessary go into that matter *proprio motu*” (*Judgment, I.C.J. Reports 1972*, p. 52, para. 13). This is also reflected in the opinions of Judges. (In the case concerning *Mavrommatis Palestine Concessions*, Judge Moore, in his dissenting opinion, stated that “even though the Parties be silent, the tribunal, if it finds that competence is lacking, is bound of its own motion to dismiss the case” (*Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 58); in the *Minority Schools* case, Judge Huber, in his dissenting opinion, found that the Court “must *ex officio* ascertain on what legal foundation it is to base its judgment upon the claims of the Parties” (*Judgment No. 12, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 15*, p. 54); and in the case concerning *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Judge Kellogg pointed out in his observations attached to the Order of 6 December 1930 that it was not necessary that the question of jurisdiction be raised by one of the parties, since “[i]t may and should be raised by the Court on its own initiative, as was done in the Eastern Carelia case” (*Order of 6 December 1930, P.C.I.J., Series A, No. 24*, p. 43).)

50. The question of the jurisdiction of the Court bears two dominant features: (a) the question of jurisdiction of the Court is a *questio juris*; and (b) the question of jurisdiction of the Court is a matter of international public order.

tions préliminaires a été définie par la Cour dans l'affaire concernant les *Droits de minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires)* (ci-après l'affaire des «*Ecoles minoritaires*») comme suit :

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

Ou, comme l'a déclaré la Cour dans l'affaire concernant l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* :

«La Cour doit, dans chaque instance introduite devant elle, vérifier si elle a compétence pour connaître de l'affaire ... les exceptions éventuellement soulevées par la partie défenderesse peuvent être utiles pour clarifier la situation juridique.» (*Exceptions préliminaires*, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 622, par. 46; les italiques sont de moi.)

C'est pourquoi la compétence établie par la Cour *in casu* n'est pas nécessairement liée au différend relatif à la compétence. Si la Cour est tenue de vérifier qu'elle est compétente dans chaque affaire, que des exceptions préliminaires aient ou non été soulevées, les arguments des parties durant la procédure ne sont pas *a fortiori* d'une importance décisive en ce sens.

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

50. La question de la compétence de la Cour a deux traits dominants: a) c'est une *questio juris*; et b) elle relève de l'ordre public international.

51. As a *questio juris*² the jurisdiction of the Court is within the scope of the principle *jura novit curia*. In the case concerning *Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder* (hereinafter referred to as “*River Oder*”) the Polish Government did not contend that the Barcelona Convention had not been ratified by Poland until the oral proceedings. The six respondents asked the Court to reject the Polish contention *a limine*, for having been submitted at such an advanced stage of the proceedings. The Court dismissed the objection as untenable for “[t]he fact that Poland has not ratified the Barcelona Convention not being contested, it is evident that the matter is purely one of law such as the Court. . . should examine *ex officio*” (*Judgment No. 16, 1929, P.C.I.J., Series A, No. 23, p. 19*).

52. Being bound by law, the Court is not bound by the arguments of the parties. This follows clearly from the principle *jura novit curia* addressed by the Court in its Judgments in the cases concerning *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)* and *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*:

“The Court. . . as an international judicial organ, is deemed to take judicial notice of international law, and is therefore required in a case falling under Article 53 of the Statute, *as in any other case*, to consider on its own initiative all rules of international law which may be relevant to the settlement of the dispute. . . for the law lies within the judicial knowledge of the Court.” (*Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 9, para. 17; ibid., p. 181, para. 18; emphasis added.*)

The principle has also been confirmed in the *Nicaragua* case by a dictum that

“[f]or the purpose of deciding whether the claim is well founded in law, the principle *jura novit curia* signifies that the Court is not solely dependent on the argument of the parties before it with respect to the applicable law (cf. “*Lotus*”, *P.C.I.J., Series A, No. 10, p. 31*)” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 24, para. 29*).

53. Consequently, the rule according to which a party seeking to assert

² “The existence of jurisdiction of the Court in a given case is . . . not a question of fact, but a question of law to be resolved in the light of the relevant facts.” (*Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1988, p. 76, para. 16*.) The question of the Court’s jurisdiction is “necessarily an antecedent and independent one — an objective question of law — which cannot be governed by preclusive considerations capable of being so expressed as to tell against either Party — or both Parties” (*Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council, Judgment, I.C.J. Reports 1972, p. 54, para. 16 (c)*).

51. En tant que *questio juris*², la compétence de la Cour relève du principe *jura novit curia*. Dans l'affaire de la *Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder* (ci-après l'affaire de l'«*Oder*»), le Gouvernement polonais n'a pas fait valoir que la convention de Barcelone n'avait été ratifiée par la Pologne que lors de la procédure orale. Les six défendeurs ont demandé à la Cour que l'argument polonais soit rejeté *a limine* pour avoir été invoqué à un stade aussi avancé de la procédure. La Cour a rejeté cette exception comme infondée au motif que «[l]e fait que la Pologne n'a pas ratifié la convention de Barcelone n'est pas contesté, il est évident qu'il s'agit d'une pure question de droit que la Cour ... devrait examiner même d'office» (*arrêt n° 16, 1929, C.P.J.I. série A n° 23, p. 19*).

52. Etant liée par le droit, la Cour ne l'est pas par les arguments des parties. Cela découle clairement du principe *jura novit curia* examiné par la Cour dans les arrêts qu'elle a rendus dans les affaires de la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)* et de la *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*:

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

Ce principe a été aussi confirmé dans l'affaire du *Nicaragua*, dans le *dictum* suivant:

«[l]e principe *jura novit curia* signifie que, pour décider que les conclusions sont fondées en droit, la Cour ne doit pas s'appuyer uniquement sur les exposés des parties relativement au droit applicable (voir l'affaire du *Lotus*, *C.P.J.I. série A n° 10, p. 31*)» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, *fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 24, par. 29*).

53. En conséquence, la règle qui veut que c'est à la partie qui cherche

² «L'existence de la compétence de la Cour dans un cas particulier n'est pas une question de fait, mais une question de droit qui doit être tranchée à la lumière des faits pertinents.» (*Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, *compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1988, p. 76, par. 16*.) La question de la compétence de la Cour est «une question nécessairement préalable et indépendante, une question de droit objective, qui ne saurait être régie par des considérations de forclusion pouvant être formulées de façon à jouer contre l'une des Parties ou contre les deux» (*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI, arrêt, C.I.J. Recueil 1972, p. 54, par. 16, al. c*)).

a fact must bear the burden of proving that it “has no relevance for the establishment of the Court’s jurisdiction” (*Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, *Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 450, para. 37).

The disposition of the parties, although being the dominant principle in the proceedings before the Court, suffers limitations. These limitations derive from the objective rules of the Statute and the Rules of Court defining the nature and limits of the Court’s judicial action. As constitutional norms (R. Monaco, “Observations sur la hierarchie des sources du droit international”, *Festschrift für Hermann Mosler*, 1983, pp. 607-608) or as *règles préceptives* (intervention of Judge M. Yovanovitch, Preliminary Session of the Court, *P.C.I.J., Series D, No. 2*, p. 59), these rules transcend the disposition of the parties and pertain to the international public order.

54. As a matter of international public order superior to the will of the parties, the question of jurisdiction need not necessarily be raised by the parties themselves but the Court can and should examine it *ex officio*. (Cf. *Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder, Judgment No. 16, 1929, P.C.I.J., Series A, No. 23*, pp. 18-19; *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, *Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1973*, p. 7, para. 12; p. 54, para. 13; *Prince von Pless Administration, Order of 4 February 1933, P.C.I.J., Series A/B, No. 52*, p. 15; *Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9*, p. 32.)

55. In the practice of the Court the expressions *ex officio* and *proprio motu* are used as interchangeable, although there exist differences in the meaning of these two expressions. The expression *proprio motu* implies the discretionary authority of the Court to take action on its own initiative. The action taken by the Court *ex officio* is an expression of the duty of the Court by virtue of its judicial function. The exclusion of the discretion of the Court relates to the action itself and does not touch upon the freedom of the Court in respect of the ruling.

The linking element of these two expressions is of a negative nature and is reflected in the fact that it is about the actions which the Court takes, or may take, irrespective of the will and the processual actions of the parties.

The genuine difference in the meaning of these two expressions is overcome in some *dicta* of the Court, by adding the qualification “must” to the expression “*proprio motu*” as in, for example, the Court’s Judgment in the *ICAO Council* case (*I.C.J. Reports 1972*, p. 52, para. 13). Thus, in fact, the Court’s own motion is qualified as the obligation and the action *proprio motu* deprives it of discretion and turns it into action *ex officio*.

56. As *questio juris* pertaining to the public order, jurisdiction is determined by the decision of the Court, formal or informal, on the basis of the principle of *compétence de la compétence*. The principle of *com-*

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

La volonté des parties, bien qu'elle soit le principe dominant des procédures devant la Cour, connaît des limites. Ces limites découlent des règles objectives du Statut et du Règlement de la Cour définissant la nature et les limites de l'activité judiciaire de la Cour. En tant que normes constitutionnelles (R. Monaco, «Observations sur la hiérarchie des sources du droit international», *Festschrift für Hermann Mosler*, 1983, p. 607-608) ou que règles *préceptives* (intervention de M. Yovanovitch, session préliminaire de la Cour, *C.P.J.I. série D n° 2*, p. 59), ces règles transcendent la volonté des parties et relèvent de l'ordre public international.

54. En tant que question relevant de l'ordre public international, lequel est supérieur à la volonté des parties, la question de la compétence n'a pas nécessairement à être soulevée par les parties elles-mêmes et la Cour peut et doit l'examiner d'office. (Voir *Jurisdiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder, arrêt n° 16, 1929, C.P.J.I. série A n° 23*, p. 18-19; *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1973, p. 7, par. 12; p. 54, par. 13; Administration du prince von Pless, ordonnance du 4 février 1933, C.P.J.I. série A/B n° 52, p. 15; Usine de Chorzów, compétence, arrêt n° 8, 1927, C.P.J.I. série A n° 9, p. 32.)*

55. Dans la pratique de la Cour, les expressions «d'office» et «*proprio motu*» sont interchangeables bien qu'elles n'aient pas exactement le même sens. L'expression *proprio motu* renvoie au pouvoir discrétionnaire de la Cour d'agir de sa propre initiative. L'initiative prise d'office par la Cour reflète l'obligation découlant pour celle-ci de sa fonction judiciaire. L'exclusion du pouvoir discrétionnaire de la Cour concerne l'initiative elle-même et non la liberté de la Cour en ce qui concerne sa décision.

L'élément qui lie ces deux expressions est de caractère négatif et concerne les initiatives que la Cour prend, ou peut prendre, quels que soient la volonté des parties et leurs actes de procédure.

La véritable différence existant dans la signification de ces deux expressions est occultée dans certains *dicta* de la Cour par l'ajout du verbe «doit» avant l'expression «*proprio motu*», comme, par exemple, dans l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire du *Conseil de l'OACI (C.I.J. Recueil 1972, p. 52, par. 13)*. Ainsi, en fait, l'initiative propre de la Cour est qualifiée d'obligation et l'action *proprio motu* la prive de son pouvoir discrétionnaire et la transforme en action d'office.

56. En tant que *questio juris* relevant de l'ordre public, la compétence est déterminée par la décision formelle ou informelle que prend la Cour sur la base du principe de la compétence de la compétence. Ce principe a

pétence de la compétence possesses two meanings in that regard: a narrow and a broad one. As such the principle is confirmed in the Court's jurisprudence. In the *Nottebohm* case, the Court stated *inter alia*:

“Paragraph 6 of Article 36 merely adopted, in respect of the Court, a rule consistently accepted by general international law in the matter of international arbitration.

.

Article 36, paragraph 6, suffices to invest the Court with power to adjudicate on its own jurisdiction in the present case. *But even if this were not the case, the Court, 'whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it' (Article 38, paragraph 1, of the Statute), should follow in this connection what is laid down by general international law. The judicial character of the Court and the rule of general international law referred to above are sufficient to establish that the Court is competent to adjudicate on its own jurisdiction in the present case.*” (*Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1953, pp. 119-120; emphasis added.*)

57. The Court exercises its inherent power from the institution of the proceedings until its end with a view to establishing whether or not it possesses jurisdiction in the particular case. (In reality, the Court proceeds to exercise its inherent power in two ways: (a) by ascertaining the existence of processual requirements for jurisdiction through *prima facie* assessment, being substantively a judicial presumption of jurisdiction or (b) by adopting a formal decision on the jurisdiction. In that sense, the power of the Court to determine whether it has jurisdiction in a given case seems absolute, considering that the Court, even when declaring that it has no jurisdiction *in casu*, exercises that inherent power.)

58. Without the operation of the principle of *compétence de la compétence* in its broad meaning as a principle of general international law, it would be impossible to establish the competence of the Court to indicate provisional measures, for the objections to the Court's jurisdiction, pursuant to Article 79 of the Rules, may be submitted by the respondent within the time-limit fixed for the delivery of the Counter-Memorial and by a party other than the respondent within the time-limit fixed for the delivery of the first pleading. The operation of the principle in this case results in the judicial presumption on proper jurisdiction of the Court in the form of “*prima facie* jurisdiction”.

59. The understanding that action by the party is a condition necessary for the Court to deal properly with jurisdictional issues appears to be erroneous. It relies on the equalization of the merits and the jurisdictional part of the proceedings before the Court. Equalization of these two parts of the proceedings is conducive to the treatment of the question of jurisdiction as *questio facti* and as a matter *inter partes*, which is in discord with its true nature.

deux significations à cet égard: une signification étroite et une signification large. En tant que tel, il est confirmé dans la jurisprudence de la Cour. Dans l'affaire *Nottebohm*, la Cour a notamment déclaré:

«Le paragraphe 6 de l'article 36 ne fait que reprendre pour la Cour une règle que le droit international commun a consacrée en matière d'arbitrage international.

.

L'article 36, paragraphe 6, suffit à conférer à la Cour le pouvoir de statuer sur sa compétence dans le cas présent. *Même si tel n'était pas le cas, la Cour, «dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis»* (article 38, paragraphe 1, du Statut), *devrait suivre à cet égard ce que prescrit le droit international commun. Or le caractère judiciaire de la Cour et la règle de droit international commun qui a été précédemment rappelée suffisent à établir que la Cour est compétente pour statuer sur sa propre compétence en la présente affaire.»* (*Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, *exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1953*, p. 119-120; les italiques sont de moi.)

57. La Cour exerce son pouvoir inhérent de l'introduction de l'instance jusqu'à la fin de celle-ci en vue d'établir si elle est ou non compétente en l'espèce. (En réalité, la Cour exerce son pouvoir inhérent de deux manières: *a*) en s'assurant que les conditions procédurales de sa compétence sont réunies dans le cadre d'une évaluation *prima facie*, ce qui constitue en substance une présomption judiciaire de compétence; ou *b*) en adoptant une décision formelle sur sa compétence. En ce sens, le pouvoir de la Cour de décider si elle a compétence dans une affaire donnée semble absolu, car la Cour, même lorsqu'elle déclare qu'elle n'a pas compétence en l'espèce, exerce ce pouvoir inhérent.)

58. En l'absence du principe de la compétence de la compétence au sens large en tant que principe du droit international général, il serait impossible d'établir la compétence de la Cour pour indiquer des mesures conservatoires, car les exceptions à la compétence de la Cour peuvent, en vertu de l'article 79 du Règlement, être soulevées par le défendeur dans le délai fixé pour le dépôt du contre-mémoire et par une partie autre que le défendeur dans le délai fixé pour le dépôt de la première pièce de procédure émanant de cette partie. L'application du principe en la présente affaire aboutit à la présomption judiciaire de la compétence de la Cour sous la forme de «compétence *prima facie*».

59. L'idée qu'un acte de la partie est une condition nécessaire pour que la Cour se saisisse régulièrement de questions de compétence semble erronée. Elle revient à mettre la phase du fond et la phase de la compétence sur un pied d'égalité. Or, cela amène à traiter la question de la compétence comme une *questio facti* et une question *inter partes*, ce qui ne correspond pas à sa véritable nature.

The rule according to which “the existence of a dispute is the primary condition for the Court to exercise its judicial function” (*Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 476, para. 58), is valid in the merits phase of a case, but is not equally valid in the jurisdictional phase of the proceedings. The application of the rule in the jurisdictional phase is resisted by the very nature of the question of jurisdiction, running counter to the inherent right and duty of the Court to determine its jurisdiction.

II. SPECIFIC ISSUES *IN CASU*

1. *Jus standi of the Respondent*

(a) *General approach of the majority to the jus standi requirement*

60. The general approach of the majority to the *jus standi* requirement does not seem clear and precise either as regards its substance or as regards the terminology used. The majority is ambivalent as regards the preliminary question whether the *jus standi* requirement is an autonomous one.

Jus standi in the Judgment is seen as:

- (a) “either as an issue relating to the Court’s jurisdiction *ratione personae* or as an issue preliminary to the examination of jurisdiction” (Judgment, para. 66);
- (b) “the question of access is clearly distinct from those relating to the examination of jurisdiction in the narrow sense” (*ibid.*, para. 87);

61. These qualifications are not only imprecise but are also contradictory. For, if access to the Court is understood as jurisdiction *ratione personae*, it is unclear how it can be “an issue preliminary to the examination of jurisdiction” or “clearly distinct from those relating to . . . jurisdiction in the narrow sense”, if jurisdiction *ratione personae* is, in fact, a part of the jurisdiction. If, on the contrary, it is an issue preliminary to jurisdiction in the narrow sense, it is, *mutatis mutandi*, equally unclear. Besides, the qualifications are indirect, offered primarily with the intention of determining the relation between *jus standi* and jurisdiction of the Court.

62. It is true that in descriptive terms every jurisdiction over *personae*, be it natural or legal persons, is jurisdiction *ratione personae*. But, a descriptive meaning of the expression is one thing and the legal meaning as *technicus terminus* is quite another thing.

Jurisdiction *ratione personae* concerns the issue whether the party to the dispute is bound by a jurisdictional instrument serving as a basis of jurisdiction as usually understood. As such, it is not a matter that falls within the ambit of Article 35 but rather of Article 36 of the Statute.

The equalizing of these two terms — jurisdiction *ratione personae* and

La règle selon laquelle «[l]’existence d’un différend est ... la condition première de l’exercice [par la Cour] de sa fonction judiciaire» (*Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 476, par. 58) est valide lors de la phase du fond, mais n’est pas également valide lors de la phase de l’instance relative à la compétence. L’application de cette règle durant la phase relative à la compétence va à l’encontre de la nature même de la question de la compétence, à l’encontre du droit inhérent et du devoir de la Cour de décider de sa compétence.

II. QUESTIONS SPÉCIFIQUES EN L’ESPÈCE

1. *Le jus standi du défendeur*

a) *Conception générale de la majorité de la condition relative au jus standi*

60. La conception générale qu’a la majorité de la condition relative au *jus standi* ne semble ni claire ni précise, que ce soit quant au fond ou quant à la terminologie utilisée. La majorité est ambivalente sur la question préliminaire de savoir si la condition de *jus standi* est une condition autonome.

Dans l’arrêt, le *jus standi* est considéré :

- a) «soit comme une question se rattachant à la compétence *ratione personae* de la Cour, soit comme une question antérieure à l’examen de la compétence» (arrêt, par. 66);
- b) «[soit comme] la question de l’accès [qui] se distingue ... de celles relatives à l’examen de la compétence au sens étroit» (*ibid.*, par. 87);

61. Ces définitions sont non seulement imprécises mais aussi contradictoires. Car, si l’accès à la Cour est entendu comme compétence *ratione personae*, on voit mal comment il peut constituer «une question antérieure à l’examen de la compétence» ou «une question qui «se distingue ... de celles relatives à ... la compétence au sens étroit»», si la compétence *ratione personae* fait effectivement partie de la compétence. Si, par contre, il s’agit d’une question antérieure à la compétence au sens étroit, elle est, *mutatis mutandi*, tout aussi peu claire. Par ailleurs, les définitions données sont indirectes, formulées d’abord pour déterminer la relation entre le *jus standi* et la compétence de la Cour.

62. Il est vrai qu’en termes descriptifs toute compétence sur des *personae*, qu’elles soient physiques ou morales, est une compétence *ratione personae*. Mais la signification descriptive de l’expression est une chose et son sens juridique en tant que *technicus terminus* en est une autre.

La juridiction *ratione personae* concerne la question de savoir si la partie au différend est liée par un instrument juridictionnel servant de base de compétence au sens usuel. En tant que telle, elle ne relève pas de l’article 35 du Statut mais de l’article 36.

L’identification de ces deux expressions — compétence *ratione perso-*

jus standi — applied in the merits phase in the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, should be treated as an incident dictated by the substance of an *ad hoc* construction of the decision by necessary implication (*I.C.J. Reports 2007 (I)*), separate opinion of Judge *ad hoc* Kreća, pp. 485-489, paras. 40-43).

63. If one deems it necessary to find a proper solution to the terms used, within the frame of jurisdiction *ratione personae*, then, if it relates to the requirement of *jus standi* also, it would be termed as “jurisdiction *ratione personae lato sensu*”, combining the descriptive and technical meaning of the term. *A contrario*, a measure of confusion is inevitable, since the jurisdiction of the Court is “a unitary concept, and the use by the Court and elsewhere of terms such as jurisdiction *ratione personae*, *ratione materiae* or the scope of the jurisdiction *ratione temporis* is solely for purposes of systematic presentation” (S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, Vol. II, *Jurisdiction*, p. 526).

64. The majority had no intention, it seems, of dealing in more detail with the substance of the *jus standi* requirement, finding that it is a matter of “debate” (Judgment, para. 66), tending to suggest its theoretical nature. Any issue, however, can, and often must, be treated as a theoretical one, concerned with knowledge as, *exempli causa*, is shown by the extensive discourse in the Judgment about the objection to the admissibility and to the jurisdiction of the Court (*ibid.*, para. 120). The more so, since the experience with respect to the Court, at least its part relating to cases in which the FRY/Serbia was involved, could hardly be accepted as satisfactory.

In essence, the discourse about the *jus standi* requirement in the present case, taking into consideration all the circumstances concomitant to its application, is in fact a discourse about the nature and scope of Article 35 of the Statute.

65. The situation is confusing also as regards the terms used in order to determine the requirement under Article 35 of the Statute. The expressions “access to the Court” (*ibid.*, paras. 64, 67, 87), “capacity to participate in the proceedings” (*ibid.*, paras. 69, 87), “capacity to be a party to the proceedings” (*ibid.*, table of contents, para. 57), “right to access” (*ibid.*, para. 67), “properly appear before the Court” (*ibid.*, para. 68) are used interchangeably.

66. More expressions, more confusion. The expression “access to the Court” corresponds by its meaning to the general term *jus standi in indicio* as the right of a person to appear or to be heard in such-and-such proceedings (*Jowitt’s Dictionary of English Law*, 2nd ed., Vol. 2, p. 1115). This, however, could not be said for the expression used in the Judgment — “capacity to participate in the proceedings” — which has a broader meaning. It includes, for instance, also the capacity to participate in the proceedings on the basis of legal interests of the party which, otherwise, has access to the Court.

nae et *jus standi* —, intervenue par exemple dans la phase du fond dans l'affaire de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, doit être considérée comme un incident dicté par la substance d'une interprétation *ad hoc* de la décision par implication logique (voir *C.I.J. Recueil 2007 (I)* ; opinion individuelle du juge *ad hoc* Kreča, p. 485-489, par. 40-43).

63. Si l'on juge nécessaire de trouver une solution appropriée aux termes utilisés dans le cadre de la compétence *ratione personae*, et si l'on vise également la condition relative au *jus standi*, il faudrait parler de «compétence *ratione personae lato sensu*», en combinant les sens descriptif et technique de l'expression. A défaut, une certaine confusion est inévitable, car la compétence de la Cour est «une notion unitaire et que c'est seulement aux fins d'une présentation systématique qu'on utilise, à la Cour et ailleurs, des termes comme compétence *ratione personae*, *ratione materiae* ou étendue de la compétence *ratione temporis*» (S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, vol. II, *Jurisdiction*, p. 526).

64. Il semble que la majorité n'avait pas l'intention d'examiner plus en détail, quant au fond, la condition de *jus standi*, estimant qu'elle relève d'un «débat» (arrêt, par. 66) et tendant à lui attribuer un caractère théorique. Toutefois, toute question peut, et souvent doit, être considérée comme une question théorique, relevant de la connaissance, comme, par exemple, le montre le long passage de l'arrêt consacré à l'exception à la recevabilité et à la compétence de la Cour (*ibid.*, par. 120). Cela d'autant plus que l'expérience, en ce qui concerne la Cour, au moins pour ce qui est des affaires auxquelles la RFY/Serbie a été partie, ne peut guère être considérée comme satisfaisante.

Pour l'essentiel, l'examen de la condition de *jus standi* dans la présente affaire, compte tenu de toutes les circonstances entourant son application, est en fait un examen de la nature et de la portée de l'article 35 du Statut.

65. Sont aussi source de confusion les expressions utilisées pour déterminer la condition énoncée à l'article 35 du Statut. Les expressions «accès à la Cour» (*ibid.*, par. 64, 67, 87), «capacité nécessaire pour participer à la procédure» (*ibid.*, par. 69, 87), «capacité de participer à une procédure devant la Cour» (*ibid.*, table des matières, par. 57), «droit ... d'accéder» (*ibid.*, par. 67), «qualité pour se présenter devant la Cour» (*ibid.*, par. 68) sont utilisées de manière interchangeable.

66. En multipliant les expressions, on multiplie la confusion. L'expression «accès à la Cour» correspond par sa signification à l'expression générale *jus standi in indicio*, à savoir le droit d'une personne de se présenter ou d'être entendue dans telle ou telle procédure (*Jowitt's Dictionary of English Law*, 2^e éd., vol. 2, p. 1115). On ne peut par contre dire cela de l'expression utilisée dans l'arrêt — «capacité nécessaire pour participer à la procédure» —, qui a un sens plus large. Elle désigne aussi, par exemple, la capacité d'une partie ayant autrement accès à la Cour de participer à la procédure en raison des intérêts juridiques qui sont les siens.

Exempli causa, in the case concerning *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, the Court used it to denote the right of “a government to protect the interests of shareholders as such” which was in effect the matter of legal interest independent of the right of Belgium to appear before the Court (*Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1964*, p. 45). On the contrary, in the *South West Africa* case the Court has drawn a clear distinction between “standing before the Court itself”, i.e., *locus standi*, and “standing in the . . . phase of . . . proceedings” (*South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966*, p. 18, para. 4).

67. In addition to the expression “access to the Court”, also appropriate seem the expressions “right to appear”, “*jus standi* before the Court”, or “entitled to appear before the Court”, because they have been designed in terms of the right or entitlement of a State and, as such, correspond with the general provision of Article 35 providing that “the Court shall be open”, implying a subjective right of a State party to the Statute. (Furthermore, other expressions are used, such as, for example, “*locus standi in judicio ratione personae*” — S. Rosenne, *op. cit.*, Vol. II, *Jurisdiction*, p. 913. It appears however, that this expression is less appropriate. It is partly a pleonasm, because *locus standi in indicio* is *per definitionem* related to *personae*; it seems also too extensive because, by suggesting that there also exists *locus standi in indicio ratione materiae*, it may concern also a legal interest of the party to the dispute.)

(b) *Nature and characteristics of the jus standi requirement*

68. The totality of the requirements for the competence of the Court is given in Articles 34, 35 and 36 of the Statute. The requirements are not, however, of the same nature, having in mind that they express two dominant, but distinct features of the International Court of Justice as a court of law — its character of a partly open court and consensual basis of jurisdiction.

As stated by the Court in the provisional measures phase in the ten *Legality of Use of Force* cases:

“the Court can. . . exercise jurisdiction only between States parties to a dispute *who not only have access to the Court but also have accepted the jurisdiction of the Court*, either in general form or for the individual dispute concerned” (*Yugoslavia v. Belgium*), *Provisional Measures, Order of 2 June 1999, I.C.J. Reports 1999 (I)*, p. 132, para. 20).

69. Whereas Article 36 of the Statute is concerned with the consensual basis of the jurisdiction of the Court, embracing instruments serving as its basis, Articles 34 and 35 are concerned with access to the Court. All three Articles have their place in the Statute in the part under the heading

Par exemple, dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, la Cour l'a utilisée pour désigner le droit «d'un gouvernement [de] protéger les intérêts d'actionnaires en tant que tels», en fait l'intérêt juridique, indépendant du droit de la Belgique d'ester devant la Cour (*exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1964*, p. 45). Au contraire, dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*, la Cour a distingué clairement entre «l'aptitude des demandeurs à se présenter devant la Cour», c'est-à-dire le *locus standi*, et «la qualité des demandeurs en la phase actuelle de la procédure» (*Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966*, p. 18, par. 4).

67. Outre l'expression «accès à la Cour», semblent également appropriées les expressions «droit de se présenter», «*jus standi* devant la Cour» ou «Etat habilité à se présenter devant la Cour», parce qu'elles ont été formulées du point de vue du droit et de la faculté de l'Etat et, en tant que telles, correspondent à la disposition générale de l'article 35, qui prévoit que «la Cour est ouverte», impliquant un droit subjectif des Etats parties au Statut. (De plus, d'autres expressions sont utilisées, comme, par exemple, «*locus standi in judicio ratione personae*» (S. Rosenne, *op. cit.*, vol. II, *Jurisdiction*, p. 913). Il apparaît cependant que cette expression est moins appropriée. Elle est en partie pléonastique, parce que *locus standi in indicio* concerne par définition les *personae*; elle semble aussi trop large parce que, en laissant penser qu'il existe aussi un *locus standi in indicio ratione materiae*, elle peut viser aussi un intérêt juridique de la partie au différend.)

b) *Nature et caractéristiques de la condition de jus standi*

68. Toutes les conditions de la compétence de la Cour sont énoncées aux articles 34, 35 et 36 du Statut. Ces conditions ne sont cependant pas de même nature, étant donné qu'elles expriment deux traits dominants mais distincts de la Cour internationale de Justice en tant que tribunal — sa nature de tribunal partiellement ouvert et le fondement consensuel de sa compétence.

Comme la Cour l'a déclaré dans la phase relative aux mesures conservatoires dans les dix affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*:

«la Cour ne peut donc exercer sa compétence à l'égard d'Etats parties à un différend que si *ces derniers ont non seulement accès à la Cour, mais ont en outre accepté sa compétence*, soit d'une manière générale, soit pour le différend particulier dont il s'agit» (*Yougoslavie c. Belgique*), *mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I)*, p. 132, par. 20).

69. Alors que l'article 36 du Statut concerne la base consensuelle de la compétence de la Cour et les instruments qui fondent celle-ci, les articles 34 et 35 traitent de l'accès à la Cour. Ces trois articles figurent dans le Statut sous la rubrique «Compétence de la Cour». Comme, dans la

“Competence of the Court”. As in the practice of the Court the words “jurisdiction” and “competence” are used interchangeably, the difference between “access to the Court” and “jurisdiction of the Court” may be diluted or even lost. Therefore, it seems appropriate to make, in this part as well, the corresponding terminological requirements under Article 36 of the Statute and in terms of jurisdiction/competence *lato sensu* in the sense of requirements under Articles 34 and 35 of the Statute. Or, special and general jurisdiction/competence, respectively.

70. The right to appear before the International Court of Justice is a limited right, due to the fact that it is not a fully open court of law. The limitations exist in two respects. First, the right is reserved for States (Statute, Art. 34, para. 1). Consequently, it does not belong to other juridical persons or physical persons. Second, as far as States are concerned, only States parties to the Statute of the Court possess the right referred to, being as Member of the United Nations *ipso facto* parties to the Statute of the Court or by accepting conditions pursuant to Article 35, paragraph 2, of the Statute. States non-parties to the Statute can acquire this right on condition that they accept the general jurisdiction of the Court in conformity with Security Council resolution 9 (1946).

71. The common element underpinning these two notions is that they represent processual conditions on whose existence is dependent the validity of the actual proceedings before the Court; both with respect to incidental proceedings and the merits, and with respect to the bringing of the dispute to the Court’s decision in the proceedings. And there the common ground between the two notions essentially ends and room for differences emerges.

72. Both notions, *jus standi* and jurisdiction *ratione personae*, share the characteristic of belonging to the *corpus* of processual conditions, necessary for the validity of proceedings before the Court, whether incidental or on the merits, and with respect to the reference of disputes to the Court for decision. They also share the attribute of being absolute processual conditions that must be satisfied in every case and both are positive requirements in that, if they are not satisfied, the Court cannot entertain the claims made.

73. The differences between them, however, are considerably greater, making them distinct processual conditions:

- they reflect the different aspects of the legal nature of the Court. While jurisdiction *ratione personae*, as one of the relevant aspects of jurisdiction, expresses the consensual nature of the Court’s jurisdiction, *jus standi* derives from the fact that the International Court of Justice, in contrast to arbitration courts, is not a fully open court of law. Access to the Court is limited in two respects on the basis of Article 34, paragraph 1, and Article 35, paragraphs 1 and 2, of the Statute of the Court.
- although both jurisdiction *ratione personae* and *jus standi* are regulated by the rules of the Statute having an objective, constitutional

pratique de la Cour, les mots «juridiction» et «compétence» sont utilisés de manière interchangeable, la différence entre «accès à la Cour» et «compétence de la Cour» peut s'estomper, voire disparaître. Il semble donc opportun de faire, également dans la présente section, les distinctions terminologiques correspondantes entre les dispositions de l'article 36 du Statut et la juridiction/compétence *lato sensu* selon les prescriptions des articles 34 et 35 du Statut, ou entre la juridiction/compétence spéciale et la juridiction/compétence générale, respectivement.

70. Le droit de se présenter devant la Cour internationale de Justice est un droit limité, car la Cour n'est pas une juridiction pleinement ouverte. Ce droit est limité à deux égards. Premièrement, il est réservé aux Etats (Statut, art. 34, par. 1). En conséquence, les autres personnes morales et les personnes physiques n'en jouissent pas. Deuxièmement, en ce qui concerne les Etats, ceux qui sont parties au Statut de la Cour possèdent ce droit, soit en tant que Membres de l'Organisation des Nations Unies *ipso facto* parties au Statut de la Cour, soit en acceptant les conditions énoncées au paragraphe 2 de l'article 35 du Statut. Les Etats qui ne sont pas parties au Statut peuvent acquérir ce droit à condition qu'ils acceptent la compétence générale de la Cour conformément à la résolution 9 (1946) du Conseil de sécurité.

71. L'élément commun qui sous-tend ces deux notions est qu'elles représentent des conditions procédurales dont l'existence détermine la validité des procédures devant la Cour, du point de vue tant des procédures incidentes que du fond, s'agissant de porter le différend devant la Cour pour décision dans le cadre de la procédure. Et c'est là que prend fin l'élément commun aux deux notions et qu'apparaissent des différences.

72. Les deux notions, le *jus standi* et la compétence *ratione personae*, partagent la caractéristique de relever du *corpus* des conditions procédurales, nécessaires à la validité des procédures devant la Cour, qu'elles soient incidentes ou au fond, s'agissant de porter les différends devant la Cour pour décision. Elles partagent aussi l'attribut d'être des conditions procédurales absolues qui doivent être satisfaites dans chaque cas, et elles sont toutes deux des conditions positives en ce que, si elles ne sont pas satisfaites, la Cour ne peut connaître des demandes.

73. Les différences entre elles sont toutefois beaucoup plus importantes, et en font des conditions procédurales distinctes :

- Elles reflètent les différents aspects de la nature juridique de la Cour. Si la juridiction *ratione personae*, en tant qu'elle est l'un des aspects pertinents de la compétence, exprime le caractère consensuel de la compétence de la Cour, le *jus standi* découle du fait que la Cour internationale de Justice, à la différence des tribunaux arbitraux, n'est pas une juridiction pleinement ouverte. L'accès à la Cour est limité à deux égards, par le paragraphe 1 de l'article 34 et par les paragraphes 1 et 2 de l'article 35 de son Statut.
- Bien que la compétence *ratione personae* et le *jus standi* soient régis par des règles du Statut qui ont un caractère constitutionnel et objec-

character, there exists a fundamental difference in the application of these rules. The rules of the Statute which concern *jus standi* are applied by the Court *ex lege*, while the corresponding rules concerning jurisdiction *ratione personae* are applied on the basis of the consent of States to the dispute. In its Judgments in the *Legality of Use of Force* cases, the Court stated, *inter alia*, that “a question of jurisdiction . . . relates to the consent of a party and the question of the right of a party to appear before the Court under the requirements of the Statute, which is not a matter of consent” (*Serbia and Montenegro v. Belgium*), *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 295, para. 36). Therefore, it can be said that in substance the jurisdiction of the Court is governed by the law in force between the parties, while *jus standi* is governed by the objective rules of the Statute as such.

- the differing natures of *jus standi*, on the one hand, and jurisdiction *ratione personae*, on the other, generate corresponding legal consequences in the proceedings. A lack of *jus standi* possesses an automatic effect, since, as a rule, it cannot be overcome in the proceedings before the Court, while a lack of jurisdiction *ratione personae* is surmountable as the parties may either confer jurisdiction upon the Court in the course of the proceedings or perfect it for instance, by express agreement or by *forum prorogatum*. As a consequence, in contrast to a lack of *jus standi*, the absence of jurisdiction *ratione personae* does not preclude valid seisin of the Court (paragraph 106 below).

74. The competence or special jurisdiction in the particular case of the International Court of Justice, as a semi-open court of law with jurisdiction based on consent of the parties to a dispute, implies twofold consent by States:

- (a) consent that the Court is “an organ instituted for the purpose *jus dicere*” (*Corfu Channel (United Kingdom v. Albania), Preliminary Objection, Judgment, 1948, I.C.J. Reports 1947-1948*; dissenting opinion of Dr. Daxner, p. 39). This consent is expressed indirectly, through membership of the United Nations, or directly, in the case of a non-Member of the United Nations either by adhering to the Statute of the Court or by accepting the general jurisdiction of the Court in conformity with Security Council resolution 9 (1946), as a preliminary condition; and
- (b) consent that the Court is competent to deal with the particular dispute or type of dispute which is given through the relevant jurisdictional bases under Article 36 of the Statute, as a substantive but qualified condition.
- (c) *Majority’s decision-making framework*

75. The starting-point of the majority reasoning consists of two obser-

tif, il existe une différence fondamentale dans l'application de ces règles. Les règles du Statut concernant le *jus standi* sont appliquées par la Cour *ex lege*, alors que les règles correspondantes concernant la compétence *ratione personae* sont appliquées sur la base du consentement des Etats parties au différend. Dans ses arrêts sur la *Licéité de l'emploi de la force*, la Cour a notamment déclaré qu'il fallait distinguer entre «une question de compétence liée au consentement d'une partie et celle du droit d'une partie à ester devant la Cour conformément aux prescriptions du Statut, qui n'implique pas un tel consentement» (*Serbie-et-Monténégro c. Belgique*), *exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 295, par. 36). On peut donc dire qu'en substance la compétence de la Cour est régie par le droit en vigueur entre les parties, alors que le *jus standi* est régi par les règles objectives du Statut lui-même.

- Les différences de nature entre le *jus standi*, d'une part, et la compétence *ratione personae*, de l'autre, génèrent des conséquences juridiques correspondantes dans la procédure. L'absence de *jus standi* a un effet automatique puisque, en tant que règle, il ne peut y être remédié dans la procédure devant la Cour, alors qu'il peut être remédié au défaut de compétence *ratione personae* puisque les parties peuvent soit conférer compétence à la Cour durant la procédure, soit parfaire cette compétence par un accord exprès ou en vertu du *forum prorogatum*. En conséquence, à la différence de l'absence du *jus standi*, l'absence de compétence *ratione personae* n'exclut pas que la Cour soit valablement saisie (par. 106 ci-dessous).

74. La compétence ou la juridiction spéciale dans le cas particulier de la Cour internationale de Justice, en tant que tribunal semi-ouvert dont la compétence repose sur le consentement des parties au différend, implique un double consentement des Etats :

- a) le consentement à la compétence de la Cour en tant qu'«organe institué pour «dire le droit»» (*Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, *exception préliminaire, arrêt, 1948, C.I.J. Recueil 1947-1948*; opinion dissidente du Dr Daxner, p. 39). Ce consentement est exprimé indirectement, par l'admission à l'Organisation des Nations Unies, ou directement, dans le cas d'un Etat non membre de l'Organisation, soit par adhésion au Statut de la Cour, soit par acceptation de la compétence générale de la Cour conformément à la résolution 9 (1946) du Conseil de sécurité, en tant que condition préliminaire; et
- b) le consentement à ce que la Cour soit compétente pour connaître du différend ou du type de différend particulier, qui est donné au moyen des bases de compétence pertinentes prévues à l'article 36 du Statut, en tant que condition de fond mais non absolue.
- c) *Cadre dans lequel la majorité a pris sa décision*

75. Le point de départ du raisonnement de la majorité consiste en

vations “which are not disputed by the Parties” (Judgment, para. 74).

According to the first observation,

“in its Judgments in 2004 in the *Legality of Use of Force* cases, the Court clearly determined the legal status of the FRY, now Serbia, over the period from the dissolution of the former SFRY to the admission of the FRY to the United Nations on 1 November 2000” (*ibid.*, para. 75),

in terms that the Respondent was not a Member of the United Nations prior to 1 November 2000, nor that it was a party to the Statute of the Court.

The second observation is that

“from 1 November 2000 and up to the date of the present Judgment, the Respondent is a party to the Statute by virtue of its status as a Member of the United Nations, that is to say pursuant to Article 93, paragraph 1, of the Charter, which automatically grants to all Members of the Organization the status of party to the Statute of the Court” (*ibid.*, para. 77).

These observations, in fact *premissae minor* in the majority reasoning, are different by their nature and effects in the framework of the present case.

76. The legal status of the FRY/Serbia in the United Nations, being in the circumstances surrounding the present case the determinative of its *jus standi*, is the jurisdictional fact *per se*. For the membership in the United Nations is the only basis upon which the Court might be open to the FRY/Serbia, since it did not accept the conditions pursuant to Article 35, paragraph 1, of the Statute nor the general jurisdiction of the Court in conformity with Security Council resolution 9 (1946).

On the other hand, the fact that from 1 November 2000 the FRY/Serbia has been a new Member of the United Nations is, by itself, deprived of jurisdictional significance *in casu*, in the light of the rule that “the jurisdiction of the Court must normally be assessed *on the date of the filing of the act instituting proceedings*” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 613, para. 26; emphasis added; see also *I.C.J. Reports 1998*, p. 26, para. 44) on the one side, and the fact that Croatia submitted its Application on 2 July 1999, a date well before the admission of the FRY to the United Nations, on the other.

77. The reconciliation of these two observations, being *premissae minor* in the majority reasoning *in casu*, implies therefore the establishment of an exception to the general rule. An exception that in the frame of the judicial syllogism represents *premissae maior*, which the majority tries to find in the so-called *Mavrommatis* rule.

deux constatations «qui ne font pas l'objet de controverses entre les Parties» (arrêt, par. 74).

Selon la première,

«dans ses arrêts de 2004 rendus dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, [la Cour a] clairement déterminé le statut juridique qui était celui de la RFY devenue aujourd'hui la Serbie, au cours de la période allant de la dissolution de l'ancienne RSFY à l'admission de la RFY aux Nations Unies le 1^{er} novembre 2000» (*ibid.*, par. 75),

à l'effet que le défendeur n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies avant le 1^{er} novembre 2000, et qu'il n'était pas non plus partie au Statut de la Cour.

La deuxième constatation est que

«depuis le 1^{er} novembre 2000 et de façon continue jusqu'à la date du présent arrêt, le défendeur est partie au Statut, en raison de sa qualité de Membre des Nations Unies, c'est-à-dire par l'effet de la disposition de l'article 93, paragraphe 1, de la Charte, qui attribue automatiquement à tous les Membres de l'Organisation la qualité de parties au Statut de la Cour» (*ibid.*, par. 77).

Ces constatations, en fait des *premissae minor* du raisonnement de la majorité, diffèrent par leur nature et par leurs effets dans le cadre de la présente affaire.

76. Le statut juridique de la RFY/Serbie à l'Organisation des Nations Unies, qui dans les circonstances de la présente affaire détermine son *jus standi*, est le fait juridictionnel en soi. Car la qualité de Membre de l'Organisation est la seule base sur laquelle la Cour peut être ouverte à la RFY/Serbie, puisque celle-ci n'a pas accepté les conditions visées au paragraphe 1 de l'article 35 du Statut ni la compétence générale de la Cour conformément à la résolution 9 (1946) du Conseil de sécurité.

Par ailleurs, le fait que depuis le 1^{er} novembre 2000 la RFY/Serbie est un nouveau Membre de l'Organisation des Nations Unies est, en lui-même, dénué d'importance juridictionnelle en l'espèce, étant donné la règle selon laquelle «la compétence de la Cour doit normalement s'apprécier à la date du dépôt de l'acte introductif d'instance» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 613, par. 26; les italiques sont de moi; voir également C.I.J. Recueil 1998, p. 26, par. 44) d'une part, et le fait que la Croatie a déposé sa requête le 2 juillet 1999, une date bien antérieure à celle de l'admission de la RFY à l'Organisation des Nations Unies, d'autre part.

77. La conciliation de ces deux constatations, qui sont des *premissae minor* du raisonnement de la majorité en l'espèce, implique donc l'établissement d'une exception à la règle générale. Une exception qui, dans le cadre du syllogisme judiciaire, relève des *premissae maior*, et que la majorité essaie de trouver dans la règle *Mavrommatis*.

(d) *The Mavrommatis rule, as a purported legal basis for reconciliation*

78. In its Judgment in the *Mavrommatis* case, the Permanent Court of International Justice stated, *inter alia*, that:

“it must. . . be considered whether the validity of the institution of proceedings can be disputed on the ground that the application was filed before Protocol XII [annexed to the Treaty of Lausanne] had become applicable. This is not the case. Even assuming that before that time the Court had no jurisdiction because the international obligation referred to in Article II [of the Mandate for Palestine] was not yet effective, it would always have been possible for the applicant to re-submit his application in the same terms after the coming into force of the Treaty of Lausanne, and in that case, the argument in question could not have been advanced. 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.” (*Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 34.*)

79. The Court’s dictum is interpreted by counsel for Croatia in the following terms:

“all the substantive requirements for the Court’s jurisdiction were united, at the latest when the Respondent was admitted to the United Nations on 1 November 2000. There was a case duly filed before the Court by Croatia, so there was *seisin*. The Respondent was at relevant times a party to the Genocide Convention, so there was an apparent *basis of claim*. The Respondent was a State which had in force an unqualified consent to jurisdiction under the Genocide Convention, so *there was consent to jurisdiction*. The Respondent was, at least as from 1 November 2000, a party to the Court’s Statute, so there was *access to the Court*. One: *seisin*; two: *basis of claim*; three: *consent to jurisdiction*; four: *access to the Court*. Who could say there is a fifth requirement for you to hear a case? The *Mavrommatis* principle is the principle that provided these four substantial elements are united at any given time, the order in which this occurred is a pure matter of form and does not affect. . . jurisdiction.” (CR 2008/11, pp. 33-34, para. 8 (Crawford).)

d) *La règle Mavrommatis en tant que prétendu fondement juridique de la conciliation*

78. Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire *Mavrommatis*, la Cour permanente de Justice internationale a notamment déclaré :

« il faut encore examiner la question de savoir si la validité de l'introduction d'instance peut être mise en doute parce qu'elle est antérieure à l'époque où le Protocole XII est devenu applicable. Tel n'est pas le cas. Même si, avant cette époque, la juridiction de la Cour n'existait pas pour la raison que l'obligation internationale visée à l'article II n'était pas encore en vigueur, il aurait été toujours possible, pour la partie demanderesse, de présenter à nouveau sa requête, dans les mêmes termes, après l'entrée en vigueur du Traité de Lausanne; et alors on n'aurait pu lui opposer le fait en question. 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. » (*Arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 34.*)

79. Le *dictum* de la Cour est interprété par le conseil de la Croatie dans les termes suivants :

« toutes les conditions de fond pour que la Cour ait compétence étaient réunies, au plus tard, lorsque le défendeur a été admis au sein de l'Organisation des Nations Unies, le 1^{er} novembre 2000. Une instance avait été dûment introduite devant la Cour par la Croatie, et il y avait donc *saisine*. Le défendeur était, aux époques pertinentes, partie à la convention sur le génocide, et il existait donc manifestement un *fondement juridique à la demande*. Le défendeur était un Etat dont le consentement inconditionnel à la juridiction de la Cour en vertu de la convention sur le génocide était en vigueur, et il y avait donc *consentement à la juridiction*. Le défendeur était, au moins depuis le 1^{er} novembre 2000, partie au Statut de la Cour, et il avait donc *accès à la Cour*. Premièrement: *saisine*; deuxièmement: *existence d'un fondement juridique à la demande*; troisièmement: *consentement à la juridiction*; quatrièmement: *accès à la Cour*. Qui pourrait prétendre qu'il existerait une cinquième condition pour que la Cour puisse connaître d'une affaire? Le principe *Mavrommatis* est le principe selon lequel ces quatre éléments de fond doivent être réunis à un moment donné, l'ordre dans lequel cela se produit étant une pure question de forme et n'ayant aucune incidence sur la compétence de la Cour. » (CR 2008/11, p. 33-34, par. 8 (Crawford).)

(e) *The substantial incapability of the Mavrommatis rule to produce the desired effects in casu*

80. It seems clear that the so-called *Mavrommatis* rule constitutes an exception to the general rule that the jurisdiction of the Court must be assessed on the date of the filing of the act instituting proceedings. That fact, however, does not solve the problem posed *in casu*. (Even the *Mavrommatis* rule by itself, inspired basically by reservations made in many arbitration treaties, seems too broad in the light of the subsequent jurisprudence of the Court. The ratification of a treaty is not regarded now as a matter of form but rather as a matter of substance. In the *Ambatielos* case, the Court found, *inter alia*, as regards the retroactive effects of the Treaty of 1926, that:

“Article 32 of this Treaty states that the Treaty, which must mean all the provisions of the Treaty, shall come into force immediately upon ratification. Such a conclusion might have been rebutted if there had been any special clause or any special object necessitating retroactive interpretation. There is no such clause or object in the present case. It is therefore impossible to hold that any of its provisions must be deemed to have been in force earlier.” (*Ambatielos (Greece v. United Kingdom)*, *Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1952*, p. 40.)

The word “form” used in the *Mavrommatis* dictum should perhaps be understood as “formalities”, for the simple reason that in any judicial proceedings as a formal one, including the proceedings before the Court, the form as such plays a prominent and, as regards some issues, even a decisive role. As a matter of illustration, an application could not be submitted to the Court in an oral form.)

In the light of the relevant circumstances of the present case, the true question is: what is the scope of the exception established by the *Mavrommatis* Judgment. Is it a general exception applicable to any jurisdictional defect, or a special exception applicable to certain *species* of jurisdictional defects?

81. The so-called *Mavrommatis* rule is based on a couple of constitutive elements:

- (i) the existence of a procedural defect in the instrument serving as the basis of jurisdiction on the date of institution of the proceedings;
- (ii) the defect is of such kind that it may be cured by a proper action of the applicant as a rule (in principle, however, the possibility that the defect is overcome by an action of the respondent, if a willing litigant, can not be *a priori* excluded); and,
- (iii) the perfected instrument produces a retroactive effect, since, as the Court observed, it would make no sense to require an applicant to “institute fresh proceedings . . . which it would be fully entitled to do” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction*

e) *L'incapacité substantielle de la règle Mavrommatis à produire les effets souhaités en l'espèce*

80. Il semble clair que la règle *Mavrommatis* constitue une exception à la règle générale selon laquelle la compétence de la Cour s'apprécie à la date du dépôt de l'acte introductif d'instance. Ce fait ne résout toutefois pas le problème qui se pose en l'espèce. (Même la règle *Mavrommatis* en elle-même, inspirée pour l'essentiel par des réserves formulées à de nombreux traités d'arbitrage, semble trop large à la lumière de la jurisprudence ultérieure de la Cour. La ratification d'un traité n'est pas considérée aujourd'hui comme une question de forme mais comme une question de fond. Dans l'affaire *Ambatielos*, la Cour a notamment jugé, en ce qui concerne les effets rétroactifs du traité de 1926, que:

«l'article 32 du même traité énonce que le traité, ce qui doit signifier toutes les dispositions du traité, entrera en vigueur dès sa ratification. Cette conclusion aurait pu être contredite s'il avait existé une clause ou une raison particulières appelant une interprétation rétroactive. Il n'existe pas dans le cas présent de telle clause ni de telle raison. Il est donc impossible d'admettre que l'une quelconque de ses dispositions doive être considérée comme ayant été en vigueur à une date antérieure.» (*Ambatielos (Grèce c. Royaume-Uni)*, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1952, p. 40.)

Le mot «forme» utilisé dans le *dictum Mavrommatis* doit peut-être être entendu comme «formalités», pour la simple raison que dans toute procédure judiciaire en tant que procédure formelle, y compris les procédures devant la Cour, la forme en tant que telle joue un rôle important, voire décisif en ce qui concerne certaines questions. A titre d'illustration, une requête pourrait être introduite devant la Cour oralement.)

A la lumière des circonstances pertinentes de la présente affaire, la véritable question est la suivante: quelle est la portée de l'exception établie par l'arrêt *Mavrommatis*? S'agit-il d'une exception générale applicable à tout vice de compétence, ou d'une exception spéciale applicable à certains types de vices de compétence?

81. La règle *Mavrommatis* repose sur certains éléments constitutifs:

- i) l'existence d'un vice procédural dans l'instrument servant de base de compétence à la date de l'introduction de l'instance;
- ii) ce vice est tel que le requérant peut en général y remédier par un acte approprié (en principe, toutefois, la possibilité que ce soit le défendeur, s'il est de son plein gré devant la Cour, qui y remédie ne peut être exclue *a priori*); et
- iii) l'instrument qui a été parfait doit pouvoir produire un effet rétroactif, puisque, comme la Cour l'a relevé, il n'y aurait aucun sens à obliger un requérant à «entamer une nouvelle procédure ... ce qu'il aurait pleinement le droit de faire» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*),

and Admissibility, Judgment, *I.C.J. Reports 1984*, pp. 428-429, para. 83).

82. It appears that in the *Mavrommatis* Judgment, as well as in other Judgments, such as *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* (*Jurisdiction, Judgment No. 6, 1925, P.C.I.J., Series A, No. 6*, p. 14) and *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*) (*Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, pp. 428-429, para. 83), based on its precedential authority, the real issue in question was the existence of procedural defects in terms of defects in jurisdictional instruments as contemplated by Article 36 of the Statute. Jurisdictional instruments as such have as their object the competence of the Court to deal with the particular dispute or type of disputes, not the right of judicial protection before the Court. As those instruments are based on the consent of the parties it is natural that they can be cured by a proper action of the applicant or even the respondent, if it is a willing litigant.

83. But, “the right of a party to appear before the Court. . . is not a matter of consent” (*Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 295, para. 36). Since the *jus standi* requirement belongs to *corpus juris cogentis*³, its defect in *jus standi* can not be cured upon the institution of proceedings.

Consequently, a defect in *jus standi* is not a matter of form (see *Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 34) or “a mere defect of form, the removal of which depends solely on the Party concerned” (*Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Judgment No. 6, 1925, P.C.I.J., Series A, No. 6*, p. 14).

84. The nature of *jus standi* determines the date of assessment of its fulfilment. As an objective requirement relating to the limits of the judicial activity of the Court, *jus standi* must be assessed as soon as possible, i.e., on the date of the institution of proceedings. (In that regard, strictly and without exception, the Court has treated the issue in eight *Legality of Use of Force* cases ((*Serbia and Montenegro v. Belgium*), *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004 (I)*, pp. 298-299, paras. 46; pp. 310-311, para. 79; pp. 314-315, para. 91 and p. 327, para. 126).)

In the absence of *jus standi* of a party, the proceedings before the Court are, as matter of law, devoid of substance as demonstrated in the *Legality of Use of Force* cases:

“The conclusion which the Court has reached, that Serbia and

³ G. Schwarzenberger, “International Law as Applied by International Courts and Tribunals”, *International Judicial Law*, Vol. IV, 1986, pp. 434-435; Faclere, *The Permanent Court of International Justice*, 1932, p. 63; R. Kolb, *Théorie du ius cogens international*, *Essai de relecture du concept*, 2001, pp. 344-348.

compétence de la Cour et recevabilité de la requête, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 428-429, par. 83).

82. Il semble que dans l'arrêt *Mavrommatis*, ainsi que dans d'autres arrêts, comme les arrêts *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (compétence, arrêt n° 6, 1925, C.P.J.I. série A n° 6, p. 14) et *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*) (compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 428-429, par. 83), du point de vue de l'autorité de la chose jugée, la question véritable en cause était l'existence de vices procéduraux entendus comme vices dans les instruments juridictionnels envisagés à l'article 36 du Statut. En tant que tels, les instruments juridictionnels ont pour objet de définir la compétence de la Cour pour connaître d'un différend ou type de différend particulier, non le droit à la protection judiciaire devant la Cour. Comme ces instruments reposent sur le consentement des parties, il est normal qu'il puisse être remédié à leurs vices par un acte approprié du demandeur ou même du défendeur s'il plaide de son plein gré.

83. Mais le «droit d'une partie à ester devant la Cour ... n'implique pas un ... consentement» (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 295, par. 36*). Comme la condition de *jus standi* relève du *corpus juris cogentis*³, il ne peut être remédié à l'absence de *jus standi* lors de l'introduction de l'instance.

En conséquence, un vice dans le *jus standi* n'est pas une question de forme (voir *Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 34*) ni «un simple vice de forme, dont l'élimination dépend seulement de la partie concernée» (*Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, compétence, arrêt n° 6, 1925, C.P.J.I. série A n° 6, p. 14*).

84. La nature du *jus standi* détermine la date à laquelle son existence s'apprécie. En tant que condition objective touchant les limites de l'activité judiciaire de la Cour, le *jus standi* doit être évalué le plus tôt possible, c'est-à-dire à la date de l'introduction de l'instance. (A cet égard, strictement et sans exception, la Cour a traité la question dans les huit affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force* (*Serbie-et-Monténégro c. Belgique*), *exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 298-299, par. 46; p. 310-311, par. 79; p. 314-315, par. 91; p. 327, par. 126*.)

Si une partie n'a pas qualité pour ester devant la Cour, la procédure est, en droit, vidée de sa substance, comme l'ont démontré les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*:

«La Cour ayant conclu que la Serbie-et-Monténégro n'avait pas,

³ G. Schwarzenberger, «International Law as Applied by International Courts and Tribunals», *International Judicial Law*, vol. IV, 1986, p. 434-435; Faclere, *The Permanent Court of International Justice*, 1932, p. 63; R. Kolb, *Théorie du ius cogens international, Essai de relecture du concept*, 2001, p. 344-348.

Montenegro did not, at the time of the institution of the present proceedings, have access to the Court. . . *makes it unnecessary for the Court to consider the other preliminary objections filed by the Respondents to the jurisdiction of the Court. . .*" (*Serbia and Montenegro v. Belgium*), *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004 (I)*, pp. 327-328, para. 127; emphasis added.)

85. The theory about the uniting of all the requirements for the Court's jurisdiction at any given time has certain, but strictly limited, merits.

It is applicable, in principle, to the requirements regarding the jurisdiction *stricto sensu* in all its aspects — *ratione materiae, personae et temporis* — but not to the requirement of *jus standi*. The requirement of *jus standi* is not just a fundamental one, but at the same time of antecedent and pre-preliminary nature. "The Court can exercise its judicial function only in respect of those States which have access to it under Article 35 of the Statute. And only *those States which have access to the Court can confer jurisdiction upon it.*" (*Ibid.*, p. 299, para. 46; emphasis added.)

86. Such a nature of the *jus standi* requirement affects the temporal order of the fulfilment of the requirements regarding the jurisdiction *lato sensu*. It could be said that the *jus standi* requirement is, in terms of time, not only antecedent but, in that sense, also immovable, related to the date of the institution of the proceedings, and that other requirements provided accumulate around it as a kind of linchpin. In its Judgment in the *Fisheries Jurisdiction* case the Court stated in explicit terms: "a declaration, which may be either particular or general, must be filed by the State which is not a party to the Statute, *previously to its appearance before the Court*" (*Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, *Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1973*, p. 53, para. 11; emphasis added; see also eight *Legality of Use of Force* cases (*Serbia and Montenegro v. Belgium*), *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004 (I)*, pp. 298-299, para. 46).

Otherwise, pursuing the logic on which the majority's understanding of the *Mavrommatis* principle is based, it would be possible to imagine a situation of the Court having pronounced itself competent in the *Aerial Incident* case, after Bulgaria's admission to membership in the United Nation, since "the Statute of the present Court could not lay any obligation upon Bulgaria before its admission to the United Nations" (*Aerial Incident of 27 July 1955 (Israel v. Bulgaria)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1959*, p. 143).

87. Such a temporal order seems not only reasonable, but unavoidable, as well. As a general, potential right of a State, *jus standi* belongs to a State if the State is not a party to the dispute or a party to the proceedings before the Court. It is transformed into an active, effective right under the additional proviso of the existence of a proper jurisdictional instrument.

au moment de l'introduction de l'instance, qualité pour ester devant la Cour, ... *il n'est pas nécessaire qu'elle examine les autres exceptions préliminaires à sa compétence soulevées par les défendeurs ...*» ((*Serbie-et-Monténégro c. Belgique*), *exceptions préliminaires*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 327-328, par. 127; les italiques sont de moi.)

85. La théorie selon laquelle toutes les conditions de la compétence de la Cour doivent être réunies à un moment donné a certains mérites, mais ceux-ci sont strictement limités.

Elle est applicable, en principe, aux conditions relatives à la compétence *stricto sensu* dans tous ses aspects — *ratione materiae, personae et temporis* — mais non à la condition de *jus standi*. Celle-ci n'est pas seulement une condition fondamentale, elle a également une nature préalable et pré-préliminaire. «La Cour ne peut exercer sa fonction judiciaire qu'à l'égard des seuls Etats auxquels elle est ouverte en vertu de l'article 35 du Statut. Et seuls *les Etats auxquels la Cour est ouverte peuvent lui conférer compétence.*» (*Ibid.*, p. 299, par. 46; les italiques sont de moi.)

86. Cette nature du *jus standi* influe sur l'ordre chronologique dans lequel les conditions de la compétence *lato sensu* doivent être réunies. On pourrait dire que la condition de *jus standi* est, du point de vue chronologique, non seulement préalable mais, en ce sens, également inamovible, car liée à la date de l'introduction de l'instance, et que les autres conditions prévues s'accumulent sur elle comme sur une sorte de fondation. Dans son arrêt dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries*, la Cour a déclaré expressément: «tout Etat qui n'est pas partie au Statut doit déposer une déclaration, laquelle peut avoir soit un caractère particulier soit un caractère général, *avant d'ester devant la Cour*» (*Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, *compétence de la Cour*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1973*, p. 53, par. 11; les italiques sont de moi; voir également les huit affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force* ((*Serbie-et-Monténégro c. Belgique*), *exceptions préliminaires*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 298-299, par. 46)).

A défaut, selon la logique sur laquelle repose l'interprétation que donne la majorité du principe *Mavrommatis*, il serait possible d'imaginer que la Cour se soit déclarée compétente dans l'affaire de l'*Incident aérien*, après l'admission de la Bulgarie à l'Organisation des Nations Unies, puisque «le Statut de la présente Cour ne [peut] entraîner d'obligation pour la Bulgarie qu'à partir de l'admission de celle-ci aux Nations Unies» (*Incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1959*, p. 143).

87. Une telle chronologie semble non seulement raisonnable mais aussi inévitable. En tant que droit potentiel général de l'Etat, le *jus standi* appartient à celui-ci même s'il n'est pas partie au différend ou n'est pas partie à la procédure devant la Cour. Il est transformé en droit effectif et actif à la condition supplémentaire de l'existence d'un instrument juridictionnel en bonne et due forme.

It is also supported by the order of the relevant Articles of the Statute — Article 35, regarding *jus standi* precedes Article 36, regarding jurisdiction *stricto sensu*. The order of the enumeration of the relevant requirements may represent *per se* an indication of hierarchy or order of priority.

88. Bearing in mind the fundamental nature of the *jus standi* requirement, such a temporal order is rather a matter of substance than a matter of form. In such circumstances the theory of uniting, in an indefinite period of time, the relevant requirements for the competence of the Court looks, as a matter of law, like a judicial “Waiting for Godot”.

(f) *Sound administration of justice as a purported basis for the establishment of the desired exception to the general rule*

89. It appears that the majority itself did not accept the *Mavrommatis* rule as applicable to the *jus standi* requirement. It is loyally observed that the *Mavrommatis* rule as well as the jurisprudence of the Court based on it relate to “jurisdiction *ratione materiae* or *ratione personae* in the narrow sense and not to the question of access to the Court, which has to do with a party’s capacity to participate in any proceedings whatever before the Court” (Judgment, para. 86).

The majority in fact tries to introduce an exception to the rule that the existence of *jus standi* of a party should be assessed on the date of the institution of the proceedings on the principles underpinning the *Mavrommatis* rule. According to this view:

“That being so, it is not apparent why the arguments based on the sound administration of justice which underpin the *Mavrommatis* case jurisprudence cannot also have a bearing in a case such as the present one. It would not be in the interests of justice to oblige the Applicant, if it wishes to pursue its claims, to initiate fresh proceedings. In this respect it is of no importance which condition was unmet at the date the proceedings were instituted, and thereby prevented the Court at that time from exercising its jurisdiction, once it has been fulfilled subsequently.” (*Ibid.*, para. 87.)

90. Is it questionable whether the principle of sound administration of justice directly underpins the jurisprudence of the *Mavrommatis* case? If we interpret the terms used in the relevant part of the Judgment in the *Mavrommatis* case, in accordance with its ordinary and natural meaning, it seems that the principle of judicial economy, and not the principle of sound administration, underpins the Court’s reasoning. For, *ratio decidendi* lies in the words:

“Even assuming that before that time the Court had no jurisdiction because the international obligation referred to in Article II [of the mandate for Palestine] was not yet effective, *it would always have been possible for the applicant to re-submit his application in the same*

Cela est confirmé par l'ordre des dispositions du Statut — l'article 35, relatif au *jus standi*, précède l'article 36, relatif à la compétence *stricto sensu*. L'ordre de l'énumération des conditions pertinentes peut en lui-même indiquer une hiérarchie ou un ordre de priorité.

88. Eu égard à la nature fondamentale de la condition de *jus standi*, cette chronologie est plus une question de fond qu'une question de forme. Dans de telles circonstances, la théorie de la réunion, dans un délai indéfini, des conditions de la compétence de la Cour semble, du point de vue du droit, un « En attendant Godot » judiciaire.

f) *La bonne administration de la justice comme fondement de l'établissement de l'exception souhaitée à la règle générale*

89. Il semble que la majorité elle-même n'ait pas accepté la règle *Mavrommatis* comme applicable à la condition de *jus standi*. Elle relève honnêtement que la règle *Mavrommatis* ainsi que la jurisprudence de la Cour reposant sur celle-ci ont trait « à la compétence *ratione materiae* ou *ratione personae* dans le sens étroit, et non à la question de l'accès à la Cour, qui touche à la capacité d'une partie à prendre part à une procédure dans quelque affaire que ce soit » (arrêt, par. 86).

En fait, la majorité tente d'introduire une exception à la règle selon laquelle l'existence du *jus standi* d'une partie doit être appréciée à la date de l'introduction de l'instance selon les principes qui sous-tendent la règle *Mavrommatis*. Selon cette opinion :

« Dans ces conditions, on n'aperçoit pas pourquoi les arguments tirés d'une bonne administration de la justice, qui sont à la base de la jurisprudence *Mavrommatis*, ne seraient pas pertinents aussi dans un cas tel que celui qui nous occupe. Il ne servirait pas l'intérêt de la justice de mettre le demandeur dans l'obligation, s'il souhaite persévérer dans ses prétentions, d'entamer une nouvelle procédure. A cet égard, peu importe la condition qui, à la date d'introduction de l'instance, faisait défaut, empêchant ainsi la Cour, à ce moment-là, d'exercer sa compétence, dès lors qu'elle a été remplie par la suite. » (*Ibid.*, par. 87.)

90. Est-il contestable que le principe d'une bonne administration de la justice soit directement à la base de la jurisprudence *Mavrommatis*? Si l'on interprète les termes utilisés dans le passage pertinent de l'arrêt *Mavrommatis* selon leur sens ordinaire et naturel, il semble que le principe de l'économie judiciaire, et non le principe d'une bonne administration, sous-tend le raisonnement de la Cour. La *ratio decidendi* s'exprime en effet dans les termes suivants :

« Même si, avant cette époque, la juridiction de la Cour n'existait pas pour la raison que l'obligation internationale visée à l'article II n'était pas encore en vigueur, il aurait été toujours possible, pour la partie demanderesse, de présenter à nouveau sa requête, dans les mêmes

terms after the coming into force of the Treaty of Lausanne, and in that case, the argument in question could not have been advanced.” (Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 34; emphasis added; see also the Polish Upper Silesia case, Jurisdiction, Judgment No. 6, 1925, P.C.I.J., Series A, No. 6, p. 14.)

And it would mean going much too far, if the principle of judicial economy would overcome the requirements which makes the core of the legality of proceedings before the Court.

91. The principle of sound administration of justice is obviously not omnipotent nor a law-creating principle. It is rather a standard which allows the Court, in the limits of *discretio legalis*, to mitigate the rigid application of the rule of procedure or to solve an issue of procedure which is not regulated by specific rules of the Statute of the Court and its Rules. In that sense it is designed in the jurisprudence of the Court⁴. As such, it can not serve as a basis for the establishment of exception to the general rule as regards the requirement of *jus standi* for a number of reasons.

First of all, the requirement of *jus standi* is of a mandatory, constitutional nature. Article 35 of the Statute is part of its Chapter II (Competence of the Court) and not of Chapter III (Procedure) which is the natural operating space of the principle of sound administration of justice. Then, there do not exist *lacunae* in the provision of Article 35 of the Statute. It is clear and comprehensive, as the concretization of the provision of Article 93, paragraphs 1 and 2, of the United Nations Charter, which lifted a limitation to the right of judicial protection before the International Court of Justice to the rank of public order of the United Nations. As such it cannot be considered as a procedural rule. Finally, even if, *arguendo*, the requirement of *jus standi* would be defined as procedural, it would obviously represent *norme procedurale fondamentale*, incapable of any modification.

92. It appears that, contrary to the majority view, the application of the general rule *in casu* derives directly from the principle of sound administration of justice. In the syntagma “sound administration of justice”, the very *administration* of justice is the substance of the principle. “The justice” as the object of “sound and proper administration” is not abstract justice but justice according to the rules of law governing the Court’s judicial activity.

⁴ *Barcelona Traction, I.C.J. Reports 1964*, pp. 6, 42; *Oil Platforms, I.C.J. Reports 1998*, pp. 190-203, para. 33; p. 205, para. 43; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, I.C.J. Reports 1997*, p. 257, para. 30; pp. 257-258, para. 31.

termes, après l'entrée en vigueur du *Traité de Lausanne*; et alors on n'aurait pu lui opposer le fait en question.» (*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 34*; les italiques sont de moi; voir également l'affaire *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, compétence, arrêt n° 6, 1925, C.P.J.I. série A n° 6, p. 14.*)

Et on irait beaucoup trop loin si le principe de l'économie judiciaire prévalait sur les conditions qui sont au cœur de la licéité des instances devant la Cour.

91. Le principe d'une bonne administration de la justice n'est manifestement pas omnipotent, pas plus qu'il n'est un principe normatif. Il s'agit plutôt d'une norme qui permet à la Cour, dans les limites de la *discretio legalis*, d'atténuer l'application rigide de la règle de procédure ou de régler une question de procédure qui n'est pas régie par des dispositions du Statut et du Règlement de la Cour. C'est dans ce sens qu'elle est conçue dans la jurisprudence de la Cour⁴. En tant que telle, elle ne saurait fonder l'établissement d'une exception à la règle générale relative à la condition de *jus standi* pour un certain nombre de raisons.

Premièrement, la condition de *jus standi* est de caractère obligatoire et constitutionnel. L'article 35 du Statut figure dans le chapitre II de celui-ci (Compétence de la Cour) et non dans le chapitre III (Procédure), la procédure étant l'espace dans lequel s'applique naturellement le principe d'une bonne administration de la justice. Il n'y a donc pas de lacune dans la disposition de l'article 35 du Statut. Celui-ci est clair et complet, en tant qu'il concrétise les dispositions des paragraphes 1 et 2 de l'article 93 de la Charte des Nations Unies, qui a élevé une limitation du droit à la protection judiciaire de la Cour internationale de Justice au rang de règle d'ordre public de l'Organisation des Nations Unies. En tant que telle, la condition de *jus standi* ne peut être considérée comme une règle procédurale. Enfin, même si, *arguendo*, cette condition devait être considérée comme procédurale, elle serait à l'évidence une norme procédurale fondamentale, ne souffrant aucune modification.

92. Il semble que, contrairement à ce que pense la majorité, l'application de la règle générale en l'espèce découle directement du principe d'une bonne administration de la justice. Dans le syntagme «bonne administration de la justice», l'*administration* même de la justice est la substance du principe. «La justice» en tant qu'objet d'une «bonne administration» n'est pas une justice abstraite mais la justice selon les règles de droit régissant l'activité judiciaire de la Cour.

⁴ *Barcelona Traction, C.I.J. Recueil 1964, p. 6, 42; Plates-formes pétrolières, C.I.J. Recueil 1998, p. 190-203, par. 33; p. 205, par. 43; Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, C.I.J. Recueil 1997, p. 257, par. 30; p. 257-258, par. 31.*

93. The institution of proceedings before the Court, as far as its significance is concerned, “falls short only of that of the judgment itself” (G. Schwarzenberger, *International Law*, Vol. I, 1945, p. 376). It permeates, as very few rules do, the whole body of the Court’s law, starting with the provision of Article 40 of the Statute, via the provisions of Articles 26 (1 (b)), 38, 39, 40 (2-3), 42, 46, 80, 81 up to Articles 87, 92 (1), 98 (1-3), 99 (1-2) and 104 of the Rules of Court.

On the date of the institution of the proceedings, a process relationship is established between the parties to the dispute, as well as between the parties to the dispute and the Court — a fact which *per se* produces important legal consequences for the parties to the dispute and the Court itself. From that date the conservatory effects of the Application are beginning and the litispence goes on.

94. All in all, from that moment on, the Court starts its judicial activity *stricto sensu*, separated from the administrative action of the Registry of the Court. The principal task of the Court, in that phase of the proceedings, is to establish the existence of the necessary requirements for its jurisdiction *lato sensu*, i.e., the requirement of *jus standi*, for requirements regarding the special jurisdiction in all of its relevant aspects — *ratione personae, materiae et temporis* — may be perfected and even established in the course of the proceedings.

95. The proper application of the principle of sound administration of justice *in casu*, must take into account the difference between the requirement of *jus standi*, on the one side, and the requirements of jurisdiction of the Court *stricto sensu*, on the other.

An exception to the general rule regarding the date of assessment of the Court’s jurisdiction might operate as regards the requirement of jurisdiction based on consent of the parties, for it does not touch the legality of the juridical activity of the Court as such.

Regarding the requirement of *jus standi*, as a matter of interpretation of a rule of the Statute, being objective law, the legal situation seems different, regardless of whether the principle underpinning the *Mavrommatis* rule is understood as a principle of judicial economy or as a principle of sound administration of justice.

The imperative wording of Article 35, paragraph 1, of the Statute, read in conjunction with Article 93 of the United Nations Charter, does not leave any doubt in that regard. For, “[t]he Court can exercise its judicial function only in respect of those States which have access to it under Article 35 of the Statute. And only those States which have access to the Court can confer jurisdiction upon it.” (*Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, *Preliminary Objections, Judgment*, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, pp. 298-299, para. 46; see also the ten cases in the provisional measures phase (*Yugoslavia v. Belgium*), *I.C.J. Reports 1999 (I)*, p. 132, para. 20; and *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, *Jurisdiction of the Court, Judgment*, *I.C.J. Reports 1973*, p. 53, para. 11.)

93. Du point de vue de son importance, l'introduction de l'instance devant la Cour «ne cède le pas qu'à l'arrêt lui-même» (G. Schwarzenberger, *International Law*, vol. I, 1945, p. 376). Elle imprègne, comme peu de règles le font, tout le corpus du droit de la Cour, à commencer par les dispositions de l'article 40 du Statut, en passant par celles des articles 26 (1 *b*)), 38, 39, 40 (2-3), 42, 46, 80 et 81, et jusqu'aux articles 87, 92 (1), 98 (1-3), 99 (1-2) et 104 du Règlement de la Cour.

A la date de l'introduction de l'instance, une relation procédurale est établie entre les parties au différend ainsi qu'entre les parties au différend et la Cour — un fait qui en lui-même a d'importantes conséquences juridiques pour les parties et pour la Cour elle-même. C'est à cette date que commencent les effets conservatoires de la requête ainsi que la litispendance.

94. Dans l'ensemble, à partir de ce moment, la Cour entame son activité judiciaire *stricto sensu*, distincte de l'activité administrative de son Greffe. La principale tâche de la Cour, dans cette phase de la procédure, est d'établir l'existence des conditions nécessaires de sa compétence au sens large, c'est-à-dire la condition de *jus standi*, car les conditions relatives à sa compétence spéciale dans tous ses aspects pertinents — *ratione personae, materiae et temporis* — peuvent être parfaites et même établies durant la procédure.

95. En l'espèce, l'application appropriée du principe d'une bonne administration de la justice doit tenir compte de la différence entre la condition de *jus standi*, d'une part, et les conditions de la compétence de la Cour *stricto sensu*, de l'autre.

Une exception à la règle générale relative à la date à laquelle s'apprécie la compétence de la Cour peut s'appliquer en ce qui concerne la condition de la compétence fondée sur le consentement des parties, car elle n'a pas d'incidence sur la licéité de l'activité judiciaire de la Cour en tant que telle.

S'agissant de la condition de *jus standi*, du point de vue de l'interprétation d'une règle du Statut, en tant que droit objectif, la situation juridique semble différente, que l'on comprenne le principe sur lequel repose la règle *Mavrommatis* comme un principe d'économie judiciaire ou comme un principe d'administration de la justice.

Le libellé impératif du paragraphe 1 de l'article 35 du Statut, lu en même temps que l'article 93 de la Charte des Nations Unies, ne laisse aucun doute à cet égard. Car «[l]a Cour ne peut exercer sa fonction judiciaire qu'à l'égard des seuls Etats auxquels elle est ouverte en vertu de l'article 35 du Statut. Et seuls les Etats auxquels la Cour est ouverte peuvent lui conférer compétence.» (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 299, par. 46; voir aussi les dix affaires dans la phase des mesures conservatoires (*Yougoslavie c. Belgique*), *C.I.J. Recueil 1999 (I)*, p. 132, par. 20); et l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, compétence de la Cour, arrêt, *C.I.J. Recueil 1973*, p. 53, par. 11.)

(g) *Compétence de la compétence as an improprius modus operandi*

96. The application of the principles underpinning the *Mavrommatis* rule, as perceived by the majority, implies a *modus operandi*, since the principle of sound administration of justice does not operate automatically. The *modus operandi* is ascertained in the principle of *compétence de la compétence* so that it could be said that the exception to the general rule, that the jurisdiction *lato sensu* is assessed on the date of the institution of the proceedings, is, in the majority approach, the result of combined effects of the principle of sound administration of justice and *compétence de la compétence* respectively.

97. The majority view that “[t]he Court always possesses the *compétence de la compétence*” (Judgment, para. 86) is basically correct, in contrast to the interpretation of Serbia according to which, “whenever it is seised by a State which does not fulfil the conditions of access under Article 35, or seised of a case brought against a State which does not fulfil those conditions, the Court does not even have the *compétence de la compétence*” (*ibid.*).

98. *Compétence de la compétence* is an inherent right and duty of the Court, necessary for it to discharge its duties as regards jurisdictional issues *lato sensu*. As such, it operates during the entire proceedings, from the institution until the end, implying that the Court, either upon a jurisdictional objection of a party, or *proprio motu*, not only makes the determination whether it has jurisdiction in terms of incidental jurisdiction, but in that regard remains attentive during the entire proceedings. *A contrario*, the Court would be deprived of its essential duty to establish its jurisdiction *lato sensu*.

99. However, the power of the Court to determine whether it has jurisdiction is one thing, and the substance of the decision taken on the basis of the principle of *compétence de la compétence* is quite another thing. As a structural and functional principle, the principle of *compétence de la compétence* does not possess its own substance in terms of substantive law. This principle is only the legal vehicle which allows the Court to satisfy itself that the conditions governing its own competence, as defined by its Statute, are met. The decision of the Court on the basis of the principle of *compétence de la compétence* is of a declaratory nature and, as such, it can not bestow on the Court itself a jurisdiction which is not supported by applicable rules of law.

100. Due to its nature, this is especially true as regards the requirement of *jus standi*. Since the majority itself does not dispute that during the period from the dissolution of the former SFRY in April 1992 to the admission of the FRY to the United Nations on 1 November 2000, the FRY/Serbia was not a Member of the United Nations, and since the membership in the United Nations is determinative of its *jus standi*, a reasoning in the following terms seems unavoidable:

g) *La compétence de la compétence en tant que modus operandi inapproprié*

96. L'application des principes qui sous-tendent la règle *Mavrommatis*, telle que perçue par la majorité, implique un *modus operandi*, puisque le principe d'une bonne administration de la justice n'opère pas automatiquement. Ce *modus operandi* s'exprime dans le principe de la compétence de la compétence, de telle manière qu'on peut dire que l'exception à la règle générale selon laquelle la compétence *lato sensu* s'apprécie à la date de l'introduction de l'instance est, selon l'approche majoritaire, le résultat des effets combinés du principe de bonne administration de la justice et de la compétence de la compétence, respectivement.

97. L'opinion majoritaire selon laquelle «[d]ans tous les cas, la Cour possède la compétence de sa compétence» (arrêt, par. 86) est fondamentalement correcte, à la différence de celle de la Serbie, qui avance que, «lorsqu'elle est saisie par un Etat qui ne remplit pas les conditions d'accès de l'article 35, ou à l'encontre d'un Etat qui ne remplit pas les mêmes conditions, la Cour [est] même privée de la compétence de sa compétence» (*ibid.*).

98. La compétence de la compétence est un droit inhérent et une obligation de la Cour, qui lui est nécessaire pour s'acquitter de ses fonctions en ce qui concerne les questions de compétence *lato sensu*. Dans ces conditions, elle s'applique durant toute l'instance, de son introduction à son achèvement, ce qui implique que la Cour, soit sur l'exception d'une partie à sa compétence, soit *proprio motu*, décide non seulement si elle est compétente du point de vue de sa compétence incidente mais aussi demeure à cet égard attentive durant toute l'instance. A défaut, la Cour serait privée de son obligation essentielle d'établir sa compétence *lato sensu*.

99. Toutefois, le pouvoir de la Cour de déterminer qu'elle est compétente est une chose, et la substance de la décision prise sur la base du principe de la compétence de la compétence en est une autre. En tant que principe fonctionnel et structurel, ce principe n'a pas de substance propre quant au fond du droit. Il s'agit seulement d'un instrument juridique qui permet à la Cour de s'assurer que les conditions régissant sa compétence, telles que définies dans son statut, sont remplies. La décision de la Cour sur la base du principe de la compétence de la compétence a un caractère déclaratoire et, en tant que tel, ne confère pas à la Cour elle-même une compétence qui n'est pas étayée par les règles de droit applicables.

100. En raison de sa nature, cela est particulièrement vrai de la condition relative au *jus standi*. Comme la majorité elle-même ne conteste pas que, durant la période allant de la dissolution de l'ex-RSFY en avril 1992 à l'admission de la RFY à l'Organisation des Nations Unies le 1^{er} novembre 2000, la RFY/Serbie n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies, et comme c'est la qualité de Membre de l'Organisation qui détermine son *jus standi*, il semble inévitable de tenir un raisonnement dans les termes suivants :

“If, on a correct legal reading of a given situation, certain alleged rights are found to be non-existent, the consequences of this must be accepted. The Court cannot properly postulate the existence of such rights in order to avert those consequences.” (*South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, *Second Phase, Judgment*, *I.C.J. Reports 1966*, p. 36, para. 57.)

Unfortunately, the majority does not follow this wise dictum, but involves itself in the fishing of *jus standi* of Serbia.

101. The non-existence of *jus standi* of the Party in the moment of institution of the proceedings deprives the Court, as a semi-open court of law, of the power to take judicial action. In that regard, the principle of *compétence de la compétence*, as such, does not and cannot add or change anything whatsoever. For,

“The details of this law [law of jurisdiction] have grown with the continuing exercise of the Court’s *compétence de la compétence*, but its basic norm can still be traced to the Permanent Court’s broad dictum that ‘there is no dispute which States entitled to appear before the Court cannot refer to it.’” (I. Shihata, *The Power of the International Court to Determine its own Jurisdiction, Compétence de la Compétence*, 1965, p. 304; emphasis added.)

(h) *Effects of seisin of the Court*

102. It seems that the majority view has overstressed the role of the seisin of the Court, attributing to it some effect in terms of substantive jurisdiction.

103. The qualifications of the seisin of the Court as “duly”, “regular” or “proper” are frequently used, in the present phase of the proceedings as well, to indicate a State’s recourse to the Court in a proper way. This, in fact, implies that a State has submitted an application, or that two or more States have submitted a special agreement, in conformity with the relevant provisions of the Statute of the Court and its Rules. In this sense, the expressions such as “duly seised” or “properly seised” have, first and foremost, a formal, procedural meaning.

104. Although it is a procedural act, seisin, however, is not deprived of any legal effects. By the act of seizure, the Court has acquired a measure of procedural competence “to determine its substantive jurisdiction if in question or otherwise uncertain” (G. Fitzmaurice, “The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-1954: Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure”, *British Year Book of International Law*, 1958, p. 15) and to activate its inherent power to determine its jurisdiction (*compétence de la compétence*) either upon an objection of the party or *proprio motu*.

For, the law of the Court does not know, apart from the administra-

«Si, après avoir interprété d'une manière juridiquement exacte une situation donnée, on considère que certains droits allégués n'existent pas, on doit en accepter les conséquences. Il n'appartient pas à la Cour de postuler l'existence de ces droits pour éviter de telles conséquences.» (*Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud)*, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966, p. 36, par. 57.)

Malheureusement, la majorité n'a pas suivi ce sage *dictum* mais est partie à la recherche du *jus standi* de la Serbie.

101. L'absence de *jus standi* de la partie au moment de l'introduction de l'instance prive la Cour, en tant que juridiction semi-ouverte, du pouvoir d'exercer sa fonction judiciaire. A cet égard, le principe de la compétence de la compétence, comme tel, n'ajoute et ne change absolument rien, et ne peut le faire. En effet,

«Ce droit [le droit de la compétence] a gagné en complexité avec l'exercice continu par la Cour de la compétence de sa compétence, mais son principe fondamental demeure tel qu'il a été exprimé dans le large *dictum* de la Cour permanente, à savoir qu'«il n'est pas de différend que les Etats habilités à ester devant la Cour ne peuvent porter devant elle.» (I. Shihata, *The Power of the International Court to Determine its own Jurisdiction, compétence de la compétence*, 1965, p. 304; les italiques sont de moi.)

h) Effets de la saisine de la Cour

102. Il semble que la majorité a surestimé le rôle de la saisine de la Cour en lui attribuant des effets du point de vue de la compétence.

103. On dit souvent que la Cour a été saisie «dûment», «régulièrement» ou «de manière appropriée», y compris dans la présente phase de l'instance, pour indiquer qu'un Etat a porté un différend devant la Cour de manière appropriée. Cela, en fait, implique que l'Etat a introduit une requête, ou que deux Etats ou plus ont signé un compromis, conformément aux dispositions pertinentes du Statut et du Règlement de la Cour. En ce sens, des expressions comme «dûment saisie» ou «saisie de manière appropriée» ont, avant tout, un sens formel et procédural.

104. Bien qu'il s'agisse d'un acte procédural, la saisine n'en est pas pour autant privée d'effets juridiques. Etant saisie, la Cour a acquis une certaine compétence procédurale «pour déterminer sa compétence quant au fond si celle-ci est en question ou autrement incertaine» (G. Fitzmaurice, «The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-1954: Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure», *British Year Book of International Law*, 1958, p. 15) et pour exercer son pouvoir inhérent de décider de sa compétence (compétence de la compétence) soit sur une exception d'une partie, soit *proprio motu*.

En effet, le droit de la Cour ne prévoit pas, l'activité administrative du

tive action of the Registry as regards non-State entities, separate proceedings designed specifically to deal with the validity of the proceedings in terms of whether necessary requirements, as established by Articles 35 and 36 of the Statute, are being fulfilled. Thus, in effect, the Court, although “properly” or “duly” seised, only *a posteriori* decides whether it possesses substantive competence to deal with the case brought before it. It seems that it is precisely this that is the *rationale of the dictum* of the Court in the *Qatar/Bahrain* case, to the effect that “the question of whether the Court was validly seised appears to be a question of jurisdiction” (*Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1995*, p. 23, para. 43).

105. *Stricti juris*, the seizure of the Court is valid in substantive terms only if all the requirements for the Court’s jurisdiction *lato sensu*, provided by Articles 35 and 36 of the Statute, are fulfilled. *A contrario*, seisin, regardless of whether termed “properly” or “duly”, is essentially only “effective” seisin, enabling the Court to establish whether it possesses substantive competence *in casu*, or whether, in the light of the relevant requirements, it is “validly seised”. (Adjectives, at least in the legal vocabulary, more often than not, hinder rather than help understanding. Thus, “proper(ly)” or “due (duly)” seisin would, in fact, be the very “seising of the Court” (G. Fitzmaurice, *op. cit.*), and “seisin” would, by definition, imply “valid seisin”.)

For, as the Court stressed in subtle terms — although using the word “seising” in terms of “effective seisin” — in the *Nottebohm* case: “under the system of the Statute the seising of the Court by means of an Application is not *ipso facto* open to all States parties to the Statute, it is only open to the extent defined in the applicable Declarations” (*Nottebohm, (Liechtenstein v. Guatemala), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1953*, p. 122).

106. Seisin of the Court as a procedural step is effected in practice in a highly relaxed manner. It appears that it is assumed that the fulfilment of the procedural conditions specified in Article 38, paragraphs 1, 2 and 3, and Article 39, paragraphs 1 and 2, of the Rules of Court, are sufficient in that regard. Only, “[w]hen the applicant State proposes to found the jurisdiction of the Court upon a consent” of a State against which such application is made, “[i]t shall not . . . be entered in the General List, nor any action be taken in the proceedings” (Art. 38, para. 5, of the Rules of Court). Such a manner is understandable, if the requirements under Article 36 of the Statute are in question, for the simple reason that following the seisin of the Court substantive jurisdiction may be conferred upon the Court or perfected by the parties.

107. As regards the requirements under Article 35 of the Statute, this is another matter. Having in mind the nature of the requirements and its effects upon the legality of the judicial activity of the Court, it seems essential, in particular in case of doubt or uncertainty, to determine as soon as possible whether or not the requirements under Article 35 of the

Greffe concernant les entités non étatiques mise à part, de procédure distincte conçue spécifiquement pour apprécier la validité de l'instance au regard des conditions nécessaires posées aux articles 35 et 36 du Statut. Ainsi, en fait, la Cour, bien qu'elle soit «régulièrement» ou «dûment» saisie, ne décide qu'*a posteriori* si elle possède la compétence quant au fond nécessaire pour connaître de l'affaire portée devant elle. Il semble que ce soit précisément ce raisonnement qui a motivé le *dictum* de la Cour dans l'affaire *Qatar/Bahreïn*, à savoir que «la question de savoir si la Cour a été valablement saisie apparaît comme une question de compétence» (*Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1995*, p. 23, par. 43).

105. *Stricti juris*, la saisine de la Cour est valide uniquement si toutes les conditions relatives à la compétence *lato sensu* prévues aux articles 35 et 36 du Statut sont remplies. *A contrario*, la saisine, que l'on utilise ou non le terme «régulièrement» ou «dûment», n'est pour l'essentiel qu'une saisine «effective», permettant à la Cour d'établir si elle est compétente en l'espèce ou si, eu égard aux conditions pertinentes, elle est «validement saisie». (Les adjectifs, au moins dans le vocabulaire juridique, gênent la compréhension plus qu'ils ne la facilitent. Ainsi, la saisine «(de manière) appropriée» ou «due (dûment)» constituerait en réalité le fait même de «saisir la Cour» (G. Fitzmaurice, *op. cit.*), et le mot «saisine» impliquerait par définition une «saisine valide».)

Car, comme la Cour l'a souligné en des termes subtils — bien qu'en utilisant le mot «saisine» pour signifier «saisine effective» — dans l'affaire *Nottebohm*: «la saisine de la Cour par voie de requête, dans le système du Statut, n'est pas ouverte de plein droit à tout Etat partie au Statut, elle n'est ouverte que dans la mesure définie par les déclarations applicables» (*Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1953*, p. 122).

106. La saisine de la Cour en tant qu'acte procédural s'effectue en pratique de manière extrêmement détendue. Il semble que l'on postule que la réunion des conditions procédurales prévues aux paragraphes 1, 2 et 3 de l'article 38 et aux paragraphes 1 et 2 de l'article 39 du Règlement de la Cour est suffisante à cet égard. C'est seulement «[l]orsque le demandeur entend fonder la compétence de la Cour sur un consentement» de l'Etat contre lequel la requête est formée que cette dernière «n'est pas inscrite au rôle général de la Cour et [qu']aucun acte de procédure n'est effectué» (art. 38, par. 5, du Règlement de la Cour). Cela est compréhensible s'il n'est pas sûr que les conditions prévues à l'article 36 du Statut soient remplies, pour la simple raison qu'une fois la Cour saisie les parties peuvent lui conférer compétence ou remédier à un défaut de compétence.

107. En ce qui concerne les prescriptions de l'article 35 du Statut, la question est différente. Eu égard à la nature de ces prescriptions et à ses effets sur la licéité de l'activité judiciaire de la Cour, il semble essentiel, notamment en cas de doute ou d'incertitude, de déterminer le plus tôt possible si les conditions prévues à l'article 35 du Statut sont ou non rem-

Statute are met. In contrast to the requirements under Article 35 which, being based on the consent of the parties to the dispute, cannot only be perfected but also created in the time following the seisin of the Court, the requirements under Article 36 of the Statute must be fulfilled on the date of the institution of the proceedings before the Court. Short of this, seisin of the Court is not valid, but is merely a procedural step having no effects on the substantive competence of the Court to deal with the case.

It is precisely in this that I see the meaning of the dictum of the Court in the eight *Legality of Use of Force* cases, that the Applicant “could not have properly seised the Court” (*Serbia and Montenegro v. Belgium*), *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 299, para. 46), because it was not a party to the Statute and, consequently, did not have a right to appear before the Court.

- (i) *If valid, why was not the alleged exception applied in the Legality of Use of Force cases?*

108. It remains unclear why the Court, if found that there exists an exception to the general rule that the jurisdiction *lato sensu* is assessed on the day of the institution of the proceedings, did not apply it in the identical legal situation in the *Legality of the Use of Force* cases? The objection of Serbia (Judgment, para. 84) aims at the very heart of the majority reasoning, alluding to the violation of the fundamental principle of equality of States. The unconvincing answer of the majority to that objection is surprising. It consists of three considerations, broad in their vagueness and formalism, so that one can get the impression that they are given *formalittatis causa*.

109. Firstly, the majority finds that:

“It was clear that Serbia and Montenegro did not have the intention of pursuing its claims by way of new applications. That State itself argued before the Court that it was not, and never had been, bound by Article IX of the Genocide Convention, even though that was the basis for jurisdiction which it had initially invoked (e.g., *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004 (I)*, pp. 292-293, para. 29). It is true that the Applicant in those cases had let it be known that it did not intend to discontinue the proceedings pending before the Court; but, given the legal position it was asserting from that time on as to the Genocide Convention, it was out of the question that, in the event of judgments rejecting its applications owing to its lack of access to the Court at the date the proceedings had been instituted, it would rely on the status it would then undoubtedly possess of party to the Statute of the Court to submit fresh

plies. A la différence des prescriptions de l'article 35, qui, reposant sur le consentement des parties au différend, peuvent non seulement être parfaites mais aussi créées à tout moment une fois la Cour saisie, les prescriptions de l'article 36 du Statut doivent être remplies à la date de l'introduction de l'instance devant la Cour. A défaut, la saisine de la Cour n'est pas valide, mais est simplement un acte procédural qui n'a aucun effet sur la compétence de fond de la Cour pour connaître de l'affaire.

C'est précisément comme cela que j'entends le *dictum* de la Cour dans les huit affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, à savoir que le demandeur «n'aurait pu saisir la Cour de manière valable» (*Serbie-et-Monténégro c. Belgique*), *exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 299, par. 46), parce qu'il n'était pas partie au Statut et en conséquence n'avait pas le droit d'ester devant la Cour.

i) *Si elle était valide, pourquoi la prétendue exception appliquée dans les affaires relatives à la Licéité de l'emploi de la force ne l'a-t-elle pas été en l'espèce?*

108. On comprend mal pourquoi la Cour, si elle juge qu'il existe une exception à la règle générale selon laquelle la compétence *lato sensu* s'apprécie le jour de l'introduction de l'instance, ne l'a pas appliquée dans une situation juridique identique à celle qui existait dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*. L'objection de la Serbie (arrêt, par. 84) ayant trait à la violation du principe fondamental de l'égalité des Etats vise le cœur même du raisonnement de la majorité. La réponse peu convaincante de la majorité à cette objection est surprenante. Elle comprend trois considérations, vagues et empreintes de formalisme, si bien qu'on a l'impression qu'elle est donnée *formalitatibus causa*.

109. Premièrement, la majorité conclut comme suit :

«Il était clair, en effet, que la Serbie-et-Monténégro n'avait pas l'intention de maintenir ses demandes sous la forme de nouvelles requêtes; cet Etat soutenait lui-même devant la Cour qu'il n'était pas, et n'avait jamais été, lié par l'article IX de la convention sur le génocide, pourtant la base de compétence qu'il avait initialement invoquée (voir par exemple *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, *exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 292-293, par. 29). Certes, le demandeur dans ces affaires avait fait savoir qu'il n'entendait pas se désister des requêtes pendantes devant la Cour. Mais, compte tenu de la position juridique qu'il affirmait désormais au sujet de la convention sur le génocide, il était exclu que, à la suite d'arrêts rejetant ses requêtes en raison de son défaut d'accès à la Cour à la date de l'engagement des procédures, il introduise de nouvelles requêtes identiques en substance aux premières en se prévalant de sa qualité, désormais

applications identical in substance to the first . . . Indeed, Serbia and Montenegro took care not to ask the Court to do so; while Croatia is asking the Court to apply the jurisprudence of the *Mavrommatis* case to the present case, no such request was made, or could logically have been made, by the Applicant in 2004.” (Judgment, para. 89.)

The question of “the intention of pursuing. . . claims by way of new applications” (*ibid.*) does not seem relevant at all in the frame of the so-called *Mavrommatis* rule. In its Judgment in the *Mavrommatis* case, the Court invoked the general possibility “for the applicant to re-submit his application” (*Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 34*) and not the intention. It applied rather an objective than subjective standard in that regard. In the absence of clear and unequivocal evidence of “intention” one can only speculate. The majority “infers” that the Applicant did not wish to pursue the proceedings on the basis of the argument of Serbia that it was not, and never had been, bound by Article IX of the Genocide Convention. It seems almost unbelievable that the majority, in relation to jurisdiction as a *questio juris* falling within the scope of the principle *jura novit curia*, gives decisive importance to the arguments of a party.

110. At the same time, the finding that “Serbia and Montenegro did not have the intention of pursuing its claims by way of new applications” appears to be erroneous and even *contra factum proprium*. For, in the *Legality of Use of Force* cases the Court stated *expressis verbis*:

“it is suggested that, by inviting the Court to find that it has no jurisdiction, the Applicant can no longer be regarded as pursuing the settlement by the Court of the substantive dispute.

The Court is unable to uphold these. . . contentions. . . As to the argument concerning the disappearance of the substantive dispute, *it is clear that Serbia and Montenegro has by no means withdrawn its claims as to the merits*. Indeed, these claims were extensively argued and developed in substance during the hearings on jurisdiction, in the context of the question of the jurisdiction of the Court under Article IX of the Genocide Convention. It is equally clear that these claims are being vigorously denied by the Respondents. *It could not even be said under these circumstances that, while the essential dispute still subsists, Serbia and Montenegro is no longer seeking to have its claim determined by the Court*. Serbia and Montenegro has not sought a discontinuance. . .; *and it has stated that it ‘wants the Court to continue the case and to decide upon its jurisdiction — and to decide on the merits as well, if it has jurisdiction’*. In the present circumstances, the Court is unable to find that Serbia and Montenegro has renounced any of its substantive or procedural rights, or has taken the position that the dispute between the Parties has ceased to

certaine, de partie au Statut de la Cour ... Aussi bien, d'ailleurs, la Serbie-et-Monténégro s'était-elle gardée de le lui demander: si, dans la présente affaire, la Croatie demande à la Cour d'appliquer la jurisprudence issue de l'arrêt *Mavrommatis*, une telle demande n'avait pas été, et ne pouvait pas logiquement être, formulée par l'Etat requérant en 2004.» (Arrêt, par. 89.)

La question de «l'intention de maintenir ... [des] demandes sous la forme de nouvelles requêtes» (*ibid.*) ne semble pas du tout pertinente dans le cadre de la règle *Mavrommatis*. Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire *Mavrommatis*, la Cour a invoqué la possibilité générale, «pour la partie demanderesse, de présenter à nouveau sa requête» (*arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 34*), et non l'intention. Elle a appliqué à cet égard une norme objective, non subjective. En l'absence de preuve claire et non équivoque de «l'intention», on peut seulement conjecturer. La majorité «infère» que le demandeur ne souhaitait pas poursuivre l'instance sur la base de l'argument de la Serbie selon lequel celle-ci n'était pas et n'avait jamais été liée par l'article IX de la convention sur le génocide. Il semble presque incroyable que la majorité, s'agissant de la compétence en tant que *questio juris* relevant du principe *jura novit curia*, donne une importance décisive aux arguments d'une partie.

110. Dans le même temps, la conclusion selon laquelle «la Serbie-et-Monténégro n'avait pas l'intention de maintenir les demandes sous la forme de nouvelles requêtes» semble être erronée, voire *contra factum proprium*. Car, dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, la Cour a déclaré expressément:

«il a été avancé que, ayant invité la Cour à dire qu'elle n'avait pas compétence, le demandeur ne pouvait plus être considéré comme recherchant un règlement au fond du différend par la Cour.

La Cour ne peut faire droit à ces ... assertions ... Quant à l'argument concernant la disparition du différend au fond, *il est clair que la Serbie-et-Monténégro n'a aucunement renoncé à ses prétentions au fond*. De fait, celles-ci ont été abondamment exposées et développées en substance au cours de la procédure orale sur la compétence, à propos de la compétence de la Cour au titre de l'article IX de la convention sur le génocide. Il est tout aussi clair que lesdites prétentions sont vigoureusement rejetées par les défendeurs. *Dans ces circonstances, on ne saurait même dire que, bien que le différend au fond subsiste, la Serbie-et-Monténégro ne demande plus à la Cour de statuer sur ses prétentions*. La Serbie-et-Monténégro n'a pas cherché à se désister ...; *et elle a déclaré qu'elle «v[oulait] que la Cour poursuive l'affaire et se prononce sur sa compétence — et se prononce aussi sur le fond, si elle a[vait] compétence»*. Dans ces conditions, la Cour ne peut dire que la Serbie-et-Monténégro a renoncé à l'un quelconque de ses droits au fond ou de ses droits procéduraux, ni qu'elle a adopté pour position que le différend entre les Parties a

exist.” (*Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 297, paras. 42-43; emphasis added.)

The consideration that “there would have been no justification for the Court to disregard the FRY’s initial lack of capacity to seize the Court, on the ground that the defect had been cured in the course of proceedings” (Judgment, para. 89) because “Serbia and Montenegro took care not to ask the Court to do so” (*ibid.*; emphasis added), is not convincing. In contrast to Croatia, it seems sufficient to remark that as regards the issue of jurisdiction, the wishes of the parties are not of decisive importance, if any (paras. 46-59 above).

111. Secondly, it seems that the majority tends to introduce elements of penalizing or reward for the parties as regards the application of the exception to the general rule, depending on a party’s attitude towards its *jus standi* in earlier cases. Such a conclusion stems from the consideration that:

“At the date the Application was filed, the Respondent considered that it had the capacity to participate in proceedings before the Court, and its position in that respect was a matter of public knowledge. . . The Applicant could therefore feel entitled to seize the Court on what at first sight seemed to be an appropriate basis of jurisdiction.” (Judgment, para. 90.)

Therefore, “Croatia’s conduct does not reflect any circumstances that would warrant a particularly strict application by the Court of the jurisprudence described above” (*ibid.*).

112. The dictum suggests that the Court has full discretionary power regarding the application of the constitutional rules of its Statute on the basis of the assessment of the behaviour of the parties in terms of *bona fidae*, although a party’s arguments might be motivated by considerations based on litigation strategy. It looks like an inversed theory of estoppel in favour of the Applicant.

Things are additionally complicated by the statement of the majority that the attitude of the Respondent as regards its *jus standi* in the relevant period makes that the Applicant “could. . . feel entitled to seize the Court on what at first sight seemed to be an appropriate basis of jurisdiction” (*ibid.*). Such a statement seems highly doubtful.

113. Apart from the issue of the relevance of the arguments of the Parties as regards the jurisdiction *lato sensu* and that *in concreto* the question in issue is not “the basis of jurisdiction” but the “capacity to appear before the Court”, the true meaning of the majority’s consideration is that the Applicant, for utilitarian purposes, relied on the earlier arguments of the Respondent as regards its *jus standi*. For, the fundamental premise of the Croatian policy, which is a matter of common

cessé d'exister.» (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 297, par. 42-43; les italiques sont de moi.)

La considération selon laquelle «il eût été ... dépourvu de justification, de la part de la Cour, de passer outre au défaut initial de capacité de la RFY à la saisir, pour le motif que ce défaut avait été couvert en cours d'instance» (arrêt, par. 89) parce que «la Serbie-et-Monténégro s'était gardée de le lui demander» (*ibid.*; les italiques sont de moi), n'est pas convaincante. A la différence de la Croatie, il semble suffisant de faire observer que, en ce qui concerne la question de la compétence, les souhaits des parties n'ont pas une importance décisive, si elles en ont une (par. 46-59 ci-dessus).

111. Deuxièmement, il semble que la majorité tende à pénaliser ou récompenser les parties en ce qui concerne l'application de l'exception à la règle générale en fonction de leur attitude quant à leur *jus standi* dans des affaires antérieures. Une telle conclusion découle de la considération selon laquelle :

«A la date de l'introduction de la requête, le défendeur considérait, et sa position à cet égard était publiquement connue, qu'il possédait la capacité de participer à des procédures devant la Cour ... Le demandeur pouvait s'estimer, en conséquence, en droit de saisir la Cour sur une base de compétence à première vue appropriée.» (Arrêt, par. 90.)

En conséquence, «le comportement de la Croatie n'est révélateur d'aucune circonstance qui justifierait que la Cour fasse preuve d'une rigueur particulière dans l'application de sa jurisprudence ci-dessus décrite» (*ibid.*).

112. Ce *dictum* donne à penser que la Cour jouit d'un pouvoir discrétionnaire total en ce qui concerne l'application des règles constitutionnelles de son Statut sur la base de son appréciation du comportement des parties du point de vue de la bonne foi, bien que les arguments de celles-ci puissent être motivés par des considérations de stratégie judiciaire. Cela ressemble à une théorie de l'estoppel inversée en faveur du demandeur.

Les choses sont rendues encore plus complexes par la déclaration de la majorité sur l'attitude du défendeur en ce qui concerne son *jus standi* durant la période pertinente, à savoir qu'il «pouvait s'estimer ... en droit de saisir la Cour sur une base de compétence à première vue appropriée» (*ibid.*). Cela semble extrêmement douteux.

113. Outre la question de la pertinence des arguments des Parties quant à la compétence *lato sensu* et le fait que, *in concreto*, la question en cause n'est pas «la base de compétence» mais la «capacité de se présenter devant la Cour», la signification véritable de la considération de la majorité est que le demandeur, à des fins utilitaires, a fait fond sur les arguments avancés antérieurement par le défendeur en ce qui concerne son *jus standi*. Car le postulat fondamental de la politique croate, qui est de

knowledge consistently applied, is that the SFRY was dissolved into six legally equal parts, so that the FRY, according to that premise, does not have continuity with the SFRY, and, consequently, no continuity as regards the membership in the United Nations⁵. And without continuation in the membership of the SFRY in the United Nations, the FRY/Serbia simply could not have the status of a party to the Statute of the Court.

114. Further, the majority's consideration seems also dubious in the light of the arguments of the Applicant itself. It appears probable that the Applicant relied in fact on the decisions of the Court taken in the different phases of the *Bosnia* case as regards the *jus standi* of FRY/Serbia, expecting, as it is shown rightly, that they will overcome the jurisprudence which consists of the Judgments in the eight *Legality of Use of Force* cases, the *Fisheries Jurisdiction* and *Monetary Gold* cases. This expectation was described in a condensed form by counsel of Croatia. He said:

“Croatia took account of the provisional measure Orders and the 1996 Judgment. It relied on the Court's reasoning as authoritative. It had a reasonable expectation that the Court would, following a principle of judicial certainty, adopt the same reasoning in future cases where the facts in issue were, to all intents and purposes, identical.” (CR 2008/10, p. 31, para. 12).

As Serbia's real target in the proceedings, according to that view, was “the Court's recent Judgment in the *Bosnia* case. It wants a judgment . . . that will allow it to minimize, neutralize, and — eventually — abandon the *Bosnia* Judgments of 2007 and 1996 as an anomaly” (*ibid.*, pp. 27-28, para. 2), then, in the view of the Applicant, the Court's decision in terms of a rescue operation of the legality of the jurisdictional decision in the *Bosnia* case was expected.

115. Thirdly, another additional consideration is even more unconvincing than the previous two. The majority states that

⁵ *Exempli causa*, in its Memorial, Croatia pointed out, *inter alia*, that “[n]either Croatia nor any of the other Republics of SFRY which became independent accept that FRY was the ‘continuation’ in a legal sense of the SFRY” (Memorial, para. 2.138, footnote 220).

In his letter of 16 February 1994 addressed to the Secretary-General, the Permanent Representative of Croatia to the United Nations takes a position on the “declaration adopted on 27 April 1992 at the joint session of the National Assembly of the Republic of Serbia and the Assembly of the Republic of Montenegro” (UN doc. S/1994/198 (1994)).

The question seems clear and unequivocal: “The Republic of Croatia strongly objects to the pretensions 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.”

notoriété publique et appliqué avec constance, est que la RSFY a été dissoute en six parties juridiquement égales, de telle manière que la RFY, selon ce postulat, n'est pas le continuateur de la RSFY et, en conséquence, n'en assure pas la continuité en ce qui concerne la qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies⁵. Et, sans continuation de la qualité de Membre des Nations Unies de la RSFY, la RFY/Serbie ne pouvait tout simplement pas avoir le statut de partie au Statut de la Cour.

114. De plus, cette considération de la majorité semble aussi douteuse à la lumière des arguments du demandeur lui-même. Il semble probable que ce dernier faisait en fait fond sur les décisions prises par la Cour lors des différentes phases de l'affaire de la *Bosnie* en ce qui concerne le *jus standi* de la RFY/Serbie, comptant, comme on l'a vu à juste titre, qu'elles prévaudraient sur la jurisprudence constituée par les arrêts rendus dans les huit affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, dans les affaires de la *Compétence en matière de pêcheries* et dans l'affaire de l'*Or monétaire*. Cette attente est exposée succinctement comme suit par le conseil de la Croatie:

«La Croatie a tenu compte des ordonnances rendues sur la demande en indication de mesures conservatoires et de l'arrêt de 1996. Elle s'est appuyée sur le raisonnement de la Cour comme faisant autorité. Elle pouvait raisonnablement compter que la Cour, suivant un principe de certitude juridique, adopterait le même raisonnement dans les affaires futures lorsque les faits en cause étaient, à toutes fins utiles, identiques.» (CR 2008/10, p. 31, par. 12.)

Comme l'objectif réel de la Serbie en l'instance était, selon cette opinion, «l'arrêt rendu récemment par la Cour dans l'affaire de la *Bosnie*: la Serbie souhaiterait obtenir un arrêt lui permettant de réduire au minimum l'effet de l'arrêt *Bosnie*, de le neutraliser et, finalement, de l'abandonner comme une anomalie» (*ibid.*, p. 27-28, par. 2), ce que le demandeur attendait de la décision de la Cour, c'était une opération de sauvetage de la licéité de la décision rendue sur la compétence dans l'affaire de la *Bosnie*.

115. Troisièmement, la réponse de la majorité comporte une considération supplémentaire qui est encore moins convaincante que les deux précédentes. La majorité déclare que

⁵ Par exemple, dans son mémoire, la Croatie a notamment observé que «[n]i la Croatie ni aucune des autres républiques de la RFSY qui sont devenues indépendantes n'accepte que la RFY était la «continuation» au sens juridique de la RFSY» (mémoire, par. 2.138, note 220).

Dans sa lettre du 16 février 1994 adressée au Secrétaire général, le représentant permanent de la Croatie auprès de l'Organisation des Nations Unies prend position sur «la déclaration adoptée le 27 avril 1992 lors de la session commune de l'Assemblée nationale de la République de Serbie et de l'Assemblée de la République du Monténégro» (Nations Unies, doc. S/1994/198 (1994)).

La question semble claire et sans équivoque: «La République de 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.»

“while Croatia’s Application — a short text comprising some ten pages — was filed on 2 July 1999, that is prior to the admission of the FRY to the United Nations on 1 November 2000, its Memorial on the merits, a document of 414 pages, was submitted on 1 March 2001, after that date” (Judgment, para. 90).

Although saying that “it is not possible to equate the filing of a memorial with that of an instrument instituting proceedings” (*ibid.*), the majority in fact passes half of the way in this equation. Given the fact that it “expounds the Applicant’s arguments, but also . . . specifies the submissions” (*ibid.*), the majority view is that that “it cannot be entirely ignored” (*ibid.*).

Apart from the fact that such an equalizing has no basis whatsoever in the Statute and in the Rules of Court, it implicitly derogates, or at least substantially dilutes, the basic thesis of the majority on the existence of the exception to the general rule that the jurisdiction of the Court must be assessed on the date of institution of the proceedings. For, on the basis of such determination of the Memorial of Croatia, the majority concludes that “if Croatia had submitted the substance of its Memorial, on 1 March 2001, in the form of a new application, as it could have done, no question with respect to Article 35 of the Statute would have arisen” (*ibid.*).

2. *Jurisdiction ratione materiae*

(a) *General approach of the majority*

116. The present Judgment, in contrast to the 1996 Judgment (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, I.C.J. Reports 1996 (II)*), p. 613, para. 26) treats the 1992 declaration as the basis of the jurisdiction *ratione materiae*. The turn in the treatment of the declaration, which in the 1996 Judgment was perceived by the majority as a proper basis of the jurisdiction of the Court *ratione personae* (paragraphs 18-20 above), seems to be dictated by the needs of an *ad hoc* construction of the Judgment by necessary implication applied in the 2007 Judgment.

117. The declaration was adopted by the participants of the Joint Session of the Assembly of the SFRY, the National Assembly of the Republic of Serbia and the Assembly of the Republic of Montenegro, on 27 April 1992. The text of the declaration reads as follows:

“The representatives of the people of the Republic of Serbia and the Republic of Montenegro,
Expressing the will of the citizens of their respective Republics to stay in the common state of Yugoslavia,
Accepting all basic principles of the Charter of the United Nations and the CSCE Helsinki Final Act and the Paris Charter, and par-

«si la requête de la Croatie — un texte bref d'une dizaine de pages — a été déposée le 2 juillet 1999, soit avant l'admission de la RFY aux Nations Unies le 1^{er} novembre 2000, son mémoire au fond, un document de 414 pages, a été déposé le 1^{er} mars 2001, soit après cette date» (arrêt, par. 90).

Tout en relevant qu'il n'est «pas possible d'assimiler le dépôt d'un mémoire à un acte introductif d'instance» (*ibid.*), la majorité procède en partie à une telle assimilation. Elle déclare, au sujet de ce mémoire, qu'étant donné «qu'il développe les arguments du demandeur mais aussi ... qu'il précise ses conclusions» (*ibid.*) «on ne saurait l'écarter tout à fait» (*ibid.*).

Outre qu'une telle assimilation ne trouve absolument aucun fondement dans le Statut et le Règlement de la Cour, elle s'écarte implicitement de la thèse fondamentale de la majorité sur l'existence de l'exception à la règle générale selon laquelle la compétence de la Cour doit s'apprécier à la date de l'introduction de l'instance, ou, au moins, affaiblit considérablement cette thèse. Car, sur la base de cette appréciation portée sur le mémoire de la Croatie, la majorité conclut que «si la Croatie avait, le 1^{er} mars 2001, présenté la substance de son mémoire sous la forme d'une nouvelle requête, ce qu'elle aurait pu faire, aucune question ne se serait posée sur le terrain de l'article 35 du Statut» (*ibid.*).

2. *Compétence ratione materiae*

a) *Conception générale de la majorité*

116. Dans le présent arrêt, contrairement à la position adoptée dans l'arrêt de 1996 (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 613, par. 26), la déclaration de 1992 est considérée comme la base de la compétence *ratione materiae*. Ce revirement dans le traitement de la déclaration de 1992, qui, dans l'arrêt de 1996, était considérée par la majorité comme une base valide de la compétence *ratione personae* de la Cour (par. 18-20 ci-dessus), semble être dicté par les besoins d'une interprétation *ad hoc* de l'arrêt reposant sur l'implication logique appliquée dans l'arrêt de 2007.

117. La déclaration a été adoptée par les participants à la session commune de l'Assemblée de la RSFY, de l'Assemblée nationale de la République de Serbie et de l'Assemblée de la République du Monténégro, tenue le 27 avril 1992. Le texte en est le suivant:

«Les représentants du peuple de la République de Serbie et de la République du Monténégro,

Exprimant la volonté des citoyens de leurs républiques respectives de demeurer au sein de l'Etat commun de Yougoslavie,

Acceptant tous les principes fondamentaux de la Charte des Nations Unies et de l'Acte final d'Helsinki adopté par la conférence

ticularly the principles of parliamentary democracy, market economy and respect for human rights and the rights of national minorities,

Remaining strictly committed to a peaceful resolution of the Yugoslav crisis, *wish to state in this Declaration their views on the basic, immediate and lasting objectives of the policy of their common state, and on its relations with the former Yugoslav Republics.*

In that regard, the representatives of the people of the Republic of Serbia and the Republic of Montenegro declare:

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

At the same time, it is ready to fully respect the rights and interests of the Yugoslav Republics which declared independence. The recognition of the newly-formed states will follow after all the outstanding questions negotiated on within the Conference on Yugoslavia have been settled,

Remaining bound by all obligations to international organizations and institutions whose member it is, the Federal Republic of Yugoslavia shall not obstruct the newly-formed States to join these organizations and institutions, particularly the United Nations and its specialized agencies. The Federal Republic of Yugoslavia shall respect and fulfil the rights and obligations the SFR of Yugoslavia assumed vis-à-vis the territories of Krajina which have been placed, within the framework of the United Nations peace-keeping operation, under the protection of the world Organization.

The Federal Republic of Yugoslavia also remains ready to negotiate, within the Conference on Yugoslavia, all problems related to the division of assets, which means both to assets and debts acquired jointly. In case of a dispute regarding these issues, the Federal Republic of Yugoslavia shall be ready to accept the arbitration of the Permanent Court of Arbitration in The Hague.

2. The diplomatic and consular missions of the Federal Republic of Yugoslavia abroad shall continue without interruption to perform their functions of representing and protecting the interests of Yugoslavia. Until further notice, they shall continue to take care of all the assets of Yugoslavia abroad.

They shall also extend consular protection to all nationals of the

sur la sécurité et la coopération en Europe (CSCE) ainsi que de la Charte de Paris pour une nouvelle Europe, et en particulier les principes de la démocratie parlementaire, de l'économie de marché et du respect des droits de l'homme et des droits des minorités nationales,

Restant profondément déterminés à parvenir à un règlement pacifique de la crise yougoslave, *souhaitent exprimer leurs vues sur les objectifs fondamentaux, immédiats et à long terme de la politique de leur Etat commun, ainsi que sur ses relations avec les anciennes républiques yougoslaves et,*

A cette fin, font la déclaration suivante:

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

Simultanément, elle est disposée à respecter pleinement les droits et les intérêts des républiques yougoslaves qui ont déclaré leur indépendance. La reconnaissance des Etats nouvellement constitués interviendra une fois qu'auront été réglées les questions en suspens actuellement en cours de négociation dans le cadre de la conférence sur la Yougoslavie.

Restant liée par toutes ses obligations vis-à-vis des organisations et institutions internationales auxquelles elle appartient, la République fédérale de Yougoslavie ne fera rien pour empêcher les Etats nouvellement constitués d'adhérer à ces organisations et institutions, notamment à l'Organisation des Nations Unies et à ses institutions spécialisées. La République fédérale de Yougoslavie respectera et honorera les droits et obligations que la République fédérative socialiste de Yougoslavie a contractés vis-à-vis des territoires de Krajina qui ont été placés, dans le cadre de l'opération de maintien de la paix de l'Organisation des Nations Unies, sous la protection de l'organisation mondiale.

La République fédérale de Yougoslavie demeure également prête à négocier, dans le cadre de la conférence sur la Yougoslavie, tous les problèmes liés à la répartition des actifs acquis et des dettes contractées conjointement. En cas de litige sur ces questions, la République fédérale de Yougoslavie est disposée à accepter l'arbitrage de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye.

2. Les missions diplomatiques et consulaires qui représentent la République fédérale de Yougoslavie à l'étranger continueront, sans interruption, à s'acquitter de leurs fonctions qui consistent à représenter et à protéger les intérêts de la Yougoslavie. Jusqu'à nouvel ordre, elles continueront à se charger de la gestion de tous les avoirs de la Yougoslavie à l'étranger.

De plus, elles offriront une protection consulaire à tous les ressortis-

SFR of Yugoslavia whenever they request them to do so until a final regulation of their nationality status.

The Federal Republic of Yugoslavia recognizes, at the same time, the full continuity of the representation of foreign states by their diplomatic and consular missions in its territory.

3. The Federal Republic of Yugoslavia is interested in the reinstatement of economic, transport, energy and other flows and ties in the territory of the SFR of Yugoslavia. It is ready to make its full contribution to that end.

4. The Federal Republic of Yugoslavia has no territorial aspirations towards any of its neighbors. Respecting the objectives and principles of the United Nations Charter and CSCE documents, it remains strictly committed to the principle of *non-use* of force in settling any outstanding issues.

5. The Federal Republic of Yugoslavia shall ensure the highest standards of the protection of human rights and the rights of national minorities provided for in international legal instruments and CSCE documents. In addition, the Federal Republic of Yugoslavia is ready to grant the national minorities in its territory all those rights which would be recognized to and enjoyed by the national minorities in other CSCE participating states.

6. In its foreign relations, the Federal Republic of Yugoslavia shall be guided by the principles of the United Nations Charter, as well as the principles of CSCE documents, particularly the Paris Charter for New Europe. As the founding member of the Movement of non-aligned countries, it shall remain committed to the principles and objectives of the policy of non-alignment.

It shall develop relations of confidence and understanding with its neighbors proceeding from the principle of good neighborliness. The Federal Republic of Yugoslavia shall, as a State of free citizens, be guided in its democratic development by the standards and achievements of the Council of Europe, the European Community and other European institutions, with an orientation to join them in the foreseeable future.” (United Nations doc. A/46/915, Ann. II; emphasis added.)

118. In its 1996 Judgment the Court perceived the declaration as a unilateral act that *per se* produced legal consequences relevant as regards its jurisdiction *ratione personae*. The Court found that by way of the declaration the FRY expressed the intention “to remain bound by the international treaties to which the former Yugoslavia was party” (*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. 610, para. 17) and, on that

sants de la République fédérative socialiste de Yougoslavie qui la solliciteront, en attendant que leur statut national soit définitivement arrêté.

La République fédérale de Yougoslavie reconnaît, simultanément, la pleine continuité de la représentation des Etats étrangers assurée par les missions diplomatiques et consulaires de ces Etats sur son territoire.

3. La République fédérale de Yougoslavie souhaite le rétablissement de tous les liens qui existaient sur le territoire de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, notamment dans les domaines de l'économie, des transports et de l'énergie. Elle est disposée à coopérer pleinement à la réalisation de cet objectif.

4. La République fédérale de Yougoslavie n'a aucune ambition sur les territoires de ses voisins, quels qu'ils soient. Fidèle aux objectifs et principes de la Charte des Nations Unies et aux documents de la CSCE, elle reste profondément attachée aux principes du *non-recours* à la force dans le règlement des différends.

5. La République fédérale de Yougoslavie garantira le plus haut niveau de protection des droits de l'homme et des droits des minorités nationales prévue dans les instruments juridiques internationaux et ceux de la CSCE. La République fédérale de Yougoslavie se déclare en outre disposée à accorder aux minorités nationales qui résident sur son territoire tous les droits reconnus aux minorités nationales qui résident dans les autres Etats membres de la CSCE.

6. Dans ses relations avec l'étranger, la République fédérale de Yougoslavie se laissera guider par les principes de la Charte des Nations Unies ainsi que par ceux qui sont consacrés dans les documents de la CSCE, notamment la Charte de Paris pour une nouvelle Europe. En sa qualité de membre fondateur du mouvement des pays non alignés, elle demeurera fidèle aux principes et objectifs de la politique du non-alignement.

Elle établira des relations de confiance et de compréhension avec ses voisins, sur la base du principe du bon voisinage. En qualité d'Etat de citoyens libres, la République fédérale de Yougoslavie se laissera guider, dans son développement démocratique, par les normes et décisions du Conseil de l'Europe, de la Communauté européenne et des autres institutions européennes, auxquelles elle envisage d'adhérer prochainement.» (Nations Unies, doc. A/46/915, annexe II; les italiques sont de moi.)

118. Dans son arrêt de 1996, la Cour a considéré que cette déclaration était un acte unilatéral ayant des conséquences juridiques pertinentes au regard de sa compétence *ratione personae*. Elle a jugé que par cette déclaration la RFY exprimait son intention de «demeurer liée par les traités internationaux auxquels était partie l'ex-Yougoslavie» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 610, par. 17) et, sur cette base, pouvait être

basis, could be considered as bound by the Genocide Convention on the date of filing of the Application by Bosnia and Herzegovina.

119. *De novo* assessment of the nature and effects of the 1992 declaration is necessary, not only because of the fact that the 1996 Judgment is not *res indicata* in the present case, but primarily due to substantial reasons. The reasons regarding the new developments, legal and factual, should be added to the reasons which existed at the time of the adoption of the 1996 Judgment and considered *in toto*.

In the light of the developments which took place following the adoption of the 1996 Judgment, and especially the admission of the FRY to the UN membership in a double capacity — as a new Member and as a successor State — it comes out that, as regards the perception of the nature and effects of the declaration, the 1996 Judgment was a kind of interim judgment based on the continuity presumption. As such, it is deprived of precedential authority *in casu*.

(b) *Whether the 1992 declaration could be considered a unilateral legal act in terms of international law?*

120. It seems obvious that the issue of an act by a single State cannot by itself qualify as a unilateral act capable of producing legal effects *in foro externo*. The unilateral nature of an act is but one extrinsic element which, when coupled with other elements, both extrinsic and intrinsic, forms a unilateral legal act in terms of international law.

121. In the circumstances of the case at hand a number of elements are of special relevance. The primary extrinsic element concerns the capacity of the participants in the Joint Session of the Assembly of the SFRY, the National Assembly of the Republic of Serbia and the Assembly of the Republic of Montenegro to perform unilateral acts in the sense of international law. This Joint Session of the Assembly of the SFRY, the National Assembly of the Republic of Serbia and the Assembly of the Republic of Montenegro was not constituted as the Parliament of the Federal Republic of Yugoslavia; rather it was a body of representatives *in statu nascendi*. Even if, *arguendo*, it represented the Parliament, it was obviously not a State organ possessing the capacity to perform unilateral acts on behalf of the State. Representatives of a State for purposes of formulating unilateral legal acts are Heads of State, Heads of Government and ministers of foreign affairs⁶. This rule has also been confirmed in the jurisprudence of the Court (*Nuclear Tests (Australia v. France)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1974*, pp. 269-270, paras. 49-51; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, *Preliminary Objections*,

⁶ Art. 4, Report on Unilateral Acts of States, *Yearbook of the International Law Commission*, 1998, Vol. II, Part One, doc. A/CN.4/486; United Nations doc. A/CN.4/500 and Add. 1.

considérée comme liée par la convention sur le génocide à la date de dépôt de la requête de la Bosnie-Herzégovine.

119. Une évaluation *de novo* de la nature et des effets de la déclaration de 1992 est nécessaire, non seulement parce que l'arrêt de 1996 n'est pas *res indicata* dans la présente espèce, mais principalement pour des raisons de fond. Les raisons concernant les nouveaux développements, juridiques et factuels, devraient s'ajouter aux raisons qui existaient lorsque l'arrêt de 1996 a été adopté et être envisagées *in toto*.

A la lumière des faits nouveaux survenus depuis l'adoption de l'arrêt de 1996, en particulier l'admission de la RFY à l'ONU à double titre — en tant que nouveau Membre et en tant qu'Etat successeur —, il apparaîtrait, en ce qui concerne la conception de la nature et des effets de la déclaration, que l'arrêt de 1996 était une sorte d'arrêt intérimaire reposant sur la présomption de continuité. En tant que tel, il n'a pas force de précédent en l'espèce.

b) *La déclaration de 1992 peut-elle être considérée comme un acte juridique unilatéral au regard du droit international?*

120. Il semble évident qu'un acte accompli par un seul Etat ne peut en lui-même être qualifié d'acte unilatéral capable de produire des effets juridiques *in foro externo*. Le caractère unilatéral de l'acte n'est qu'un des éléments extrinsèques qui, associé à d'autres éléments, extrinsèques et intrinsèques, constitue un acte juridique unilatéral au regard du droit international.

121. Dans les circonstances de l'espèce, un certain nombre d'éléments revêtent une pertinence particulière. Le principal élément extrinsèque concerne la capacité des participants à la session conjointe de l'Assemblée de la RSFY, de l'Assemblée nationale de la République de Serbie et de l'Assemblée de la République du Monténégro d'accomplir des actes unilatéraux au sens du droit international. Cette session conjointe n'a pas été constituée en parlement de la République fédérative de Yougoslavie; il s'agissait d'un corps de représentants *in statu nascendi*. Même si, pour les besoins du débat, elle représentait le parlement, elle n'était pas à l'évidence un organe étatique possédant la capacité d'accomplir des actes unilatéraux au nom de l'Etat. S'agissant de la formulation d'actes juridiques unilatéraux, les représentants de l'Etat sont les chefs d'Etat, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères⁶. Cette règle a été confirmée dans la jurisprudence de la Cour (*Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 269-270, par. 49-51; *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. 622, par. 44; *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*

⁶ Article 4, Rapport sur les actes unilatéraux, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1998, vol. II (première partie), doc. A/CN.4/486; Nations Unies, doc. A/CN.4/500 et Add. 1.

Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II), p. 622, para. 44; *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2002*, pp. 21-22, para. 53; *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, I.C.J. Reports 2006*, p. 27, para. 46; see also *Legal Status of Eastern Greenland (Denmark v. Norway)*, *Judgment, 1933, P.C.I.J., Series A/B, No. 53*, p. 71). Consequently, it appears that the declaration, if designed as a unilateral legal act *in foro externo*, was issued by an incompetent organ under international law and, as such, produced no legal effects⁷.

122. True, the declaration, as the Court found, “was confirmed in an official Note of 27 April 1992 from the Permanent Mission of Yugoslavia to the United Nations, addressed to the Secretary-General” (*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. 610, para. 17). The word “confirmed” in the present context may have two meanings: a descriptive one in the sense that the letter from the Permanent Representative reproduced the text of the declaration and a meaning as a “*terminus technicus*”, signifying confirmation of a unilateral act of an unauthorized State organ. Neither of these two possible meanings of the word “confirmed” can be accepted *in concreto*. In respect of the descriptive meaning of the word “confirmed”, it is obvious that the Note from the Permanent Representative⁸ reproduces the text of the declaration only in part, i.e., citing only a small part thereof relating exclusively to legal identity and continuity.

By definition, the limited powers held by heads of permanent missions to international organizations, including permanent missions to the United Nations, negate the possibility of the official Note of the Permanent Mission of Yugoslavia of 27 April 1992 being understood as “con-

⁷ See Art. 4 (subsequent confirmation of an act formulated by a person not authorized for that purpose) in the Third Report of the Special Rapporteur, *Yearbook of the International Law Commission*, 2000, Vol. I, p. 96.

⁸ The text of the Note reads:

“The Assembly of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, at its session held on 27 April 1992, promulgated the Constitution of the Federal Republic of Yugoslavia. Under the Constitution, on the basis of the continuing personality of Yugoslavia and the legitimate decisions by Serbia and Montenegro to continue to live together in Yugoslavia, the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, consisting of the Republic of Serbia and the Republic of Montenegro.

Strictly respecting the continuity of the international personality of Yugoslavia, the Federal Republic of Yugoslavia shall continue to fulfil all the rights conferred to, and obligations assumed by, the Socialist Federal Republic of Yugoslavia in international relations, including its membership in all international organizations and participation in international treaties ratified or acceded to by Yugoslavia.” (United Nations doc. A/46/915, Ann. I.)

(*République démocratique du Congo c. Belgique*), arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 21-22, par. 53; *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002)* (*République démocratique du Congo c. Rwanda*), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 27, par. 46; voir également *Statut juridique du Groënland oriental (Danemark c. Norvège)*, arrêt, 1933, C.P.J.I. série A/B n° 53, p. 71). En conséquence, il apparaît que la déclaration, si on l'envisage comme un acte juridique unilatéral *in foro externo*, a été faite par un organe incompétent au regard du droit international et n'a de ce fait produit aucun effet juridique⁷.

122. Certes, la déclaration, comme l'a constaté la Cour, «a été confirmée dans une note officielle du 27 avril 1992 adressée au Secrétaire général par la mission permanente de la Yougoslavie auprès des Nations Unies» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 610, par. 17). Le mot «confirmée» dans le présent contexte peut avoir deux sens: un sens descriptif, à savoir que la lettre du représentant permanent reproduisait le texte de la déclaration, et un sens de «*terminus technicus*», renvoyant à la confirmation d'un acte unilatéral émanant d'un organe d'Etat non autorisé. Aucun de ces deux sens du mot «confirmée» ne peut être accepté *in concreto*. S'agissant du sens descriptif du mot «confirmée», il est évident que la note du représentant permanent⁸ ne reproduit le texte de la déclaration qu'en partie, c'est-à-dire qu'il ne cite qu'une petite partie de celle-ci qui a trait exclusivement à l'identité juridique et à la continuité.

Par définition, les pouvoirs limités des chefs de missions permanentes auprès des organisations internationales, y compris les missions permanentes auprès de l'Organisation des Nations Unies, excluent que la note officielle de la mission permanente de la Yougoslavie du 27 avril 1992 puisse

⁷ Voir article 4 (confirmation ultérieure d'un acte formulé par une personne non autorisée à cette fin) dans le troisième rapport du Rapporteur spécial, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2000, vol. I, p. 96.

⁸ Son texte est le suivant:

«L'Assemblée de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, à la session qu'elle a tenue le 27 avril 1992, a promulgué la Constitution de la République fédérale de Yougoslavie. Aux termes de la Constitution, et compte tenu de la continuité de la personnalité de la Yougoslavie et des décisions légitimes qu'ont prises la Serbie et le Monténégro de continuer à vivre ensemble en Yougoslavie, la République fédérative socialiste de Yougoslavie devient la République fédérale de Yougoslavie, composée de la République de Serbie et de la République du Monténégro.

Dans le strict respect de la continuité de la personnalité internationale de la Yougoslavie, la République fédérale de Yougoslavie continuera à exercer tous les droits conférés à la République fédérative socialiste de Yougoslavie et à s'acquitter de toutes les obligations assumées par cette dernière dans les relations internationales, y compris en ce qui concerne son appartenance à toutes les organisations internationales et sa participation à tous les traités internationaux que la Yougoslavie a ratifiés ou auxquels elle a adhéré.» (Nations Unies, doc. A/46/915, annexe I.)

firmation” of an act issued by an organ, if at the material point in time it was an organ incompetent under international law to perform legal acts on behalf of the State.

123. Hence the proper characterization of the Note of the Yugoslav Permanent Mission of 27 April 1992 is that of a *transmission* of the declaration, followed by the corresponding reproduction of a part of the declaration directly connected with the Federal Republic of Yugoslavia’s proclaimed legal identity with, and continuation of, the former SFRY vis-à-vis the United Nations.

124. This characterization of the Note of the Yugoslav Permanent Mission suggests that the declaration of 27 April 1992 and the Note of the Permanent Mission are two distinct, yet not totally separate acts, both by their nature and by their effects. For its part, the declaration is basically a general statement of policy with respect to matters directly or indirectly connected with the issue of the proclaimed legal identity and State continuity of the Federal Republic of Yugoslavia, while the Note seems to be primarily a notification in the standard sense. Evidence to this effect is found in the fact that the addressee of the Note was the Secretary-General, who was requested to circulate the declaration and the Note as an official document of the General Assembly⁹, whereas the declaration as such was addressed *urbi et orbi*.

(c) *The issue of intention*

125. The intention to produce a proper legal effect is a common element of unilateral legal acts. In that regard, unilateral acts are always a manifestation of the will of a State. However, the intention to produce legal consequences is not *per se* sufficient to give to unilateral act as such the character of legal undertaking.

In that respect, unilateral legal acts may be divided into two groups: unilateral legal acts which produce legal effects on its own, and unilateral legal acts which produce proper legal effects on the basis of acceptance or acquiescence by another State or States (paras. 126-128, and 134 below).

The 1992 declaration would represent, in that respect, a mixture of those two kinds of unilateral acts. Its point 4 might have legal effects on its own, and that would be the act of renouncing the territorial aspirations towards the neighbouring countries. The other points of the declaration would imply the acceptance or acquiescence of other States in order to produce proper legal effects.

126. It appears that in the 1996 Judgment, the majority applied mechanically the legal formula from the *Nuclear Tests* cases to point 1 of the declaration saying that:

“The Federal Republic of Yugoslavia, continuing the State, inter-

⁹ United Nations doc. A/46/915.

être interprétée comme la « confirmation » d'un acte formulé par un organe, si au moment pertinent il s'agissait d'un organe incompétent au regard du droit international pour accomplir des actes juridiques au nom de l'Etat.

123. De ce fait, il échet de conclure que la note de la mission permanente de la Yougoslavie en date du 27 avril 1992 était la *transmission* de la déclaration, suivie de la reproduction de la partie de la déclaration directement liée à l'identité juridique de la République fédérative de Yougoslavie avec l'ex-RSFY et à sa continuité avec celle-ci vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies.

124. Cette qualification de la note de la mission permanente de la Yougoslavie donne à penser que la déclaration du 27 avril 1992 et cette note sont deux actes distincts mais non totalement séparés, tant par leur nature que par leurs effets. La déclaration quant à elle est pour l'essentiel une déclaration de politique générale en ce qui concerne des questions directement ou indirectement liées à l'identité juridique et à la continuité d'Etat proclamées par la République fédérative de Yougoslavie, alors que la note semble être d'abord une notification au sens ordinaire du terme. Cela est attesté par le fait que le destinataire de la note est le Secrétaire général, qui est prié de distribuer la déclaration et la note comme document officiel de l'Assemblée générale⁹, tandis que la déclaration elle-même est adressée *urbi et orbi*.

c) *La question de l'intention*

125. L'intention de produire un effet juridique est un élément commun des actes juridiques unilatéraux. A cet égard, les actes juridiques sont toujours une manifestation de la volonté de l'Etat. L'intention de produire des effets juridiques n'est toutefois pas suffisante à elle seule pour donner à un acte unilatéral le caractère d'un engagement juridique.

A cet égard, les actes juridiques unilatéraux peuvent être divisés en deux groupes: les actes juridiques unilatéraux qui produisent des effets juridiques par eux-mêmes, et les actes juridiques unilatéraux qui produisent des effets juridiques sur la base de l'acceptation ou de l'acquiescement d'un ou plusieurs autres Etats (par. 126-128 et 134 ci-dessous).

La déclaration de 1992 est de ce point de vue une combinaison de ces deux types d'actes unilatéraux. Son point 4 pourrait avoir des effets juridiques par lui-même, car il représenterait l'acte de renoncer à des aspirations territoriales sur les pays voisins. Les autres points de la déclaration supposeraient, pour produire des effets juridiques appropriés, l'acceptation ou l'acquiescement d'autres Etats.

126. Il semble que, dans l'arrêt de 1996, la majorité a appliqué mécaniquement au point 1 de la déclaration la formule juridique tirée des affaires des *Essais nucléaires*:

« La République fédérative de Yougoslavie, assurant la continuité

⁹ Nations Unies, doc. A/46/915.

national legal and political personality of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, shall strictly abide by all the commitments that the Socialist Federal Republic of Yugoslavia assumed internationally.” (*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. 610, para. 17.)

That formula could not be applied to the declaration.

127. The well-known dictum of the Court in the *Nuclear Tests* cases reads as follows:

“It is well recognized that declarations made by way of unilateral acts, concerning legal or factual situations, may have the effect of creating legal obligations. Declarations of this kind may be, and often are, very specific. When it is the intention of the State making the declaration that it should be bound according to its terms, that intention confers on the declaration the character of a legal undertaking, the State being thenceforth legally required to follow a course of conduct consistent with the declaration. An undertaking of this kind, if given publicly, and with an intent to be bound, even though not made within the context of international negotiations, is binding.” (*Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 267, para. 43; *Nuclear Tests (New Zealand v. France), ibid.*, p. 472, para. 46.)

In the *Nuclear Tests* cases the act in issue was a unilateral legal act capable of producing legal effect of its own, being an expression of “the power of auto-limitation which States enjoyed under international law, in other words, their ability in the exercise of their sovereignty to subject themselves to international legal obligations” (see V. Rodríguez Cedeño, Special Rapporteur, *Yearbook of the International Law Commission*, 1998, Vol. II, Part Two, p. 53, para. 140).

128. The 1992 declaration, although being a unilateral act, is not capable of producing legal effects *per se*, without the acceptance by other States. The continuity claim on which it was based — “continuing the State, international legal and political personality of the SFRY, [it] shall strictly abide by all the commitments that the SFRY assumed internationally” — had to be, as such, accepted by the international community in order for the relevant part of the declaration to produce legal effects. Otherwise, the 1996 Judgment would create a general principle, according to which any interested State could determine, in the form of a unilateral act, its objective legal status in terms of the dichotomy continuator State/successor State, including its membership in the international organizations. For, in the very point of the declaration in which its authors said that the FRY “shall strictly abide by all the commitments that the SFRY assumed internationally” it is also said that the FRY is

de l'Etat et de la personnalité juridique et politique internationale de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, respectera strictement tous les engagements que la République fédérative socialiste de Yougoslavie a pris à l'échelon international.» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 610, par. 17.)

Cette formule ne pouvait être appliquée à la déclaration.

127. Le *dictum* bien connu de la Cour dans les affaires des *Essais nucléaires* se lit comme suit :

«Il est reconnu que des déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux et concernant des situations de droit ou de fait peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques. Des déclarations de cette nature peuvent avoir et ont souvent un objet très précis. Quand l'Etat auteur de la déclaration entend être lié conformément à ses termes, cette intention confère à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique, l'Etat intéressé étant désormais tenu en droit de suivre une ligne de conduite conforme à sa déclaration. Un engagement de cette nature, exprimé publiquement et dans l'intention de se lier, même hors du cadre de négociations internationales, a un effet obligatoire.» (*Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 267, par. 43; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), ibid.*, p. 472, par. 46.)

Dans les affaires des *Essais nucléaires*, l'acte en cause était un acte juridique unilatéral capable de produire des effets juridiques par lui-même, étant l'expression du «pouvoir d'autolimitation que le droit international conférerait aux Etats, en d'autres termes, la possibilité que ceux-ci avaient, dans l'exercice de leur souveraineté, de se soumettre à des obligations juridiques internationales» (voir V. Rodríguez Cedeño, rapporteur spécial, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1998, vol. II (deuxième partie), p. 53, par. 140).

128. La déclaration de 1992, bien qu'elle soit un acte unilatéral, ne peut par elle-même produire des effets juridiques sans l'acceptation d'autres Etats. La revendication de continuité sur laquelle elle reposait — «assurant la continuité de l'Etat et de la personnalité juridique et politique internationale de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, [elle] respectera strictement tous les engagements que la République fédérative socialiste de Yougoslavie a pris à l'échelon international» — devait être, en tant que telle, acceptée par la communauté internationale pour que ses passages pertinents produisent des effets juridiques. A défaut, l'arrêt de 1996 créerait un principe général selon lequel tout Etat intéressé pourrait décider, par un acte unilatéral, de son statut juridique objectif du point de vue de la dichotomie Etat continuateur/Etat successeur, y compris sa qualité de membre des organisations internationales. Car, dans le paragraphe même de la déclaration dans lequel les auteurs

“remaining bound by all obligations to international organizations and institutions whose member it is” including “particularly the United Nations and its specialized agencies”.

However, the continuity claim as a legal basis of the declaration was not generally accepted. That appears to be a matter of common knowledge.

(d) *Whether the “intention of the FRY” is separable from the continuity condition?*

129. The idea which is underlying the majority reasoning is that the “intention of the FRY to abide by all the commitments that the SFRY assumed internationally” is separable from the continuity condition since it was not expressed in explicit terms. It implies that the continuity premise, since it was not explicitly formulated in terms of the condition of validity of the declaration, represents, in fact, only a motif for its adoption, which would *per se* be irrelevant.

130. In the light of the text of the declaration, the idea seems abstract and divorced from its natural and ordinary meaning. The undertaking “shall strictly abide by all the commitments that the SFRY assumed internationally” is given by the FRY as “continuing the State, international legal and political personality of the SFRY”. Relevant in that sense are also the *travaux préparatoires* of the declaration. At the meeting of the Federal Chamber of the Assembly of the SFRY held on 27 April 1992, which proclaimed the Constitution of the FRY, the President of the Assembly of Serbia emphasized, in his introductory speech *inter alia* that “*Serbia and Montenegro do not recognize that Yugoslavia is abolished and ceased to exist*” (*Politika*, Belgrade, 28 April 1992, p. 6; emphasis added). Another opening speaker, the President of the Assembly of Montenegro, pointed out, *inter alia*, that Serbia and Montenegro were “the only States which brought their statehood with them on the creation of Yugoslavia and *decided to constitutionally rearrange the former Yugoslavia*” (*ibid.*; emphasis added).

That fact was not contested by the then Applicant — Bosnia and Herzegovina — which asserted that “it is on the basis of this alleged ‘continuity’ that Yugoslavia (Serbia and Montenegro) considers itself to be bound by all international commitments undertaken by the former SFRY” (Memorial, p. 160, para. 4.2.2.11).

131. As such, it is a declaration of continuity out of which comes *ex lege* that the FRY strictly abides by the commitments assumed by the SFRY. The wording “abide by all the commitments that the SFRY assumed internationally” is, in fact, a claim for legal identity

déclarent que la RFY «respectera strictement tous les engagements que la République fédérative socialiste de Yougoslavie a pris à l'échelon international», il est aussi indiqué que la RFY «[rest]e liée par toutes ses obligations vis-à-vis des organisations et institutions internationales auxquelles elle appartient», notamment «l'Organisation des Nations Unies et ... ses institutions spécialisées».

Or la revendication de continuité en tant que fondement juridique de la déclaration n'a pas été généralement acceptée. Cela semble être de notoriété publique.

d) *L'«intention de la RFY» est-elle séparable de la condition de continuité?*

129. L'idée qui sous-tend le raisonnement de la majorité est que «l'intention de la RFY de respecter tous les engagements que la RSFY a pris à l'échelon international» est séparable de la condition de continuité puisque celle-ci n'a pas été exprimée expressément. Cela implique que le postulat de la continuité, puisqu'il n'a pas été expressément formulé comme une condition de la validité de la déclaration, ne représente en fait qu'un des motifs de l'adoption de celle-ci, ce qui serait en soi dénué de pertinence.

130. Eu égard au texte de la déclaration, l'idée semble abstraite et dissociée de son sens ordinaire et naturel. La RFY prend l'engagement de «respect[er] strictement tous les engagements que la République fédérative socialiste de Yougoslavie a pris à l'échelon international» en «assurant la continuité de l'Etat et de la personnalité juridique et politique internationale de la République fédérative socialiste de Yougoslavie». Les travaux préparatoires de la déclaration sont également pertinents à cet égard. Le 27 avril 1992, à la réunion de la Chambre fédérale de l'Assemblée de la RSFY, lors de laquelle la Constitution de la RFY a été proclamée, le président de l'Assemblée de Serbie a souligné, dans son allocution liminaire, que «*la Serbie et le Monténégro ne reconnaissent pas que la Yougoslavie est dissoute et a cessé d'exister*» (*Politika*, Belgrade, 28 avril 1992, p. 6; les italiques sont de moi). Un autre orateur, le président de l'Assemblée du Monténégro, a notamment souligné que la Serbie et le Monténégro étaient «les seuls Etats qui avaient la qualité d'Etat lors de la création de la Yougoslavie et *ont décidé de remanier constitutionnellement l'ex-Yougoslavie*» (*ibid.*; les italiques sont de moi).

Ce fait n'était pas contesté par l'Etat qui était alors demandeur — la Bosnie-Herzégovine —, soulignant que «c'est en se fondant sur cette «continuité» présumée que la Yougoslavie (Serbie et Monténégro) se considère comme liée par tous les engagements internationaux pris par l'ex-RSFY» (mémoire, p. 160, par. 4.2.2.11).

131. Ainsi, il s'agit d'une déclaration de continuité dont il découle *ex lege* que la RFY respecte strictement les engagements pris par la RSFY. La formule «respectera tous les engagements que la RSFY a pris au plan international» est, en fait, une revendication d'identité

with the SFRY which, by itself, represents the basis and substance of the continuity as the operational, functioning side of a single institution.

132. In the 1992 declaration, the continuity claim is an inherent condition, its *rationale* and the element permeating the declaration as a whole. It is more than a formal condition, for the declaration would be devoid of substance without the continuity claim. If the declaration was intended to produce legal effects irrespective of continuity, these effects would have been expressed as the confirmation or safeguarding of rights and obligations created by the treaty commitments of the SFRY rather than, as inferred by the Court itself, in terms to “remain bound by the international treaties to which the former Yugoslavia was party” (*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. 610, para. 17; emphasis added).

133. The idea of the separability of the intention of the FRY to abide by all the commitments of the SFRY and the continuity premise is sharply, almost irreconcilably opposed also to the rules of interpretation of unilateral legal acts of States, well settled in the jurisprudence of the Court. Where unilateral acts of States are to be interpreted, “declarations. . . are to be read as a whole” (*Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada), Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 454, para. 47; emphasis added) and “interpreted as a unity” (*ibid.*, p. 453, para. 44; emphasis added). Further, unilateral acts “must be interpreted as [they stand,] having regard to the words actually used” (*Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1952*, p. 105). Finally, when States “make statements by which their freedom of action is to be limited, a restrictive interpretation is called for” (*Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 267, para. 44; *Nuclear Tests (New Zealand v. France), ibid.*, p. 473, para. 47; emphasis added).

134. The intention of the authors of the acts, incapable of producing legal effects *per se* made in treaty pattern, is of a specific nature. Regarding that particular group of unilateral acts, the consideration of the Court in the *Nuclear Tests* cases, that “nothing in the nature of a *quid pro quo* nor any subsequent acceptance of the declaration, nor even any reply or reaction from other States, is required for the declaration to take effect” (*I.C.J. Reports 1974*, p. 267, para. 43) does not stand. For, the object of unilateral acts made in treaty pattern, is not an obligation *stricto sensu*, by way of which the authors limit themselves in the exercise of its sovereignty, but a synallagmatic obligation immanent to treaties. As regards those kind of unilateral legal acts, the intention is only the *cause* which must be accompanied by a proper treaty action in order to produce the intended effects (para. 153 below). If not, the

juridique avec la RSFY, qui en elle-même représente le fondement et la substance de la continuité en tant qu'aspect opérationnel d'une institution unique.

132. La continuité est une condition intrinsèque de la déclaration de 1992, sa raison d'être et l'élément qui l'imprègne dans son ensemble. C'est davantage qu'une condition formelle, car la déclaration serait vidée de sa substance en l'absence de la revendication de continuité. Si la déclaration visait à produire des effets juridiques indépendamment de la continuité, ces effets auraient été exprimés comme la confirmation ou la préservation des droits et obligations créés par les engagements conventionnels de la RSFY et non, ainsi que la Cour l'a elle-même déduit, comme l'intention de «*demeurer liée* par les traités internationaux auxquels l'ex-Yougoslavie était partie» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 610, par. 17; les italiques sont de moi).

133. L'idée de la séparabilité de l'intention de la RFY de respecter tous les engagements de la RSFY et du postulat de la continuité s'oppose de manière frappante aux règles d'interprétation des actes juridiques unilatéraux des Etats bien établies dans la jurisprudence de la Cour et est presque inconciliable avec celles-ci. S'agissant d'interpréter les actes unilatéraux des Etats, «*les déclarations ... doivent être considérées comme un tout*» (*Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 454, par. 47; les italiques sont de moi) et «*interprétées comme formant un tout*» (*ibid.*, p. 453, par. 44; les italiques sont de moi). De plus, les actes unilatéraux «*peuvent être interprét[és tels qu'ils se présentent], en tenant compte des mots effectivement employés*» (*Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1952*, p. 105). Enfin, lorsque des Etats «*font des déclarations qui limitent leur liberté d'action future, une interprétation restrictive s'impose*» (*Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 267, par. 44; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), ibid.*, p. 473, par. 47; les italiques sont de moi).

134. L'intention des auteurs d'actes incapables de produire des effets juridiques par eux-mêmes formulés sous la forme de traités a un caractère spécifique. S'agissant de ce groupe particulier d'actes unilatéraux, la considération retenue par la Cour dans les affaires des *Essais nucléaires*, à savoir qu'«*aucune contrepartie n'est nécessaire pour que la déclaration prenne effet, non plus qu'une acceptation ultérieure ni même une réplique ou une réaction d'autres Etats*» (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 267, par. 43), ne tient pas. En effet, l'objet des actes unilatéraux qui prennent la forme conventionnelle n'est pas une obligation *stricto sensu* par laquelle les auteurs limitent eux-mêmes l'exercice de leur souveraineté, mais une obligation synallagmatique inhérente aux traités. S'agissant de ce type d'actes juridiques unilatéraux, l'intention est seulement la *cause* qui doit être accompagnée d'une action conventionnelle appropriée pour produire les effets

fundamental principle *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* would be infringed.

(e) *The effects of the 1992 declaration*

135. The intention of the authors of the 1992 declaration seems clear on the face of the declaration itself. In its preamble it is said that the participants in the Joint Session of the Assembly of the SFRY, the National Assembly of the Republic of Serbia, and the Assembly of the Republic of Montenegro, as its authors, “wish to state in this Declaration *their views* on the basic, immediate and lasting *objectives of the policy* of their common state, and on its relations with the former Yugoslav Republics” (emphasis added). In that respect, it can be compared with the communication of the Junta of the Government of National Reconstruction of Nicaragua to the Secretary-General of the Organization of American States, accompanied by the “Plan to secure peace” which the Court in the *Nicaragua* case determined as

“This part of the resolution is a *mere statement* which does not comprise any formal offer which if accepted would constitute a promise in law, and hence a legal obligation. . . an *essentially political pledge*, made not only to the Organization, but also to the people of Nicaragua, intended to be its first beneficiaries” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 132, para. 261; emphasis added).

136. It should be noted that the declarations of the Assembly in the constitutional system of Yugoslavia have, since its foundation, been treated as general political acts having for its object the issues not included in the competence of the Assembly (M. Snuderl, *Constitutional Law*, Ljubljana, Vol. II, 1957, p. 47; A. Fira, *Constitutional Law*, Belgrade, 1977, p. 381).

(f) *Could the 1992 declaration be considered a notification of succession?*

137. The majority treats the 1992 declaration in a specific way, different from that implemented in the 1996 and 2007 Judgments. While in the 1996 and the 2007 Judgments the 1992 declaration is perceived as a unilateral legal act producing *per se* effects in terms of the determination of the FRY as a party to the Genocide Convention, in the present Judgment the declaration is put in a broader context of the succession in respect of treaties. Basically, the majority treats it as a notification of succession. And the succession itself, in respect of treaties, is in the majority reasoning, coloured by the logic of automatic succession without speaking its name.

visés (par. 153 ci-dessous). A défaut, il serait porté atteinte au principe fondamental exprimé par la maxime *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*.

e) *Les effets de la déclaration de 1992*

135. L'intention des auteurs de la déclaration de 1992 semble claire à la lecture de la déclaration elle-même. Celle-ci indique dans son préambule que les participants à la session conjointe de l'Assemblée de la RSFY, de l'Assemblée nationale de la République de Serbie et de l'Assemblée de la République du Monténégro, ses auteurs, «souhaitent exprimer leurs vues sur les *objectifs* fondamentaux, immédiats et à long terme de la *politique* de leur Etat commun, ainsi que sur ses relations avec les anciennes républiques yougoslaves» (les italiques sont de moi). A cet égard, elle peut être comparée à la communication adressée par la junte du Gouvernement de reconstruction nationale du Nicaragua au Secrétaire général de l'Organisation des Etats américains, accompagnée d'un «plan de paix», dont la Cour a déclaré dans l'affaire du *Nicaragua*:

«Cette partie de la résolution n'est qu'une *simple déclaration* ne comportant pas d'offre formelle pouvant constituer, par son acceptation, une promesse en droit et donc une obligation juridique ... une *promesse essentiellement politique*, faite non seulement à l'Organisation mais aussi au peuple du Nicaragua, qui devait en être le premier bénéficiaire» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 132, par. 261; les italiques sont de moi).

136. Il convient de noter que les déclarations de l'Assemblée, dans le système constitutionnel yougoslave ont, depuis la fondation du pays, été considérées comme des actes de politique générale ayant pour objet les questions qui ne relèvent pas de la compétence de l'Assemblée (M. Snuderl, *Constitutional Law*, Ljubljana, vol. II, 1957, p. 47; A. Fira, *Constitutional Law*, Belgrade, 1977, p. 381).

f) *La déclaration de 1992 peut-elle être considérée comme une notification de succession?*

137. La majorité envisage la déclaration de 1992 d'une manière bien précise, qui diffère de la conception qu'elle en avait dans les arrêts de 1996 et 2007. Si, dans ces arrêts, la déclaration de 1992 est considérée comme un acte juridique unilatéral produisant par lui-même des effets concluants quant à la qualité de la RFY de partie à la convention sur le génocide, dans le présent arrêt la déclaration est placée dans le contexte plus large de la succession en matière de traités. Fondamentalement, la majorité la considère comme une notification de succession. Et la succession elle-même, en matière de traités, est, selon le raisonnement de la majorité, colorée par la logique d'une succession automatique qui ne dit pas son nom.

138. In that regard, the majority finds that:

“In the case of succession or continuation on the other hand, the act of will of the State relates to an already existing set of circumstances, and amounts to a recognition by that State of certain legal consequences flowing from those circumstances, so that any document issued by the State concerned, being essentially confirmatory, may be subject to less rigid requirements of form.” (Judgment, para. 109.)

And, further, that the idea is reflected in:

“Article 2 (*g*) of the 1978 Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties . . . defining a ‘notification of succession’ as meaning ‘in relation to a multilateral treaty, *any notification, however framed or named*, made by a successor State expressing its consent to be considered as bound by the treaty’” (*ibid.*).

139. It appears, however, that “any document issued by the State” (*ibid.*), may, as a matter of law, mean only the document issued by an organ competent under international law to act on behalf of a State. The principle seems to be generally recognized in international law (Head of State principle).

140. The majority interprets “being. . . confirmatory” (*ibid.*) in the context of “an already existing set of circumstances. . . [as amounting] to a recognition by that State of certain legal consequences flowing from those circumstances” (*ibid.*). Further, that the 1992 declaration referred “to a class of instruments which was perfectly ascertainable. . . the treaty ‘commitments’. . . the Genocide Convention was one of these ‘commitments’” (*ibid.*, para. 108.)

141. The finding, it seems, starts from the perception of notification of succession as confirmation that the Respondent is bound by a “perfectly ascertainable” (*ibid.*) class of instruments which includes the Genocide Convention, on the basis of law (*plein du droit*).

True, such an understanding might correspond to the grammatical meaning of Article 34 of the Convention on Succession of States in respect of Treaties which is, however, substantially modified in the practice of States. None of the successor States, following the entry into force of the Convention, acted in the way implying that the notification of succession meant confirmation that the transfer of rights and obligations of the predecessor State occurred *ipso jure*. The majority itself does not refer to any practice in that regard. Successor States, most of them being at the same time Contracting Parties to the Convention on Succession of States in respect of Treaties, treated the continuity rule provided in its Article 34 “only as main and general flexible rule covering everything that has emerged in the region involving State succession” (H. Bokor-Szego, “Questions of State Identity and State Succession in Eastern and Central Europe”, *Succession of States*, 1999, ed., by M. Mrak, pp. 104-105). The

138. A cet égard, la majorité conclut :

« Dans le cas de la succession ou de la continuité, en revanche, l'acte de volonté de l'Etat s'inscrit dans un contexte préexistant et revient pour l'Etat intéressé à reconnaître que certaines conséquences juridiques découlent dudit contexte, de sorte que tout document produit par cet Etat peut, dès lors qu'il s'agit essentiellement d'une confirmation, être soumis à des exigences formelles moins rigoureuses. » (Arrêt, par. 109.)

Et elle indique, en outre, que cette idée trouve son expression :

« à l'article 2 g) de la convention de Vienne de 1978 sur la succession d'Etats en matière de traités, qui définit la « notification de succession » comme s'entendant, « par rapport à un traité multilatéral, d'une notification, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un Etat successeur, exprimant le consentement de cet Etat à être considéré comme étant lié par le traité » » (*ibid.*).

139. Il apparaît toutefois que « tout document produit par [l']Etat » (*ibid.*) peut, en droit, signifier uniquement un document produit par un organe compétent au regard du droit international pour agir au nom de l'Etat. Ce principe semble être généralement reconnu en droit international (principe du chef de l'Etat).

140. Selon la majorité, le fait qu'« il s'agit ... d'une confirmation » (*ibid.*) s'inscrivant « dans un contexte préexistant [revient] pour l'Etat intéressé à reconnaître que certaines conséquences juridiques découlent dudit contexte » (*ibid.*). De plus, elle conclut que la déclaration de 1992 renvoyait « à une catégorie d'instruments qui était ... parfaitement identifiable, à savoir celle des « engagements » conventionnels ... la convention sur le génocide était l'un de ces « engagements » » (*ibid.*, par. 108).

141. Il semble que cette conclusion tient à ce que la notification de succession est perçue comme confirmant que le défendeur est lié par une catégorie d'instruments « parfaitement identifiable » (*ibid.*) dont la convention sur le génocide fait partie, de plein droit.

Certes, cette interprétation correspond peut-être au sens grammatical de l'article 34 de la convention sur la succession d'Etats en matière de traités, mais la pratique des Etats s'en écarte très sensiblement. Aucun des Etats successeurs, après l'entrée en vigueur de cette convention, n'a agi de manière impliquant que la notification de succession devait s'entendre comme la confirmation du fait que le transfert des droits et obligations de l'Etat prédécesseur s'était produit de plein droit. La majorité elle-même ne cite aucune pratique en ce sens. Les Etats successeurs, dont la plupart sont dans le même temps des parties contractantes à la convention sur la succession d'Etats en matière de traités, considèrent la règle de la continuité énoncée à l'article 34 uniquement comme « principale règle, générale et souple, couvrant tout ce qui s'est passé dans la région en matière de succession d'Etat » (H. Bokor-Szego, « Questions of State Identity and State Succession in Eastern and Central Europe », *Succes-*

residual and *jus dispositivum* nature of the rules on succession on the one hand, and the general notion of succession of States given in Article 2, paragraph 1 (*b*), of the Convention, leaving aside any connotation of inheritance of rights and obligations on the occurrence of change of sovereignty, on the other, give supportive force to such practice of successor States.

142. The majority has made an impressive effort to construct conditions for the application of the *Mavrommatis* principle as it sees it, in order to escape the inescapable — to consider the relationship of the Respondent vis-à-vis the Genocide Convention within the general law on succession of States in respect of treaties. For that purpose it resorts to the inversed order of examination of the Applicant's contentions, by first examining the alternative contention regarding the 1992 declaration, with the explanation that

“if Croatia's contentions as to the effect of the declaration and Note are accepted, the need does not arise for the Court further to address the arguments put to it by the Parties concerning the rules of international law governing State succession to treaties including the question of *ipso jure* succession to some multilateral treaties” (Judgment, para. 101).

However, Croatia's contentions as to the effect of the 1992 declaration have been designed within the law on succession. Counsel for the Applicant pointed out, *inter alia*, that

“The famous letter [Note] the Respondent sent to the Secretary-General on 27 April 1992 was not an offer to those States who agreed with the FRY's continuity thesis that the FRY would not commit genocide or otherwise breach its treaty obligations. It was neither relative nor qualified. Nor was it expressed to be prospective; it was drafted. . . in terms of continuity. *The Respondent was a party by succession to the Genocide Convention from the beginning of its existence as a State.*” (CR 2008/11, p. 9, para. 7 (Crawford); emphasis added. See also Written Statement of Croatia, p. 3; Preliminary Objections of Serbia, Ann. 7.)

As the Applicant sees succession as “a distinct mode of transmission of treaty obligations. . . retrospective to the commencement of the successor State” (CR 2008/11, p. 9, para. 8 (Crawford)), it is obvious that one is dealing here with automatic succession.

143. Moreover, the majority itself suggests that the FRY acquired the status of party to the Convention by a process that is to be regarded as succession. True, in its *conclusio* the majority finds that “both the text of the declaration and Note of 27 April 1992, and the consistent conduct of the FRY at the time of its making and throughout the years 1992-2001” (Judgment, para. 117) by its combined effects make the Respondent a Contracting Party to the Genocide Convention as from 1992. However,

sion of States, 1999, M. Mrak (dir. publ.), p. 104-105). La nature résiduelle et le *jus dispositivum* des règles de la succession d'une part, et la notion générale de succession d'Etats énoncée au paragraphe 1 *b*) de l'article 2 de la Convention, en laissant de côté toute connotation de dévolution de droits et d'obligations lors du changement de souveraineté de l'autre, étayaient cette pratique des Etats successeurs.

142. La majorité a fait un effort impressionnant pour interpréter les conditions d'application du principe *Mavrommatis* tel qu'elle le conçoit, en vue d'éviter l'inévitable — envisager la relation du défendeur à l'égard de la convention sur le génocide dans le cadre du droit général de la succession d'Etats en matière de traités. A cette fin, elle inverse l'ordre dans lequel les arguments du demandeur devraient être examinés, en examinant d'abord l'argument subsidiaire relatif à la déclaration de 1992, et explique que

«s'il est fait droit à la thèse de la Croatie relative à l'effet de la déclaration et de la note, la Cour n'aura pas besoin d'examiner plus avant les arguments que lui ont présentés les Parties au sujet des règles du droit international régissant la succession d'Etats aux traités, y compris la question de la succession *ipso jure* à certains traités multilatéraux» (arrêt, par. 101).

Les arguments de la Croatie quant à l'effet de la déclaration de 1992 ont toutefois été formulés dans le cadre du droit de la succession. Le conseil du demandeur a notamment fait observer ce qui suit:

«La fameuse lettre [note] que le défendeur a adressée le 27 avril 1992 au Secrétaire général n'était pas une promesse, faite aux Etats qui acceptaient la thèse de la continuité de la RFY, selon laquelle la RFY ne commettrait pas de génocide ou d'autres actes contraires aux obligations conventionnelles de la RSFY. Elle n'était ni relative ni conditionnelle. Elle n'était pas non plus exprimée en termes prospectifs; elle était rédigée en termes de continuité. *Le défendeur était partie à la convention sur le génocide par l'effet de la succession dès le début de son existence en tant qu'Etat.*» (CR 2008/11, p. 9, par. 7 (Crawford); les italiques sont de moi. Voir également exposé écrit de la Croatie, p. 3; exceptions préliminaires de la Serbie, annexe 7.)

Comme le demandeur conçoit la succession comme «un mode distinct de participation à un traité ... qui rétroagit à la naissance de l'Etat successeur» (CR 2008/11, p. 9, par. 8 (Crawford)), il est évident qu'on a affaire ici à une succession automatique.

143. De plus, la majorité elle-même indique que la RFY a acquis le statut de partie à la Convention par un processus devant être considéré comme une succession. Certes, dans sa *conclusio* la majorité juge que «la teneur de la déclaration et de la note du 27 avril 1992 ainsi que [le] comportement concordant de la RFY tant au moment de leur rédaction que tout au long des années 1992 à 2001» (arrêt, par. 117) font du défendeur, par leur effet combiné, une partie à la convention sur le génocide à comp-

the element “conduct of the FRY” could hardly have any substantial role (paras. 160-166 below), which is also attested to by the final position of the majority to the effect that “the 1992 declaration and Note *had the effect of a notification of succession by the FRY to the SFRY in relation to the Genocide Convention* (Judgment, para. 117; emphasis added).

144. It appears indisputable that, before the adoption of the Convention on Succession of States in respect of Treaties, it is not possible to speak of automatic succession in terms of customary law. As an Expert Consultant of the Conference, Sir Francis Vallet, emphasized:

“The rule [in Article 2 — Succession of States in cases of separation of parts of a State — corresponding to Article 34] was not based either on established practice or on precedent, it was a matter of the progressive development of international law rather than of codification.” (Summary Records, Committee of the Whole, 48th meeting, 8 August 1978, doc. A/CONF.80/16/Add.1, p. 105, para. 10.)

The automatic succession as a rule of customary law began to be discussed after the 1990s, with reference to the practice of the successor States of the USSR, the Czechoslovak Socialist Republic and the SFRY and the related pronouncements of some human rights bodies, in particular the Human Rights Committee.

However, what is involved here is a theory, a construction *de lege ferenda* without foundation in practice. The allegedly consistent practice in that regard is the result of a creative interpretation exceeding the permissible interpretative framework. Even if the practice of the successor States was most consistent, the question of *opinio juris* remains open, because a good part of that practice has been modelled under the influence of conditional recognition, which also implied the acceptance of the standard of respect for human rights¹⁰, practised as regards those successor States.

145. It appears that none of the successor States applied the practice of confirmatory notification in a generalized form, which alone perfectly corresponds with the conception of the *ipso jure* transfer of the rights and obligations from the predecessor State to the successor State (s), but declared themselves bound by the treaties of their predecessor State in their own name, applying different modalities. Besides, universal succession implies not only *ipso jure* transfer of treaty rights and obligations, but transfer *uno actu* comprising *all* the treaty rights and obligations of the predecessor State, together with the reservations made, excluding boundary treaties or territorial settlement. The fact that the modalities

¹⁰ “Guidelines for the Recognition of New States in Eastern Europe”, *International Legal Materials*, Vol. 31 (November 1992), pp. 1485-1487.

ter de 1992. Toutefois, l'élément «comportement de la RFY» ne peut guère avoir joué un rôle substantiel (par. 160-166 ci-dessous), ce qui est aussi attesté par la position finale de la majorité, à savoir que «la déclaration et la note de 1992 ont eu l'effet d'une notification de succession de la RFY à la RSFY à l'égard de la convention sur le génocide» (arrêt, par. 117; les italiques sont de moi).

144. Il semble incontestable qu'avant l'adoption de la convention sur la succession d'Etats en matière de traités il n'était pas possible de parler de succession automatique au regard du droit coutumier. Comme l'a souligné sir Francis Vallet, expert consultant de la conférence :

«La règle [énoncée à l'article 2 — Succession d'Etats en cas de séparation de parties d'un Etat — correspondant à l'article 34] ne reposait ni sur la pratique établie ni sur la jurisprudence, elle relevait du développement progressif du droit international et non de sa codification.» (Comptes rendus analytiques, Commission plénière, quarante-huitième séance, 8 août 1978, doc. A/CONF.80/16/Add.1, p. 105, par. 10.)

Il a commencé à être question de la succession automatique en tant que règle du droit coutumier à la fin des années quatre-vingt-dix, au sujet de la pratique des Etats successeurs de l'URSS, de la République socialiste de Tchécoslovaquie et de la RSFY, et des déclarations y afférentes de certains organes créés par des traités relatifs aux droits de l'homme, en particulier le Comité des droits de l'homme.

Toutefois, ce dont il s'agit ici est une théorie, une interprétation *de lege ferenda* sans fondement aucun dans la pratique. La pratique constante alléguée à cet égard est le résultat d'une interprétation créative sortant du cadre de ce qui est permis en la matière. Même si la pratique des Etats successeurs était très constante, la question de l'*opinio juris* demeure ouverte, parce qu'une bonne part de cette pratique s'est constituée sous l'influence de la reconnaissance conditionnelle, qui impliquait aussi l'acceptation de la norme en matière de respect des droits de l'homme¹⁰ établie en ce qui concerne ces Etats successeurs.

145. Il semble qu'aucun des Etats successeurs n'ait utilisé la pratique de la notification confirmatoire d'ordre général, qui seule correspond parfaitement à la conception du transfert de plein droit des droits et obligations de l'Etat prédécesseur à l'Etat ou aux Etats successeurs, et que tous se soient déclarés liés par les traités de leur Etat prédécesseur en leur nom propre, selon des modalités différentes. Par ailleurs, la succession universelle implique non seulement un transfert *ipso jure* de droits et obligations conventionnels, mais aussi un transfert *uno ictu* comprenant *tous* les droits et obligations conventionnels de l'Etat prédécesseur, avec les réserves qu'il a formulées, à l'exclusion des traités frontaliers ou portant

¹⁰ «Guidelines for the Recognition of New States in Eastern Europe», *International Legal Materials*, vol. 31, novembre 1992, p. 1485-1487.

applied have, or may have, the effect of a *continuum* of treaty rights and obligations does not mean automatic succession — although it is implied — because that *continuum* is created not by the operation of the rule of international law (*ipso jure*) but by the will of the successor State. It is difficult, *exempli causa*, to qualify the notification of succession of Bosnia and Herzegovina of 29 December 1992 in terms of automatic succession if it states that “*having considered* the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 9 December 1948 to which the former SFRY was a party, *wishes to succeed* to the same” (Communication from the Secretary-General of the United Nations dated 18 March 1993 (ref. C.N. 451-1992, Treaties 5 (Depositary Notification)), entitled “Succession by Bosnia and Herzegovina”; emphasis added).

146. In that crucial point which is, in fact, the point of differentiation between automatic succession and succession of treaties of the predecessor State by the will of the successor State, the practice of the successor States seems consistent.

The Minsk Accords of 8 December 1991, signed by Russia, Belarus and Ukraine, providing for the unconditional commitment to honour treaty obligations of the USSR, appeared to lay conventional foundations for universal succession of the treaties of the former USSR. However, the subsequent Alma-Ata Accords modified the commitment to fulfil treaty obligations of the former Soviet Union to the extent that such continuation was “in accordance with constitutional procedures” of the successor State (P. R. Williams, “The Treaty Obligations of the Successor States of the Former Soviet Union, Yugoslavia and Czechoslovakia: Do They Continue in Force?”, 23 *Denver Journal of International Law and Policy* 1, 1994-1995, pp. 22-23; see also R. Mullerson, “The Continuity and Succession of States by Reference to the Former USSR and Yugoslavia”, 42 *International and Comparative Law Quarterly*, 1993, p. 479). Acting on that basis, the Baltic republics opted to accede to conventions of the USSR in their own right (J. Klabbbers, “State Succession and Reservations to Treaties”, in J. Klabbbers and R. Lefeber, *Essays on the Law of Treaties*, 1998, p. 111), while Moldova, Uzbekistan and Turkmenistan explicitly adopted the clean State model (B. Stern, “Rapport préliminaire sur la succession d’Etats en matière de traités” (Report submitted to the International Law Association’s Committee on Aspects of the Law of State Succession for the 1996 Helsinki Conference), p. 675). Turkmenistan, Kazakhstan, Kyrgyzstan and Tajikistan issued notifications of succession in their own right, without any reference to reservations and declarations made by the Soviet Union as a predecessor State (J. Klabbbers, *op. cit.*, p. 113). Consequently, the former Soviet republics widely practised accession as a means of binding themselves by multilateral treaties to which the USSR was a party.

règlement territorial. Le fait que les modalités appliquées ont ou peuvent avoir l'effet d'un *continuum* de droits et obligations conventionnels ne signifie pas qu'il y ait une succession automatique — bien que cela soit sous-entendu — parce que ce *continuum* est créé non par le jeu de la règle de droit international (*ipso jure*) mais par la volonté de l'Etat successeur. Il est difficile, par exemple, de qualifier la notification de succession de la Bosnie-Herzégovine en date du 29 décembre 1992 comme relevant de la succession automatique car elle déclare que, «*ayant examiné la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948 à laquelle l'ex-RSFY était partie, [elle] souhaite succéder à celle-ci*» (communication du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies datée du 18 mars 1993 (C.N. 451-1992, Traités 5 (notification dépositaire)), intitulée «Succession de la Bosnie-Herzégovine»; les italiques sont de moi).

146. Sur ce point crucial, qui est en fait le point de différenciation entre succession automatique et succession aux traités de l'Etat prédécesseur par la volonté de l'Etat successeur, la pratique des Etats successeurs semble cohérente.

Les accords de Minsk du 8 décembre 1991, signés par la Russie, le Bélarus et l'Ukraine, consacrant l'engagement inconditionnel d'honorer les obligations conventionnelles de l'URSS, semblent poser les fondements conventionnels d'une succession universelle aux traités de l'ex-URSS. Toutefois, les accords ultérieurs d'Alma-Ata ont modifié l'engagement d'exécuter les obligations conventionnelles de l'ex-Union soviétique dans la mesure où cette continuation est effectuée «conformément aux procédures constitutionnelles» de l'Etat successeur (P. R. Williams, «The Treaty Obligations of the Successor States of the Former Soviet Union, Yugoslavia and Czechoslovakia: Do They Continue in Force?», 23 *Denver Journal of International Law and Policy*, 1, 1994-1995, p. 22-23; voir également R. Mullerson, «The Continuity and Succession of States by Reference to the Former USSR and Yugoslavia», 42 *International and Comparative Law Quarterly*, 1993, p. 479). Agissant sur ce fondement, les républiques baltes ont choisi d'accéder aux conventions de l'URSS en leur nom propre (J. Klabbbers, «State Succession and Reservations to Treaties», dans J. Klabbbers et R. Lefeber, *Essays on the Law of Treaties*, 1998, p. 111), alors que la Moldavie, l'Ouzbékistan et le Turkménistan ont expressément adopté le modèle de «l'Etat vierge» (B. Stern, «Rapport préliminaire sur la succession d'Etats en matière de traités» (rapport présenté par le comité chargé d'étudier certains aspects du droit de la succession d'Etats de l'Association de droit international à la conférence d'Helsinki de 1996), p. 675). Le Turkménistan, le Kazakhstan, le Kirghizistan et le Tadjikistan ont formulé des notifications de succession en leur nom propre, sans aucun renvoi aux réserves et déclarations faites par l'Union soviétique en tant qu'Etat prédécesseur (J. Klabbbers, *op. cit.*, p. 113). En conséquence, les ex-républiques soviétiques ont largement pratiqué l'adhésion comme moyen d'exprimer leur consentement à être liées par les traités multilatéraux auxquels l'URSS était partie.

147. The practice of the Czech and the Slovak Republics is also not free from inconsistency, although these two States notified the Secretary-General of the United Nations that they consider themselves bound by the multilateral treaties to which the former Czechoslovakia was a party. Inconsistency is reflected not only in the fact that they consider themselves bound as from different dates (the Czech Republic as from 1 January 1993 and Slovakia as from 31 December 1992), but also because, in spite of confirmatory notifications relating to the multilateral treaties to which Czechoslovakia was a party, they also issued notifications on succession in respect of particular treaties, while they acceded to some others. Thus the Czech Republic became a party to the 1985 International Convention against Apartheid in Sports by succession, whereas Slovakia did not. Also, whereas Slovakia succeeded to most treaties on the date of general notification, the Czech Republic, in a number of cases, succeeded on the basis of notification of succession which followed on a later date (see J. Klabbers, *op. cit.*, pp. 117-118). As regards some multilateral conventions, the Czech Republic bound itself in the form of accession, although in question were conventions to which the former Czechoslovakia was a party such as, for example, the Convention on International Civil Aviation (P. R. Williams, *op. cit.*, p. 41).

148. The legal situation as regards the former Yugoslav republics is much more contradictory. At first, while the FRY stuck to the continuity claim until 2000, Slovenia, Croatia, Bosnia and Herzegovina and Macedonia *ab ignitio* considered themselves as successor States and were recognized as such by the international community. Further, although declaratively favouring automatic succession in respect of multilateral treaties to which the SFRY was a party, in particular Bosnia and Herzegovina and Croatia in proceedings before the Court, they did not apply the automatic succession pattern of treaty action in practice. Thus, for instance, Bosnia and Herzegovina designed its notification on succession to the Genocide Convention in terms of a “wish” to succeed to same, which fits in with the concept of succession in its own right rather than automatic succession. Particularly illustrative is the case of the 1989 Convention on the Rights of the Child. Bosnia and Herzegovina is listed as having succeeded on 1 September 1993; Croatia succeeded on 12 October 1992; Slovenia succeeded on 6 July 1992 and Macedonia did so on 2 December 1993 (*Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, Status as at 31 December 1993*, United Nations doc. ST/LEG/SER./E/11-12, pp. 193-194). None of these dates corresponds to the dates upon which those republics succeeded the SFRY according to the generally accepted opinion of the Badinter Arbitration Commission (*International Legal Materials*, Vol. 32, 1993, pp. 1587-1589). The Commission established the following dates in that regard: 8 October 1991 in the case of the Republic of Croatia and the Republic of Slovenia; 17 November 1991 in the case of the former Yugoslav Republic of Macedonia; 6 March

147. La pratique des Républiques tchèque et slovaque n'est pas non plus dénuée d'incohérence, bien que ces deux Etats aient notifié au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies qu'ils se considéraient comme liés par les traités multilatéraux auxquels l'ex-Tchécoslovaquie était partie. Cette incohérence est reflétée non seulement par le fait qu'ils se considèrent comme liés à partir de dates différentes (la République tchèque à partir du 1^{er} janvier 1993 et la Slovaquie à partir du 31 décembre 1992), mais aussi parce que, bien qu'ayant formulé des notifications de confirmation des traités multilatéraux auxquels la Tchécoslovaquie était partie, ils ont aussi produit des notifications de succession en ce qui concerne certains traités, alors qu'ils ont accédé à d'autres. Ainsi, la République tchèque est devenue partie par succession à la convention internationale de 1985 contre l'apartheid dans les sports, mais non la Slovaquie. De même, tandis que la Slovaquie a succédé à la plupart des traités à la date de la notification générale, la République tchèque, dans un certain nombre de cas, a succédé sur la base d'une notification de succession qui a suivi à une date ultérieure (voir J. Klabbers, *op. cit.*, p. 117-118). S'agissant de certaines conventions multilatérales, la République tchèque a exprimé son consentement à être liée en y accédant, alors que l'ex-Yougoslavie était partie à certaines de ces conventions, par exemple la convention sur l'aviation civile internationale (P. R. Williams, *op. cit.*, p. 41).

148. La situation juridique en ce qui concerne les ex-républiques yougoslaves est beaucoup plus contradictoire. Au début, alors que la RFY s'en est tenue à une revendication de continuité jusqu'en 2000, la Slovénie, la Croatie, la Bosnie-Herzégovine et la Macédoine se sont d'emblée considérées comme des Etats successeurs et ont été reconnues comme tels par la communauté internationale. De plus, bien que se déclarant favorables à la succession automatique en ce qui concerne les traités multilatéraux auxquels la RSFY était partie dans les procédures devant la Cour, ces Etats, en particulier la Bosnie-Herzégovine et la Croatie, n'ont pas en pratique appliqué la succession automatique dans leur activité conventionnelle. Ainsi, par exemple, la Bosnie-Herzégovine a présenté sa notification de succession à la convention sur le génocide sous la forme d'un «souhait» de succéder à cet instrument, ce qui dénote qu'elle y a succédé de sa propre initiative et non par succession automatique. Le cas de la convention de 1989 relative aux droits de l'enfant est particulièrement éclairant à cet égard. Il est indiqué sur la liste des Etats parties que la Bosnie-Herzégovine a succédé à cet instrument le 1^{er} septembre 1993, la Croatie le 12 octobre 1992, la Slovénie le 6 juillet 1992 et la Macédoine le 2 décembre 1993 (*Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général, état au 31 décembre 1993*, Nations Unies, doc. ST/LEG/SER. E/11-12, p. 193-194). Aucune de ces dates ne correspond aux dates auxquelles ces républiques ont succédé à la RSFY selon l'avis généralement accepté de la commission d'arbitrage Badinter (*International Legal Materials*, vol. 32, 1993, p. 1587-1589). Cette commission a établi, à cet égard, les dates suivantes: le 8 octobre 1991 pour la République de Croatie et

1992 in the case of the Republic of Bosnia and Herzegovina. Finally, this contradictory practice seems to be nothing more than the expression of a confused and ambivalent attitude towards the automatic succession rule. For example, at a meeting of Legal Advisers on International Public Law convened by the Committee of Ministers for the Council of Europe on 14-15 September 1992, the representative of Croatia noted that Croatia would respect all the treaties of the SFRY unless they conflicted with the Croatian Constitution (Committee of Legal Advisers on International Public Law for the Council of Europe, 4th meeting 14-15 September 1992, p. 3). Slovenia, as stated by its representative “had been invited to accede to some conventions to which former Yugoslavia had been a party and would like to be invited to accede to other conventions which had been ratified by the former federation” (*ibid.*).

149. It comes out that the rule contained in Article 34 of the Convention on Succession of States in respect of Treaties did not generate the rule of general international law on *ipso jure* transfer of the treaty rights and obligations from the predecessor State to the successor State.

Moreover, it has not even become a *jus perfecta* as a conventional rule. Before the Convention even came into force in 1978, the automatic succession rule provided in its Article 34 was modified by the practice of successor States, followed by acceptance of that practice by existing States. The absence of objections to notifications of succession in its own right as regards multilateral treaties to which their predecessor States were parties as well as to numerous accessions¹¹ to those treaties are credible evidence in that regard. In short, Article 34 of the Convention remained an empty provision, a conventional project which was not materialized.

Even if it had not been modified before the coming into force of the Convention on Succession of States in respect of Treaties, the rule *qua* treaty rule is inapplicable *in casu*, since it entered into force in November 1996, well after the dissolution of the SFRY.

Retroactive effects of the Convention are excluded in its Article 7, paragraph 1, which provides that “the Convention applies only in respect of a succession of States which has occurred after the entry into force of the Convention”.

150. If so, automatic succession in respect of treaties is the expression of diplomatic or political considerations rather than a rule in harmony with common sense and legal considerations.

¹¹ *Exempli causa*, most of the successor States of the USSR acceded to the Genocide Convention (Azerbaijan (16.VIII.1996); Armenia (23.VI.1998); Georgia (11.X.1993); Kazakhstan (26.VIII.1998); Kyrgyzstan (5.IX.1997); Moldova (26.I.1993); Uzbekistan (9.IX.1999)) along with other successor States such as Algeria (31.X.1963); (Rwanda (16.IV.1975); Tonga (16.II.1972).

la République de Slovénie; le 17 novembre 1991 pour l'ex-République yougoslave de Macédoine; le 6 mars 1992 pour la République de Bosnie-Herzégovine. Finalement, cette pratique contradictoire semble n'être rien d'autre que l'expression d'une attitude ambivalente et confuse face à la règle de la succession automatique. Par exemple, lors d'une réunion des conseillers juridiques sur le droit international public convoquée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe les 14 et 15 septembre 1992, le représentant de la Croatie a déclaré que la Croatie respecterait tous les traités de la RSFY s'ils n'étaient pas contraires à la Constitution croate (Comité des conseillers juridiques sur le droit international public du Conseil de l'Europe, quatrième séance, 14-15 septembre 1992, p. 3). La Slovénie, aux dires de son représentant, «avait été invitée à accéder à certaines des conventions auxquelles l'ex-Yougoslavie avait été partie et souhaitait être invitée à accéder à d'autres conventions — qui avaient été ratifiées par l'ex-fédération» (*ibid.*).

149. Il apparaît que la règle énoncée à l'article 34 de la convention sur la succession d'Etats en matière de traités n'a pas créé de règle de droit international général sur le transfert de plein droit des traités et obligations conventionnels de l'Etat prédécesseur à l'Etat successeur.

De plus, elle n'est même pas devenue *jus perfecta* en tant que règle conventionnelle. Avant l'entrée en vigueur de la Convention en 1978, la succession automatique prévue par son article 34 a été modifiée par la pratique d'Etats successeurs, laquelle a été acceptée par des Etats existants. L'absence d'objections aux notifications de succession formulées de manière indépendante en ce qui concerne les traités multilatéraux auxquels les Etats prédécesseurs étaient parties ainsi que les nombreuses adhésions¹¹ à ces traités constituent des preuves crédibles à cet égard. En bref, l'article 34 de la Convention est demeuré à l'état de disposition sans effet, de projet conventionnel qui ne s'est pas concrétisé.

Même si elle n'avait pas été modifiée avant l'entrée en vigueur de la convention sur la succession d'Etats en matière de traités, cette règle en tant que règle conventionnelle est inapplicable en l'espèce, puisqu'elle est entrée en vigueur en novembre 1996, bien après la dissolution de la RSFY.

Le paragraphe 1 de l'article 7 de la Convention, qui dispose que la Convention «s'applique uniquement à l'égard d'une succession d'Etats qui s'est produite après son entrée en vigueur», exclut tout effet rétroactif.

150. S'il en est ainsi, la succession automatique en matière de traités est l'expression de considérations politiques ou diplomatiques et non une règle en harmonie avec le bon sens et le raisonnement juridique.

¹¹ Par exemple, la plupart des Etats successeurs de l'URSS ont accédé à la convention sur le génocide (Azerbaïdjan (16 VIII 1996); Arménie (23 VI 1998); Géorgie (11 X 1993); Kazakhstan (26 VIII 1998); Kirghizistan (5 IX 1997); Moldavie (26 I 1993); Ouzbékistan (9 IX 1999)) avec d'autres Etats successeurs, comme l'Algérie (31 X 1963), le Rwanda (16 IV 1975) et Tonga (16 II 1972).

First of all, if we stick to the difference between the predecessor State and the successor State, in terms of legal personality, it is unclear how the successor State, as a new State, may be considered bound by the will of the predecessor State, being another State in legal terms. Such an understanding obliterates the difference between the predecessor State and the successor State as distinct legal personalities and relies on the fiction that, in respect of treaties, their wills concur. (See, for instance, the concept of succession as substitution plus continuation according to which “[d]er Nachfolger des Völkerrechts aber tritt in Rechte und Pflichten seines Vorgängers so ein, als wären es seine eigenen” (H. M. Huber, *Beiträge zu einer Lehre von der Staaten-succession*, Berlin, 1897, p. 14).) Further, a rule on automatic succession runs counter to the fundamental principle of equality of States to the detriment of successor States. Successor States, by applying this rule, would be deprived of the rights which, otherwise, States have when expressing consent to be bound, such as, for example, making a reservation in respect of part of a treaty or accepting to be bound by a treaty under certain conditions. Finally, automatic succession rests on, or is substantially close to, the idea of universal succession in civil law which is incompatible with an essentially consensual order, in which the main subjects (legal persons) are States as equal and sovereign political entities.

As far as the effects of automatic succession in respect of treaties are concerned, it would not substantially contribute to legal stability and certainty, because it lies on the shoulders of the norms of *jus cogens* as the most perfect part of the structure of international law.

151. Erroneous is the thesis that, in the absence of *ipso jure* transfer of the rights and obligations, there appears a time gap in the application of the rules prohibiting the crime of genocide. In contrast to its procedural provisions, including Article IX, the substantive provisions of the Genocide Convention, being part of the *corpus juris cogentis*, bind any successor State, regardless whether it is, or is not, a Contracting Party to the Convention. The rules of *jus cogens* as preemptory, absolutely binding, rules, bind *a priori* every State, be it a successor or predecessor State, “even without any conventional obligation” (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951*, p. 23).

In that regard, to speak about the succession of substantive rules contained in universal treaties or general multilateral treaties adopted in the interests of the international community as a whole, like the Genocide Convention, is either superfluous or a wrong way of expressing, for those rules are *ab initio et suo vigore* binding on any successor State, regardless of the law on succession of States in respect of treaties.

152. The different position of the substantive and procedural provisions of universal treaties or general multilateral treaties which express

Premièrement, si l'on s'en tient à la différence entre l'Etat prédécesseur et l'Etat successeur du point de vue de la personnalité juridique, on voit mal comment l'Etat successeur, en tant que nouvel Etat, peut être considéré comme lié par la volonté de l'Etat prédécesseur, lequel est juridiquement un autre Etat. Une telle interprétation fait disparaître la différence entre Etat prédécesseur et Etat successeur en tant que personnes juridiques distinctes et repose sur la fiction selon laquelle, en matière de traités, la volonté de l'un et celle de l'autre se rencontrent. (Voir, par exemple, la notion de succession en tant que substitution augmentée d'une continuation, selon laquelle «[d]er Nachfolger des Völkerrechts aber tritt in Rechte und Pflichten seines Vorgängers so ein, als wären es seine eigenen» (H. M. Huber, *Beiträge zu einer Lehre von der Staaten-succession*, Berlin, 1897, p. 14).) En outre, la succession automatique va à l'encontre du principe fondamental de l'égalité des Etats, au détriment des Etats successeurs. Ces derniers, en appliquant une telle règle, seraient privés des droits qu'ont les Etats lorsqu'ils expriment leur consentement à être liés, par exemple le droit de faire une réserve à une partie du traité ou d'accepter d'être liés par le traité à certaines conditions. Enfin, la succession automatique repose sur l'idée de la succession universelle en droit civil, ou est en substance proche de cette idée qui est incompatible avec un ordre essentiellement consensuel, dans lequel les principaux sujets (personnes juridiques) sont les Etats, des entités politiques souveraines et égales.

S'agissant des effets de la succession automatique en matière de traités, celle-ci ne contribuerait pas beaucoup à la stabilité et à la certitude juridiques parce qu'elle repose sur les normes du *jus cogens*, la partie la plus parfaite de la structure du droit international.

151. La thèse selon laquelle, en l'absence de transfert *ipso jure* des droits et obligations, il semble y avoir un hiatus dans l'application des règles interdisant le crime de génocide est erronée. A la différence des dispositions procédurales de la convention sur le génocide, dont l'article IX, les dispositions de fond de ce texte, qui font partie du *corpus juris cogens*, lient tout Etat successeur, qu'il soit ou non partie à la Convention. Les règles du *jus cogens* étant des règles impératives absolument obligatoires, elles lient *a priori* tout Etat, successeur ou prédécesseur, «même en dehors de tout lien conventionnel» (*Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951*, p. 23).

A cet égard, il est soit superflu soit maladroit de parler de la succession aux règles de fond énoncées dans des traités universels ou des traités multilatéraux de caractère général adoptés dans l'intérêt de la communauté internationale dans son ensemble, comme la convention sur le génocide, car ces règles sont *ab initio et suo vigore* contraignantes pour tout Etat successeur, indépendamment du droit de la succession d'Etats en matière de traités.

152. La différence existant entre les dispositions de fond et les dispositions procédurales des traités universels ou des traités multilatéraux à

the interests of the international community as a whole is not contradicted by the legal nature of succession in respect of treaties, either. In fact, the expression “succession in respect of treaties” is in its brevity somewhat abstract and imprecise in this particular context. It is not the treaties *qua* legal acts which are the subject of succession, but rather the rights and obligations deriving from the treaties.

Substantive obligations in universal treaties being “the obligations of a State towards the international community as a whole” (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 32, para. 33) are the obligations of “a State”, regardless of its legal position in terms of whether it is a new State or the existing one. Opposite to them stand procedural provisions of such treaties, including provisions such as those of Article IX of the Genocide Convention which are not “obligations towards the international community as a whole”, but obligations *intuitu personae* which are not binding upon the successor State without its consent.

153. The notification of succession to which the successor States resort in practice in order to be bound by the treaties of the predecessor State in its own right must be specific, in contrast to notifications confirming *ipso jure* the transfer of treaty rights and obligations of the predecessor to the successor State. They could not concern “a class of instruments”, regardless of their ascertainability, but the specific treaty which was in force in relation to the predecessor State.

A synallagmatic obligation, being a specific obligation constituted *ex consensu*, cannot be undertaken like an obligation contemplated by the dictum of the Court in the *Nuclear Tests* cases, by the intention of a State solely. As regards those obligations, the intention of a State represents just a basis of consent as a legally designed intention for treaty law purposes. The notification of succession as developed in the practice of successor States is nothing else than a new, specific way of expressing consent to be bound by treaty in the case of succession. This point demonstrates the close relationship between the law of succession in respect of treaties and the law on treaties.

154. It is natural that the succession of States with respect to treaties has the closest link with the law of treaties itself and could be regarded as dealing with particular aspects of participation in treaties, the conclusion of treaties and the application of treaties. Special Rapporteur Humphrey Waldock described this link as follows:

“the Commission could not do otherwise than examine the topic of succession of States with respect to treaties within the general framework of the law of treaties. . . the principles and rules of the law of treaties seemed to provide a surer guide to the problems of succession with respect to treaties than any general theories of succession”

caractère général qui expriment les intérêts de la communauté internationale dans son ensemble n'est pas non plus contredite par la nature juridique de la succession en matière de traités. En fait, l'expression « succession en matière de traités » est dans sa brièveté quelque peu abstraite et imprécise dans ce contexte particulier. Ce ne sont pas les traités en tant qu'actes juridiques qui font l'objet de la succession mais les droits et les obligations qui en découlent.

Les obligations de fond énoncées dans les traités universels et dans des « obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble » (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 32, par. 33) sont les obligations d'« un Etat », quelle que soit sa situation juridique, nouvel Etat ou Etat existant. On trouvera à l'opposé les obligations procédurales de ces traités, y compris les dispositions comme l'article IX de la convention sur le génocide qui ne sont pas des « obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble », mais des obligations *intuitu personae* qui ne lient pas l'Etat successeur sans son consentement.

153. La notification de succession à laquelle recourent les Etats successeurs dans la pratique pour être liés par les traités de l'Etat prédécesseur doit être précise, à la différence des notifications confirmant le transfert de plein droit des droits et obligations conventionnels de l'Etat prédécesseur à l'Etat successeur. Elles ne peuvent concerner « une catégorie d'instruments », que ceux-ci puissent ou non être identifiés, mais le traité bien défini qui était en vigueur pour l'Etat prédécesseur.

La seule intention d'un Etat ne suffit pas pour qu'une obligation synallagmatique, étant une obligation spécifique née *ex consensu*, soit assumée comme une obligation envisagée dans le *dictum* de la Cour dans les affaires des *Essais nucléaires*. En ce qui concerne ces obligations, l'intention de l'Etat est seulement une base du consentement en tant qu'intention juridiquement conçue aux fins du droit des traités. La notification de succession telle qu'elle a évolué dans la pratique des Etats successeurs n'est rien d'autre qu'une nouvelle manière d'exprimer expressément le consentement de son auteur à être lié par un traité dans le cadre de la succession. Cela démontre la relation étroite entre le droit de la succession en matière de traités et le droit des traités.

154. Il est naturel que la succession d'Etats en matière de traités ait le lien le plus étroit avec le droit des traités lui-même et puisse être considérée comme concernant des aspects particuliers de la participation aux traités, de la conclusion des traités et de l'application des traités. Le rapporteur spécial, sir Humphrey Waldock, a exposé ce lien comme suit :

« la Commission ne peut faire autrement qu'examiner la question de la succession d'Etats en matière de traités dans le cadre général du droit des traités ... la solution la plus sûre des problèmes de succession en matière de traités doit, semble-t-il, être recherchée dans le cadre des principes et des règles du droit des traités plutôt que dans

(*Yearbook of the International Law Commission*, 1968, Vol. I, p. 131, para. 52).

Or as stated by O'Connell: "The effect of change of sovereignty on treaties is not a manifestation of some general principle or rule of State succession, but rather a matter of treaty law and interpretation." (D. P. O'Connell, *The Law of State Succession*, 1956, p. 15.)

155. The Convention on the Law of Treaties (1969) stipulates in Article 11 (Means of Expressing Consent To Be Bound by a Treaty): "The consent of a State to be bound by a treaty may be expressed by signature, exchange of instruments constituting a treaty, ratification, acceptance, approval or accession, *or by any other means if so agreed.*" (Emphasis added.)

The Convention on Succession of States in respect of Treaties defines notification of succession as "any notification, however phrased or named, *made by a successor State expressing its consent to be considered as bound by the treaty*" (Art. 2, para. 1 (g) of the Convention, United Nations, *Treaty Series*, Vol. 1946; emphasis added).

It seems clear that the notification of succession as defined, being a means of "expressing consent" in relation to "the treaty", could hardly be understood, as the majority view suggests, as an abstract, generalized form of expressing an intention to be bound by an ascertainable class of treaty instruments.

156. *Tractu temporis*, the notification of succession becomes "other means" in the terms of Article 11 of the Convention on the Law of Treaties, of the expressing consent to be bound by the treaty designed for successor States on the basis of collateral agreement in simplified form between them and the parties to its predecessor's treaties. As such, the notification of succession is treated by the Secretary-General as depositary of multilateral treaties.

157. To that effect, the position of the Secretary-General, as depositary of multilateral treaties, seems clear:

"Frequently, newly independent States will submit to the Secretary-General 'general' declarations of succession, usually requesting that the declaration be circulated to all States Members of the United Nations. The Secretary-General, duly complies with such a request. . . but does not consider such a declaration as a valid instrument of succession to any of the treaties deposited with him, and he so informs the Government of the new State concerned. In so doing, the Secretary-General is guided by the following considerations.

The deposit of an instrument of succession results in having the succeeding State become *bound, in its own name, by the treaty to which the succession applies, with exactly the same rights and obligations as if that State had ratified or acceded to, or otherwise*

celui d'une théorie générale de la succession» (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1968, vol. I, p. 131, par. 52).

Ou, comme l'écrit O'Connell: «L'effet d'un changement de souveraineté sur les traités n'est pas la manifestation de quelques principes ou règles générales de la succession d'Etats mais bien une question de droit et d'interprétation des traités.» (D. P. O'Connell, *The Law of State Succession*, 1956, p. 15.)

155. La convention sur le droit des traités (1969) dispose en son article 11 (Modes d'expression du consentement à être lié par un traité) que «[l]e consentement d'un Etat à être lié par un traité peut être exprimé par la signature, l'échange d'instruments constituant un traité, la ratification, l'acceptation, l'approbation ou l'adhésion, *ou par tout autre moyen convenu*» (les italiques sont de moi).

La convention sur la succession d'Etats en matière de traités définit la notification de succession comme «une notification, quel que soit son libellé ou sa désignation, *faite par un Etat successeur, exprimant le consentement de cet Etat à être considéré comme étant lié par le traité*» (art. 2, par. 1 g), de la convention, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1946; les italiques sont de moi).

Il semble clair que la notification de succession telle qu'elle est définie, étant un moyen d'«exprimer un consentement» en relation avec «le traité», ne peut guère être entendue, ainsi que le porte à croire l'opinion majoritaire, comme l'expression abstraite et générale d'une intention d'être lié par une catégorie identifiable d'instruments conventionnels.

156. *Tractu temporis*, la notification de succession devient un «autre moyen», aux termes de l'article 11 de la convention sur le droit des traités, d'exprimer son consentement à être lié par le traité, moyen conçu à l'intention des Etats successeurs sur la base d'un accord collatéral en forme simplifiée entre ces Etats et les parties aux traités de l'Etat prédécesseur. Dans ces conditions, le Secrétaire général reçoit la notification de succession en sa qualité de dépositaire des traités multilatéraux.

157. Sur ce point, la position du Secrétaire général, en sa qualité de dépositaire des traités multilatéraux, semble claire:

«Les Etats nouvellement indépendants soumettent souvent au Secrétaire général des déclarations «générales» de succession en demandant le plus souvent que le texte en soit communiqué à tous les Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies. Le Secrétaire général fait droit à ce type de demande ... mais ne considère pas la déclaration comme un instrument valable de succession à l'un quelconque des traités déposés auprès de lui et il notifie en ce sens le gouvernement du nouvel Etat intéressé. Ce faisant, il s'appuie sur les considérations suivantes.

De par le dépôt d'un instrument de succession, l'Etat qui succède se trouve *lié, de son propre chef, par le traité auquel s'applique la succession, avec les mêmes droits et obligations que s'il avait ratifié le traité, y avait adhéré ou l'avait accepté de toute autre manière.* En

accepted, the treaty. Consequently, it has always been the position of the Secretary-General, in his capacity as depositary, to record a succeeding State as a party to a given treaty solely on the basis of a formal document similar to instruments of ratification, accession, etc., that is, a notification emanating from the Head of State, the Head of Government or the Minister for Foreign Affairs, which should specify the treaty or treaties by which the State concerned recognizes itself to be bound.

General declarations are not sufficiently authoritative to have the States concerned listed as parties in the publication Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General.” (Summary of Practice of the Secretary-General as Depositary of Multilateral Treaties, doc. ST/LEG/7/Rev. 1, paras. 303-305 (footnote omitted); emphasis added.)

158. It should be noted that the Applicant itself, except for the purposes of the present proceedings, did not consider the FRY a party to the Genocide Convention nor to other multilateral treaties on the basis of the 1992 declaration. The general position of the Applicant in that regard was expressed in a letter of its Minister of Foreign Affairs addressed to the President of the Security Council dated 23 August 1993. That position was as follows:

“As a result of the dissolution of the former State, the country known as the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) will have to deposit an instrument of succession to all international treaties it wishes to continue to be a party to.” (United Nations doc. S/26349 (1993).)

The position, repeatedly raised on a number of occasions (United Nations doc. CERD/SP/51 (1994), p. 3; United Nations doc. CCPR/SP/40 (1994), p. 3; United Nations doc. CCPR/SP/SR.18 (1994), p. 3, para. 2; p. 6, para. 21, p. 7, para 23; United Nations doc. CCPR/SP/SP/SR.19 (1994), pp. 3, 4 and 8), was summarized in a letter of the Permanent Representative of Croatia of 30 January 1995 addressed to the Secretary-General in his capacity as depositary of multilateral treaties (United Nations doc. A/50/75-E/1995/10).

159. Commenting on a document regarding the “Status of succession, accession and ratification of human rights treaties by successors to the former Yugoslavia, the former Soviet Union and the former Czechoslovakia”, the Permanent Representative of Croatia recalled that:

“The representatives of the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) have been prevented from participating in international meetings and conferences of State[s] parties to multilateral treaties in respect of which the Secretary-General acts as depositary (i.e. Convention on Prohibitions and Restrictions of the Use of Certain Conventional Weapons which May be Deemed to be

conséquence, la ligne constante du Secrétaire général en tant que dépositaire a été de n'inclure un Etat qui succède dans la liste des Etats parties à un traité déterminé que sur la base d'un document formel de même nature que les instruments de ratification, d'adhésion, etc., c'est-à-dire d'une notification émanant du chef d'Etat, du chef de gouvernement ou du ministre des affaires étrangères, qui désigne nommément le traité ou les traités par le(s)quel(s) l'Etat en cause se reconnaît lié.

Les déclarations générales n'offrent pas une base juridique suffisante pour permettre l'inclusion des Etats intéressés dans la liste des parties reproduite dans la publication Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général. (Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux, doc. ST/LEG/7/Rev.1, par. 303-305 (note omise); les italiques sont de moi.)

158. Il convient de noter que le demandeur lui-même, excepté aux fins de la présente espèce, ne considérait pas que la RFY fût, sur la base de la déclaration de 1992, partie à la convention sur le génocide ni à d'autres traités multilatéraux. La position générale du demandeur à cet égard a été exprimée dans une lettre datée du 23 août 1993 adressée au président du Conseil de sécurité par le ministre des affaires étrangères. Cette position était la suivante:

«Par suite de la dissolution de l'ancien Etat, l'Etat appelé République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) devra déposer un instrument de succession à tous les traités internationaux auxquels il souhaite continuer d'être partie.» (Nations Unies, doc. S/26349 (1993).)

Cette position, rappelée en un certain nombre d'occasions (Nations Unies, doc. CERD/SP/51 (1994), p. 3; CCPR/SP/40 (1994), p. 3; CCPR/SP/SR.18 (1994), p. 3, par. 2; p. 6, par. 21; p. 7, par. 23; CCPR/SP/SP/SR.19 (1994), p. 3, 4 et 8), a été résumée dans une lettre datée du 30 janvier 1995 adressée au Secrétaire général en sa qualité de dépositaire des traités multilatéraux par le représentant permanent de la Croatie (Nations Unies, doc. A/50/75-E/1995/10).

159. Commentant un document sur l'«état des instruments relatifs aux droits de l'homme en ce qui concerne la succession, l'adhésion ou la ratification par les Etats qui ont succédé à l'ex-Yougoslavie, à l'ex-Union soviétique et à l'ex-Tchécoslovaquie», le représentant permanent de la Croatie rappelait ce qui suit:

«C'est ainsi que les représentants de la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) n'ont pas été autorisés à participer aux réunions et conférences internationales d'Etats parties aux traités multilatéraux dont le Secrétaire général est dépositaire (entre autres, la convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme pro-

Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects, Convention on the Rights of the Child, International Convention on Elimination of All Forms of Racial Discrimination, International Covenant on Civil and Political Rights, etc.) as the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) *had not acted according to international rules of succession of States. Namely, the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) had tried to participate in international forums as a State party without having notified its succession. . .*” (United Nations doc. A/50/75-E/1995/10; emphasis added.)

And, consequently, that:

“*Should the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) express its intention to be considered a party, by virtue of succession, to the multilateral treaties of the predecessor State with effect as of 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 take note of that notifications of succession.*” (*Ibid.*; emphasis added.)

(g) *Could the Respondent be considered a party to the Genocide Convention on the basis of the 1992 declaration and its conduct?*

160. It is true that, in the majority perception, the Respondent is considered a party to the Genocide Convention by the combined effects of the 1992 declaration and its “consistent conduct” as regards the Convention. This is suggested by the *conclusio* that “both the text of the declaration and Note of 27 April 1992, and the consistent conduct of the FRY at the time of its making and throughout the years 1992-2001” (Judgment, para. 117) give rise to the finding that the FRY was a Contracting Party to the Convention at the relevant time.

(It may, incidentally, be mentioned that the very reliance on the conduct of the Respondent, in the assessment as to whether it can be considered a Contracting Party to the Convention in the relevant period of time, represents by itself a tacit admission that the 1992 declaration was not capable of producing the effects attributed to it by the 1996 Judgment and by the subsequent decisions of the Court on its precedential authority.)

It transpires, consequently, that the “consistent conduct” of the FRY possesses substantive effects *in casu*, that “consistent conduct” as such is not a supportive argument for the understanding of the 1992 declaration as a notification of succession, but a basis *per se*. This is additionally sug-

duisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination, la convention relative aux droits de l'enfant, la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques) étant donné que cet Etat *ne s'était pas conformé aux règles du droit international régissant la succession d'États. A plusieurs occasions en effet, la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) avait cherché à participer à des rencontres internationales en tant qu'Etat partie sans s'être présentée comme Etat successeur ...*» (Nations Unies, doc. A/50/75-E/1995/10; les italiques sont de moi.)

En conséquence,

«*Si la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) faisait part de son intention d'être considérée, en tant qu'Etat successeur, comme partie aux traités multilatéraux conclus par l'Etat prédécesseur à compter du 27 avril 1992, date à laquelle la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) a assumé, en sa qualité de nouvel Etat, la responsabilité de ses relations internationales, la République de Croatie prendrait bonne note de cette notification de succession.*» (*Ibid.*; les italiques sont de moi.)

- g) *Le défendeur pourrait-il être considéré comme partie à la convention sur le génocide sur la base de la déclaration de 1992 et de son comportement?*

160. Il est exact que, dans l'esprit de la majorité, le défendeur est considéré comme partie à la convention sur le génocide par les effets combinés de la déclaration de 1992 et de son «comportement concordant» en ce qui concerne la Convention. C'est ce que donne à penser la conclusion selon laquelle «la teneur de la déclaration et de la note du 27 avril 1992 ainsi que du comportement concordant de la RFY tant au moment de leur rédaction que tout au long des années 1992 à 2001» (arrêt, par. 117) permet de conclure que la RFY était une partie à la Convention au moment pertinent.

(On mentionnera incidemment que le fait même de se fonder sur le comportement du défendeur afin d'apprécier si celui-ci peut être considéré comme partie à la Convention pour la période pertinente revient à admettre tacitement que la déclaration de 1992 ne pouvait produire les effets que lui attribuent l'arrêt de 1996 et les décisions postérieures de la Cour sur le fondement de cet arrêt.)

Il apparaît donc que le «comportement concordant» de la RFY a des effets sur le fond en l'espèce, que ce «comportement concordant» n'est pas seulement invoqué pour étayer l'interprétation de la déclaration de 1992 comme une notification de succession, mais bien un fondement en

gested by the fact that the *conclusio* does not refer to the 1992 declaration as an act, but to the text of the declaration. What is understood under “consistent conduct” in that perception? It appears that what is meant by “consistent conduct” are the actions and inactions of the FRY.

161. The actions in question are the following:

- (i) that in the case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (preliminary objections phase), the FRY “argued that the Genocide Convention had begun to apply to relations between the two Parties on 14 December 1995” (Judgment, para. 114);
- (ii) that the FRY “on 29 April 1999. . . filed in the Registry of the Court Applications instituting proceedings against ten States Members of NATO, citing (*inter alia*) the Genocide Convention as title of jurisdiction” (*ibid.*, para. 114).

As regards the inactions of the FRY, according to the majority perception, the following inactions are relevant:

- (i) that the FRY “did not repudiate its status as a party to the Convention even when it became apparent that that claim [continuity claim] would not prevail (*ibid.*, para. 111);
- (ii) that in the provisional measures phase of the case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, the FRY “while questioning whether the Applicant State was a party to the Genocide Convention at the relevant dates, did not challenge the claim that it was itself a party” (*ibid.*, para. 114);
- (iii) that following its admission to the United Nations in 2000, the FRY “did not at that time withdraw, or purport to withdraw, the declaration and Note of 1992, which had been drawn up in the light of the contention that the FRY was continuing the legal personality of the SFRY” (*ibid.*, para. 115).

162. The conduct of the FRY, according to the majority perception, attributes to the 1992 declaration the quality of “a valid and effective means by which the declaring State could assume obligations under the Convention” (Judgment, para. 110). For, as it is reasoned, the declaration “need not strictly comply with all formal requirements” (*ibid.*) having in mind that

“For example, in the *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)* cases, the Court recognized the possibility that a State that had not carried out the usual formalities (ratification, accession) to become bound by the régime of an international convention might nevertheless ‘somehow become bound in another way’, even though such a process was ‘not lightly to be presumed’ to have occurred.” (*Ibid.*)

Consequently, the conduct of the FRY possesses as regards the 1992 dec-

lui-même. C'est également ce que donne à penser le fait que la *conclusio* ne vise pas la déclaration de 1992 comme un acte, mais vise son texte. Qu'entend-on par «comportement concordant» à cet égard? Il semble que ce que l'on entend par là est l'action et l'inaction de la RFY.

161. Les actions en cause sont les suivantes:

- i) dans l'affaire concernant l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (phase des exceptions préliminaires), la RFY «a soutenu que ... la convention sur le génocide ... était entré[e] en vigueur entre les deux Parties le 14 décembre 1995» (arrêt, par. 114);
- ii) la RFY, «le 29 avril 1999, ... a déposé au Greffe de la Cour des requêtes introductives d'instance contre dix Etats membres de l'OTAN, en invoquant notamment la convention sur le génocide comme base de compétence» (*ibid.*, par. 114).

En ce qui concerne l'inaction de la RFY, selon l'opinion de la majorité, les faits pertinents sont les suivants:

- i) la RFY «ne renonça pas à son statut de partie à la Convention même lorsqu'il devint manifeste que cette thèse [celle de la continuité] ne prévaudrait pas» (*ibid.*, par. 111);
- ii) dans la phase des mesures conservatoires de l'affaire concernant l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la RFY, «tout en émettant des doutes sur le fait de savoir si l'Etat demandeur était partie à la convention sur le génocide aux dates pertinentes, n'avait pas contesté la thèse qu'elle y était» (*ibid.*, par. 114);
- iii) après son admission à l'Organisation des Nations Unies en 2000, la RFY «n'a, à l'époque, ni retiré ni prétendu retirer la déclaration et la note de 1992, qui étaient inspirées de sa thèse selon laquelle elle assurait la continuité de la personnalité juridique de la RFSY» (*ibid.*, par. 115).

162. Le comportement de la RFY, selon l'opinion majoritaire, attribuée à la déclaration de 1992 la qualité de «moyen valable et effectif par lequel l'Etat déclarant peut assumer des obligations en vertu de la Convention» (*ibid.*, par. 110). Car, selon cette opinion, la déclaration «n'a pas à être strictement conforme à l'ensemble des formalités requises» (*ibid.*):

«Ainsi, dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark) (République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, la Cour a reconnu qu'un Etat qui ne s'était pas acquitté des formalités d'usage (ratification, adhésion) pour devenir lié par le régime établi par une convention internationale pouvait «n'en [être] pas moins tenu d'une autre façon», encore qu'on «ne saurait présumer à la légère» que ce processus a eu lieu.» (*Ibid.*)

Ainsi, le comportement de la RFY possède en ce qui concerne la déclara-

laration a convalidating effect, because *a contrario* it is devoid of any substance. The reasoning and *conclusio* of the majority simply call for comments.

163. The *rationale* of referring to the *North Sea Continental Shelf* cases is completely unclear, as the claim of the Respondents that the FRG was contractually bound by the 1958 Geneva Convention on the Continental Shelf, and in particular by its Article 6, “by conduct, by public statements and proclamations” (*I.C.J. Reports 1969*, p. 25, para. 27) was rejected in the Judgment and even in the opinions of Judges appended to it (*ibid.*, pp. 86, 155, 198, 242). As the Court stated,

“only the existence of a situation of estoppel could suffice to lend substance to this contention, — that is to say if the Federal Republic were now precluded from denying the applicability of the conventional régime, by reason of past conduct, declarations, etc., which not only clearly and consistently evinced acceptance of that régime, but also had caused Denmark or the Netherlands, in reliance on such conduct, detrimentally to change position or suffer some prejudice” (*ibid.*, p. 26, para. 30).

Needless to say, however, that such effects of past conduct are limited to a particular case, so that the actions or inactions of the FRY in the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* as well as in the *Legality of Use of Force* cases are absolutely irrelevant *in casu*.

164. Even if, *arguendo*, the claim of Denmark and the Netherlands is acceptable, the requirement of a “very definite, very consistent course of conduct” (*ibid.*, p. 25, para. 28) on the part of the FRY would hardly have been met. For, in the preliminary objections phase in the *Legality of Use of Force* cases ((*Serbia and Montenegro v. Belgium*), *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004 (I)*, pp. 292-293, para. 29), as well as in the merits phase in the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* case, the FRY clearly pointed out that it did not consider itself a Contracting Party to the Genocide Convention before the expression of consent in the form of accession on 6 March 2001 (effective 10 June 2001) ((*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*), *Judgment, I.C.J. Reports 2007 (I)*, p. 77, para. 81).

165. Conduct in terms of actions and/or inactions of a party cannot be the means of binding a State by a treaty, because it is simply not a statement of the will of a State. As such, it can be an external, material expression of a certain intention of a State and, in that sense, the basis for a unilateral undertaking of an obligation, as demonstrated by the idea underlying the dictum of the Court in the *Nuclear Tests* cases. Unilateral undertaking of an obligation is, however, one thing, and acquiring the

tion de 1992 un effet convalidant, parce que dans le cas contraire celle-ci serait dénuée de substance. Le raisonnement et la *conclusio* de la majorité appellent certaines observations.

163. La raison qui motive le renvoi aux affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* n'est absolument pas claire, car l'argument des demandeurs selon lequel la République fédérale d'Allemagne était contractuellement liée par la convention de Genève de 1958 sur le plateau continental, et en particulier par son article 6, «en raison notamment de son comportement, de ses déclarations publiques et de ses proclamations» (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 25, par. 27), a été rejeté dans l'arrêt et même dans les opinions des juges annexées à celui-ci (*ibid.*, p. 86, 155, 198 et 242). Comme l'a déclaré la Cour,

«seule l'existence d'une situation d'estoppel pourrait étayer pareille thèse: il faudrait que la République fédérale ne puisse plus contester l'applicabilité du régime conventionnel, en raison d'un comportement, de déclarations, etc., qui n'auraient pas seulement attesté d'une manière claire et constante son acceptation de ce régime mais auraient également amené le Danemark ou les Pays-Bas, se fondant sur cette attitude, à modifier leur position à leur détriment ou à subir un préjudice quelconque» (*ibid.*, p. 26, par. 30).

Il va cependant sans dire que de tels effets d'un comportement passé sont limités à une affaire particulière, de telle manière que ce que la RFY a fait ou n'a pas fait dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* ainsi que dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force* est absolument dénué de pertinence en l'espèce.

164. Même si, *arguendo*, l'argument du Danemark et des Pays-Bas est acceptable, la condition d'un «comportement ... absolument net et constant» (*ibid.*, p. 25, par. 28) de la RFY n'aurait pas été satisfaite. En effet, dans la phase des exceptions préliminaires dans les affaires de la *Licéité de l'emploi de la force* ((*Serbie-et-Monténégro c. Belgique*), *exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 292-293, par. 29) ainsi que dans la phase du fond de l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la RFY a clairement souligné qu'elle considérait ne pas avoir été partie à la convention sur le génocide avant d'avoir exprimé son consentement par son adhésion le 6 mars 2001 (avec effet au 10 juin 2001) ((*Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*), *arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I)*, p. 77, par. 81).

165. Un Etat ne peut être lié par un traité en raison de son comportement, actif ou passif, parce que ce comportement n'est tout simplement pas l'expression de sa volonté. Dans ces conditions, celui-ci peut constituer l'expression externe et pertinente d'une certaine intention de l'Etat et, en ce sens, la base d'un engagement unilatéral à s'obliger, comme le montre l'idée qui sous-tend le *dictum* de la Cour dans les affaires des *Essais nucléaires*. Toutefois, assumer unilatéralement une obligation est

status of a Contracting Party to a treaty as an act essentially characterized by synallagmaticity, is quite another thing (para. 134 above). Therefore, the means of expressing consent to be bound by a treaty is always a matter of concurrence of the wills of the negotiators, a part of the final clauses of a treaty having retroactive effects. Conduct of a State in terms of actions or inactions is not stipulated in the Genocide Convention nor in any other convention as a means of expressing consent to be bound. In contrast to the expression of consent to be bound by a treaty, the actions or inactions of a party to the dispute can constitute jurisdiction of the Court in a particular case by way of the mechanism of *forum prorogatum*.

166. If, as the majority reasons, the practice of a State is considered as a basis for acceptance of the conventional régime, the role of the 1992 declaration, both as a matter of logic and as a matter of law, is unclear within the framework of such reasoning.

As a matter of logic, in such a perception of the practice of a State, the 1992 declaration ought to be either irrelevant as such or only an element of the practice, together with other actions and/or inactions of a State. However, in the majority perception, the “consistent conduct” of the FRY and the 1992 declaration have been placed on the same level, as two equal and independent bases for the determination of the FRY as a Contracting Party to the Genocide Convention.

As a matter of law, in relation to the 1992 declaration and the “consistent conduct” of the FRY, as projected by the majority, it appears that the latter has been attributed the convalidating role as regards the deficiencies of the declaration. It is hardly possible, in the circumstances surrounding the present case, that the practice may have a convalidating role. For, *in concreto*, what is involved here is the incapability of the 1992 declaration, in the light of the rules of general international law, to produce a proper legal effect, and not the defects of consent (*vices de consentement*) which, as a rule, may be convalidated by the actions or inactions of the State concerned. The practice of the Respondent, as perceived by the majority, should, in fact, remove the objective deficiencies of the 1992 declaration which are not in the domain of the will of its authors and, as such, cannot be affected by its actions and/or inactions.

(h) *Legal effects of the admission of the FRY/Serbia to the United Nations as a new State*

167. In the absence of the rule on automatic succession as regards the multilateral treaties applicable to the present case, the admission of the FRY/Serbia to the United Nations is unavoidably reflected on its status vis-à-vis the Genocide Convention due to the specific circumstances surrounding its admission to the United Nations. That was not only the

une chose, et acquérir le statut de partie à un traité, un acte qui se caractérise essentiellement par la synallagmaticité, en est une autre (par. 134 ci-dessus). Ainsi, le mode d'expression du consentement à être lié par un traité relève toujours de la rencontre des volontés des négociateurs, une partie des clauses finales du traité ayant des effets rétroactifs. Le comportement d'un Etat, qu'il s'agisse de ce qu'il fait ou de ce qu'il ne fait pas, n'est pas prévu dans la convention sur le génocide ni dans aucune autre convention comme moyen d'exprimer son consentement à être lié. Si elles ne peuvent exprimer le consentement à être liées par un traité, les actions ou les omissions d'une partie au différend peuvent conférer, dans une espèce donnée, compétence à la Cour au moyen du mécanisme du *forum prorogatum*.

166. Si, comme le soutient la majorité, on considère que la pratique d'un Etat exprime l'acceptation par celui-ci du régime conventionnel, le rôle de la déclaration de 1992, du point de vue tant de la logique que du droit, n'est pas clair à cet égard.

Du point de vue de la logique, si l'on considère de cette façon la pratique d'un Etat, la déclaration de 1992 doit soit être dénuée de pertinence en tant que telle, soit n'être qu'un élément de la pratique, parmi d'autres actions ou inactions de l'Etat. Toutefois, selon la majorité, le «comportement concordant» de la RFY et la déclaration de 1992 ont été placés sur le même pied, comme deux éléments indépendants et égaux permettant d'attribuer à la RFY la qualité de partie à la convention sur le génocide.

Du point de vue du droit, s'agissant de la déclaration de 1992 et du «comportement concordant» de la RFY, tel que le perçoit la majorité, il semble que celle-ci ait attribué à ce comportement la faculté de remédier aux insuffisances de la déclaration. Il n'est guère possible, dans les circonstances de la présente espèce, que la pratique puisse avoir un tel rôle convalidant. Car, *in concreto*, ce qui est en cause ici est l'incapacité de la déclaration de 1992, à la lumière des règles du droit international général, à produire l'effet juridique approprié, et non les vices de consentement qui, en général, peuvent être couverts par l'action ou l'inaction de l'Etat concerné. La pratique du défendeur, comme la conçoit la majorité, devrait en fait remédier aux vices objectifs de la déclaration de 1992 qui ne relèvent pas du domaine de la volonté de ses auteurs et sur lesquels, dans ces conditions, les actions ou l'inaction du défendeur ne peuvent avoir d'effet.

h) *Effets juridiques de l'admission de la RFY/Serbie à l'Organisation des Nations Unies en tant que nouvel Etat*

167. En l'absence de règle de succession automatique aux traités multilatéraux applicable dans la présente affaire, l'admission à l'Organisation des Nations Unies de la RFY/Serbie a inévitablement eu un effet sur le statut de celle-ci au regard de la convention sur le génocide en raison des circonstances particulières qui ont entouré cette admission. Il ne s'agissait

admission to the membership in the ordinary sense, but an admission followed by the determination of the legal personality of the FRY in terms of continuator/successor dichotomy.

This element is highly relevant *in casu*. In the case that the FRY continues the legal personality of the SFRY, it would be a Contracting Party to the Genocide Convention on the basis of the deposition of the instruments of ratification of the SFRY, without reservation, on 25 August 1950. The position of the FRY as a successor State puts the matter on a different legal level, as demonstrated by the actions taken by the Secretary-General as depositary of multilateral treaties (paras. 173, 176-178 below).

168. At the end of the year 2000 the FRY did two things:

- (a) it renounced the continuity claim and accepted the status of the successor State of the former SFRY; and
- (b) it proceeded from a qualitatively new legal basis — as the successor State — and on that basis submitted the application for admission to membership in the United Nations.

169. The State, as a notion of international law, comprises two elements, i.e., possesses two faces:

- (a) statehood in the sense of the relevant attributes such as defined territory, stable population and sovereign power;
- (b) legal personality, i.e., the status of a subject of international law equipped with a *corpus* of rights and obligations. The legal personality of the FRY, in the light of the relevant circumstances surrounding it, can either be of an inferential, derivative nature — based on the legal identity and continuity with the SFRY — or of an inherent, original nature — based on the status of a new State.

170. By submitting the application for admission to membership in the United Nations, the FRY not only renounced the claim to legal identity and continuity but claimed at the same time to be accepted as a new State in the sense of some other, different legal personality from the one claimed until the year 2000 — a successor State versus the continuator of the former SFRY.

171. The admission of the FRY to membership of the United Nations from 1 November 2000 also meant the acceptance of the claim of the FRY to be accepted as a new State in the sense of a new international personality different from its hybrid and controversial personality in the period 1992-2000. The claim was accepted by way of a series of collateral agreements in a simplified form, or a general collateral agreement in a simplified form, between the FRY, on the one hand, and the Member States of the United Nations and the World Organization itself, on the other. The subject of the series of collateral agreements, or of the general collateral agreement as well as explicit statements, is recognition of the FRY as a new personality, a personality of the successor State of the

pas seulement d'une admission en tant que nouveau membre au sens ordinaire, mais d'une admission suivie par la détermination de la personnalité juridique de la RFY du point de vue de la dichotomie Etat continuateur/Etat successeur.

Cet élément est extrêmement pertinent en l'espèce. Si la RFY avait assuré la continuité de la personnalité juridique de la RSFY, elle aurait été partie à la convention sur le génocide sur la base du dépôt des instruments de ratification de la RSFY, sans réserve, le 25 août 1950. Le statut d'Etat successeur de la RFY place la question à un niveau juridique différent, comme le montrent les mesures prises par le Secrétaire général en sa qualité de dépositaire des traités multilatéraux (par. 173 et 176-178 ci-dessous).

168. A la fin de l'an 2000, la RFY a fait deux choses :

- a) elle a renoncé à sa revendication de continuité et accepté le statut d'Etat successeur de l'ex-RSFY ; et
- b) elle s'est placée sur un fondement juridique qualitativement nouveau — en qualité d'Etat successeur — et sur cette base a demandé à être admise à l'Organisation des Nations Unies.

169. L'Etat, en tant que concept du droit international, comprend deux éléments, c'est-à-dire qu'il a deux visages :

- a) la qualité d'Etat du point de vue des attributs pertinents tels qu'un territoire défini, une population stable et un pouvoir souverain ;
- b) la personnalité juridique, c'est-à-dire le statut d'un sujet de droit international pourvu d'un corpus de droits et d'obligations. La personnalité juridique de la RFY, à la lumière des circonstances pertinentes, peut avoir soit un caractère dérivé, être définie par inférence — sur la base de l'identité juridique et de la continuité avec la RSFY —, soit un caractère original inhérent — sur la base du statut de nouvel Etat.

170. En présentant sa demande d'admission à l'Organisation des Nations Unies, la RFY n'a pas seulement renoncé à sa revendication d'identité juridique et de continuité, mais a demandé dans le même temps à être acceptée comme un nouvel Etat doté d'une personnalité juridique différente de celle qu'elle revendiquait jusqu'à 2000 — un Etat successeur et non l'Etat continuateur de l'ex-RSFY.

171. L'admission de la RFY à l'Organisation des Nations Unies à compter du 1^{er} novembre 2000 a aussi signifié qu'était acceptée sa demande d'être admise en tant que nouvel Etat ayant une personnalité internationale nouvelle, différente de la personnalité hybride et controversée qui avait été la sienne de 1992 à 2000. Cette demande a été acceptée au moyen d'une série d'accords collatéraux en forme simplifiée, ou d'accord collatéral général en forme simplifiée, entre la RFY d'une part et les Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies et l'Organisation elle-même de l'autre. L'objet de cette série d'accords collatéraux, ou de cet accord collatéral général ainsi que des déclarations expresses, était la reconnaissance de la RFY en tant que nouvelle personnalité, une personnalité d'Etat suc-

former SFRY, and, in that capacity it was admitted to the World Organization as a Member. Thus, the FRY, although being the “old State” in the sense of statehood, was universally recognized as a “new State” in the sense of its international legal personality. As far as the FRY after the year 2000 is concerned, its legal existence as a new international legal personality started in November 2000 by its admission to membership in the United Nations.

172. As regards the claim of the FRY to be accepted as a successor State, the following explicit statements are relevant: Statements made upon the admission of FRY to membership in the United Nations on 1 November 2000 by the Non-Aligned Movement; Germany, on behalf of the Western European and Other States Group; France, on behalf of the European Union and the Central and Eastern European countries associated with the European Union, the associated countries of Cyprus, Malta and Turkey, and the EFTA countries members of the European Economic Area; Croatia and Slovenia. See also document A/55/522-S/2000/1028 (letter dated 25 October 2000 from the Permanent Representative of the former Yugoslav Republic of Macedonia to the United Nations addressed to the Secretary-General) containing, in an annex thereto, the following joint statement made at the Informal Summit of the Heads of State and Government of the countries participating in the South-East European Cooperation Process:

“We strongly encouraged the commitment of the Federal Republic of Yugoslavia to follow a policy of good-neighborly relations, reconciliation and mutual understanding in the region, as well as respect for the principle of equality and non discrimination of all the successor States of the former Yugoslavia in their mutual relations.” (Non-paper of the United Nations Legal Counsel attached to his letter to the Minister of Foreign Affairs of the Federal Republic of Yugoslavia dated 8 December 2000, Ann. 23 of the Preliminary Objections of the FRY.)

(i) *The relevance of the Secretary-General's/Secretariat's action in the exercise of the depositary function*

173. Although the Secretary-General, in the capacity of depositary of the Genocide Convention, is not invested with any autonomous, substantive competence in terms of the determination of whether the FRY was viewed, or could be viewed, as qualifying to be a party to the Genocide Convention, his actions are not *a priori* devoid of any effects, which the complete ignoring of his actions might suggest. After all, his functions of depositary of multilateral treaties would be devoid of any substance.

In the present case the actions taken by the Secretary-General as regards the position of the FRY vis-à-vis the Genocide Convention are of a specific nature. They must be viewed in the totality of his competences as one of the principal organs of the Organization. In a case like the

cesseur de l'ex-RSFY, et, à ce titre, son admission à l'organisation mondiale en tant que Membre. Ainsi, la RFY, bien qu'étant le «vieil Etat» du point de vue de sa qualité d'Etat, a été universellement reconnue comme un «nouvel Etat» du point de vue de sa personnalité juridique internationale. S'agissant de la RFY après 2000, son existence juridique en tant que nouvelle personnalité juridique internationale a commencé en novembre 2000 à partir de son admission à l'Organisation des Nations Unies.

172. En ce qui concerne la prétention de la RFY à être acceptée en tant qu'Etat successeur, les déclarations expresses ci-après sont pertinentes: les déclarations faites lors de l'admission de la RFY à l'Organisation des Nations Unies le 1^{er} novembre 2000 par le Mouvement des pays non alignés; par l'Allemagne, au nom du Groupe des Etats d'Europe occidentale et autres Etats; par la France, au nom de l'Union européenne et des pays d'Europe centrale et orientale associés à l'Union européenne, de Chypre, de Malte et de la Turquie, Etats associés, des membres de l'AELE membres de l'Espace économique européen; et par la Croatie et la Slovénie. Voir également le document A/55/522-S/2000/1028 (lettre datée du 25 octobre 2000 adressée au Secrétaire général par le représentant permanent de l'ex-République yougoslave de Macédoine à l'Organisation des Nations Unies), contenant en annexe la déclaration commune adoptée lors du sommet officieux des chefs d'Etat et de gouvernement des pays participant au processus de coopération d'Europe du Sud-Est:

«Nous avons fortement encouragé la République fédérale de Yougoslavie à adopter une politique de bon voisinage, de réconciliation et de compréhension mutuelles dans la région et à respecter le principe de l'égalité et de la non-discrimination dans les relations entre tous les Etats ayant succédé à l'ex-Yougoslavie.» (Annexe de la lettre datée du 8 décembre 2000 adressée par le conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies au ministre des affaires étrangères de la République fédérative de Yougoslavie, annexe 23 des exceptions préliminaires de la RFY.)

i) *Pertinence de l'action du Secrétaire général/Secrétariat dans l'exercice de la fonction de dépositaire*

173. Bien que le Secrétaire général, en sa qualité de dépositaire de la convention sur le génocide, ne soit pas investi d'une compétence autonome sur le fond pour déterminer si la RFY était considérée, ou pouvait être considérée, comme remplissant les conditions requises pour être partie à la convention sur le génocide, ses actions ne sont pas *a priori* dénuées d'effets, comme pourrait le donner à penser le fait qu'elles n'ont pas du tout été prises en compte. S'il en était ainsi, ses fonctions de dépositaire des traités multilatéraux seraient dénuées de substance.

Dans la présente espèce, les mesures prises par le Secrétaire général en ce qui concerne la situation de la RFY au regard de la convention sur le génocide ont un caractère bien précis. Elles doivent être envisagées eu égard à la totalité des compétences du Secrétaire général en tant qu'il est

present one, actions of the Secretary-General in the capacity of executive organ of the Organization and depositary of multilateral treaties respectively, are inevitably interrelated but distinguishable.

174. In closely related cases, the Court heavily relied on the pronouncements of the Secretary-General in its Judgment in the preliminary objections phase (1996) and found, with regard to the Sixth Preliminary Objection raised by the FRY, that

“Bosnia and Herzegovina could become a party to the Convention through the mechanism of State succession. Moreover, the Secretary-General of the United Nations considered that this had been the case” (*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. 611, para. 20).

The Court took also note of this consideration of the Secretary-General in its Order of 8 April 1993 (*I.C.J. Reports 1993*, p. 16, para. 25).

175. In paragraph 44 of that same Judgment the Court rejected the Second Preliminary Objection of the FRY, in which Mr. Alija Izetbegović “was not serving as President of the Republic. . . at the time at which he granted the authorization to initiate proceedings” (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, pp. 621-622), and in the reasoning and in the wording practically repeated the consideration which Mr. R. Zacklin, then Director and Deputy to the Under-Secretary-General in charge of the Office of Legal Affairs, made in his letter of 25 March 1993 addressed to the Registry of the Court. In that letter it is said that “[i]n the United Nations and in the International Conference on the former Yugoslavia, Mr. Izetbegović has been regarded and continues to be regarded as the President of Bosnia-Herzegovina” (dissenting opinion of Judge *ad hoc* Kreća, *I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 704, para. 37). The same finding is included in the Court’s Order of 8 April 1993 (*I.C.J. Reports 1993*, p. 11, para. 13).

It appears that in the 1996 Judgment, the Court took the above decision, on the basis of a consideration of an official of lower rank than the Secretary-General, in a matter which as such touches the constitutional system of Bosnia and Herzegovina, which did not contain, as it does not contain at present, the institution of an individual Head of State but a collective one.

176. Following the admission of the FRY to membership of the United Nations on 1 November 2000, the Legal Counsel of the United Nations sent, on 8 December 2000, a letter addressed to the Minister of Foreign Affairs of the FRY, expressing, *inter alia*, that “the Federal Republic of Yugoslavia should now undertake treaty actions, as appropriate, in relation to the treaties concerned, if its intention is to assume the relevant legal rights and obligations as a successor State”.

un des organes principaux de l'Organisation. Dans une affaire comme la présente affaire, les actions du Secrétaire général en ses qualités d'organe exécutif de l'Organisation et de dépositaire des traités multilatéraux, respectivement, sont inévitablement liées mais peuvent être distinguées.

174. Dans des affaires très proches de la présente espèce, la Cour a fait pleinement fond sur les déclarations du Secrétaire général, par exemple dans l'arrêt qu'elle a rendu à la phase des exceptions préliminaires (1996), lorsqu'elle a jugé, en ce qui concerne la sixième exception préliminaire de la RFY, que

«la Bosnie-Herzégovine pouvait devenir partie à la Convention par l'effet du mécanisme de la succession d'Etats. Du reste, le Secrétaire général des Nations Unies a considéré que tel avait été le cas.» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 611, par. 20.)

La Cour a aussi pris note de cette position du Secrétaire général dans son ordonnance du 8 avril 1993 (*C.I.J. Recueil 1993*, p. 16, par. 25).

175. Au paragraphe 44 du même arrêt, la Cour a rejeté la deuxième exception préliminaire de la RFY, selon laquelle M. Alija Izetbegović «[n'occupait] pas les fonctions de président de la République ... au moment où il a donné l'autorisation d'introduire l'instance» (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 621-622), et dans son raisonnement comme dans le texte de l'arrêt a pratiquement repris l'opinion que M. R. Zacklin, qui était alors l'adjoint du Secrétaire général adjoint chargé du Bureau des affaires juridiques, exprimait dans sa lettre adressée au Greffe de la Cour le 25 mars 1993. On peut lire dans cette lettre que, «[à] l'Organisation des Nations Unies et à la conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie, M. Izetbegović a été considéré et continue d'être considéré comme le président de la Bosnie-Herzégovine» (opinion dissidente de M. Kreća, juge *ad hoc*, *C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 704, par. 37). Cette conclusion figure aussi dans l'ordonnance de la Cour du 8 avril 1993 (*C.I.J. Recueil 1993*, p. 11, par. 13).

Ainsi, dans l'arrêt de 1996, la Cour a pris la décision susmentionnée sur la base de l'opinion d'un fonctionnaire de rang inférieur à celui de Secrétaire général, à propos d'une question qui concerne l'ordre constitutionnel de la Bosnie-Herzégovine, dans lequel il n'y a pas un chef d'Etat unique mais une présidence collective.

176. A la suite de l'admission de la RFY à l'Organisation des Nations Unies le 1^{er} novembre 2000, le conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies a, le 8 décembre 2000, adressé au ministre des affaires étrangères de la RFY une lettre dans laquelle il déclarait notamment que «la République fédérative de Yougoslavie devrait à présent accomplir toute formalité conventionnelle qui s'imposerait en ce qui concerne les traités considérés, si son intention est d'assumer les droits et obligations juridiques pertinents en tant qu'Etat successeur».

177. In the non-paper of the UN Legal Counsel entitled “Admission of the Federal Republic of Yugoslavia to the United Nations on 1 November 2000: Implications for Treaties Deposited with the Secretary-General”, the view is elaborated in detail. It starts with the finding that:

“1.3. The admission of the FRY to membership in the United Nations on 1 November 2000 has raised a number of issues relating to treaty actions undertaken by the FRY in relation to multilateral treaties accepted in deposit by the Secretary-General, and recorded against the name ‘Yugoslavia’;

2.1. Four major categories of treaty actions are at issue:

- (a) Treaty actions undertaken by the SFRY prior to 27 April 1992 (Annex A);
- (b) Treaty actions undertaken by the FRY between 27 April and 1 November 2000, pursuant to its previous claim to continue the legal personality of the SFRY (Annex B);
- (c) Treaty actions undertaken by the FRY, in its own right, and not dependent on prior treaty actions by the SFRY (Annex C); and
- (d) Treaty actions undertaken by the FRY, which require membership in the United Nations or a specialized agency as an essential precondition (Annex D). Treaty actions relating to the International Court of Justice and the Constitution of the World Health Organization have been addressed separately (see paragraphs 8 and 9 below).

4.1. In the light of the circumstances of FRY’s admission to membership in the United Nations on 1 November 2000, it would be proper for the depositary to treat the Federal Republic of Yugoslavia as a ‘Newly Independent State’.

4.2. *The international community appears to agree that the FRY’s admission to membership in the United Nations on 1 November 2000, together with its declaration make it a successor State with the requirement that it comply with the principle of equality among the successor States to the former SFRY. . . Accordingly, the FRY should be treated as a new State as described in the Summary of Practice of the Secretary-General as Depositary of Multilateral Treaties (ST/LEG/7/Rev.1, p. 87, para. 289).*

4.3. *[T]he FRY, as the new State that came into existence on 27 April 1992, may now wish to succeed to treaty actions undertaken by the SFRY prior to this date. This would include treaties to which the SFRY was a party.”* (Ann. 23 of the Preliminary

177. Cette position était exposée en détail dans le document interne émanant du conseiller juridique de l'ONU intitulé «Admission de la République fédérale de Yougoslavie à l'Organisation des Nations Unies le 1^{er} novembre 2000: conséquences pour les traités déposés auprès du Secrétaire général». Il y est tout d'abord constaté ce qui suit:

«1.3. Cette admission a soulevé un certain nombre de problèmes concernant les formalités conventionnelles accomplies par la RFY eu égard aux traités multilatéraux dont le Secrétaire général avait accepté le dépôt et qui avaient été enregistrées à l'actif de la «Yougoslavie»;

2.1. Quatre grandes catégories de formalités conventionnelles sont à considérer:

- a) celles que la RFSY a accomplies avant le 27 avril 1992 (annexe A);
- b) celles que la RFY a accomplies entre le 27 avril et le 1^{er} novembre 2000, en tant que continuatrice de la personnalité juridique de la RFSY conformément à sa revendication antérieure (annexe B);
- c) celles que la RFY a accomplies en sa qualité propre, et non en rapport avec des formalités accomplies antérieurement par la RFSY (annexe C); et
- d) celles, accomplies par la RFY, pour lesquelles il est impératif que celle-ci ait la qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies ou de l'une de ses institutions spécialisées (annexe D). Les formalités conventionnelles concernant la Cour internationale de Justice et la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé font l'objet d'un examen distinct (voir par. 8 et 9 ci-dessous).

4.1. Compte tenu des circonstances de son admission comme Membre de l'Organisation des Nations Unies le 1^{er} novembre 2000, il conviendrait que la République fédérale de Yougoslavie soit considérée comme un Etat nouvellement indépendant par le depositaire des traités.

4.2. *La communauté internationale semble convenir que l'admission de la RFY comme Membre de l'Organisation des Nations Unies le 1^{er} novembre 2000 ainsi que sa déclaration en font un Etat successeur tenu de respecter le principe de l'égalité entre les Etats successeurs de l'ancienne RFSY ... En conséquence, la RFY devrait être considérée comme un nouvel Etat ainsi que le prévoit le Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que depositaire de traités multilatéraux (ST/LEG/7/Rev.1, p. 87, par. 289).*

4.3. *[L]a RFY en tant que nouvel Etat créé le 27 avril 1992 voudra sans doute succéder aux formalités conventionnelles accomplies avant cette date par la RFSY. Cela concernerait notamment les traités auxquels la RFSY était partie.» (Annexe 23 des exceptions pré-*

Objections of the Federal Republic of Yugoslavia, 2002; Emphasis added.)

178. The determination that the FRY is qualifying to become a party to the Genocide Convention is necessarily implied in the very decision of the General Assembly, upon the recommendation of the Security Council, to admit the FRY to the membership of the United Nations not only as a new Member but as a successor State at the same time. For, as United Nations Secretary-General Kofi Annan stated in his letter to the President of the United Nations General Assembly dated 27 December 2001:

“I have the honour to refer to General Assembly resolution 55/12 of 1 November 2000, in which the Assembly decided to admit the Federal Republic of Yugoslavia to membership in the United Nations. This decision necessarily and automatically terminated the membership in the Organization of the *former* Yugoslavia, the State admitted to membership in 1945.” (United Nations doc. A/56/767; emphasis added.)

That action clearly belongs to the Secretary-General as the executive organ of the Organization. Although far from being consistent in legal terms, it undoubtedly results from the decision taken by the principal political organs of the United Nations — the General Assembly and the Security Council — in respect of the question of the admission of a State to United Nations membership, which is in their exclusive competence. (Such an interpretation was advocated in the literature as well. In an article entitled “The New United Nations and Former Yugoslavia”, Professor Rosalyn Higgins wrote:

“The Assembly did recommend that the *new Federal Republic (Serbia-Montenegro)* should apply for membership of the United Nations. But the resolution did not either suspend, or terminate, Yugoslavia’s *membership* in the UN. The outcome had been anomalous in the extreme. The seat and nameplate remain as before. The old Yugoslav flag continues to fly on 42nd Street. ‘*Yugoslavia*’ remains a member of the UN, i.e. not *Serbia-Montenegro*, but *Yugoslavia in its entirety*.” (*Op. cit.*, p. 479; emphasis added.)

This necessarily means, as the Legal Counsel of the United Nations pointed out in the above-cited non-paper entitled “Admission of the Federal Republic of Yugoslavia to the United Nations on 1 November 2000: Implications for Treaties Deposited with the Secretary-General” that “the FRY, as the new State that came into existence on 27 April 1992, may now wish to succeed to treaty actions undertaken by the SFRY prior to this date” (emphasis added). As regards the Genocide Convention, the SFRY undertook a treaty action on 29 August 1950 in the form of ratification pursuant to Article XI of the Convention.

liminaires de la République fédérative de Yougoslavie, 2002; les italiques sont de moi.)

178. La décision même d'admettre, sur la recommandation du Conseil de sécurité, la RFY à l'Organisation des Nations Unies non seulement comme nouveau Membre mais aussi comme Etat successeur implique nécessairement que, selon l'Assemblée générale, la RFY remplissait les conditions requises pour devenir partie à la convention sur le génocide. Car, comme l'a déclaré le Secrétaire général Kofi Annan dans la lettre qu'il a adressée le 27 décembre 2001 au président de l'Assemblée générale des Nations Unies:

«J'ai l'honneur de me référer à la résolution 55/12 de l'Assemblée générale en date du 1^{er} novembre 2000, par laquelle l'Assemblée a décidé d'admettre la République fédérale de Yougoslavie à l'Organisation des Nations Unies. Cette décision a mis fin *ipso facto* à la qualité de Membre de l'Organisation de l'*ex*-Yougoslavie, qui avait été admise en 1945.» (Nations Unies, doc. A/56/767; les italiques sont de moi.)

Cette déclaration émane à l'évidence du Secrétaire général en sa qualité d'organe exécutif de l'Organisation. Bien que loin d'être cohérente du point de vue juridique, elle résulte sans aucun doute de la décision prise par les principaux organes politiques de l'Organisation — l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité — en ce qui concerne l'admission d'un Etat à l'Organisation des Nations Unies, qui relève de leur compétence exclusive. (Cette interprétation a été également défendue par la doctrine. Dans un article intitulé «The new United Nations and former Yugoslavia», M^{me} Rosalyn Higgins a écrit ce qui suit:

«L'Assemblée a bien recommandé que la *nouvelle République fédérale (Serbie-Monténégro) demande à être admise à l'Organisation des Nations Unies*. Mais cette résolution n'a pas suspendu l'*appartenance* de la Yougoslavie à l'ONU, et n'y a pas non plus mis fin. Ce résultat était extrêmement anormal. Le siège et le nom demeurent les mêmes. Le vieux drapeau yougoslave continue de flotter sur la 42^e rue. «*La Yougoslavie*» demeure Membre de l'ONU, *c'est-à-dire pas la Serbie-Monténégro, mais la Yougoslavie dans son ensemble.*» (*Op. cit.*, p. 479; les italiques sont de moi.)

Cela signifie nécessairement, comme l'a fait observer le conseiller juridique de l'ONU dans le document informel susvisé intitulé «Admission de la République fédérale de Yougoslavie à l'Organisation des Nations Unies le 1^{er} novembre 2000: conséquences pour les traités déposés auprès du Secrétaire général», que «la RFY, en tant que nouvel Etat créé le 27 avril 1992, *voudra sans doute succéder aux formalités conventionnelles accomplies avant cette date par la RSFY*» (les italiques sont de moi). En ce qui concerne la convention sur le génocide, la RSFY a accompli une formalité conventionnelle le 29 août 1950 sous la forme d'une ratification en application de l'article XI de la Convention.

179. In these circumstances, the Respondent was fully entitled to express its consent to be bound by the Genocide Convention in the form of accession like a number of other successor States (footnote 11).

The right of accession of a successor State to a treaty such as the Genocide Convention derives from its very nature as a general international treaty, expressing the interests of the international community as a whole. As the Court stated in its Advisory Opinion in the case concerning *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, “[I]n such a convention the contracting States do not have any interests of their own; they merely have, one and all, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the *raison d’être* of the convention” (*I.C.J. Reports 1951*, p. 23). Such a nature of the Genocide Convention implies

“that it was the intention of the General Assembly and of the States which adopted it that as many States as possible should participate. The complete exclusion from the Convention of one or more States would not only restrict the scope of its application, but would detract from the authority of the moral and humanitarian principles which are its basis.” (*Ibid.*, p. 24.)

180. Accession of a State to the Convention, therefore, appears to be an application of the demand for the participation in the Convention of as many States as possible. This is so, regardless of the nature of the accession to the multilateral treaties expressing the interests of the international community as a whole within the positive law.)

As regards those treaties, the right of accession must be treated as a *jus cogens* rule. In reality, the exercise of that right, bearing in mind the effects of the substantive provisions of such treaties, possesses constitutive effects only in regard of the provisions other than the substantive ones.

181. The Respondent’s accession to the Genocide Convention is, in some part, unusual. The standard notification of accession is accompanied by the explanation of the legal position of the FRY in terms of the dichotomy continuator/successor State and its consequences for the status of the FRY vis-à-vis the Genocide Convention.

The explanation notes, first of all, that the FRY declared on 27 April 1992 that it,

“continuing the State, international legal and political personality of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, shall strictly abide by all the commitments that the Socialist Federal Republic of Yugoslavia assumed internationally” (notification of accession of the FRY, Preliminary Objections of Serbia, Ann. 5).

Further, that

“the contention and assumption of continuity was eventually not

179. Dans ces conditions, le défendeur était pleinement habilité à exprimer son consentement à être lié par la convention sur le génocide en y accédant comme un certain nombre d'autres Etats successeurs (note 11).

Le droit d'un Etat successeur d'accéder à un traité comme la convention sur le génocide dérive de la nature même de celle-ci, qui est un traité international de caractère général exprimant les intérêts de la communauté internationale dans son ensemble. Comme la Cour l'a déclaré dans l'avis consultatif qu'elle a rendu dans l'affaire des *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, «[d]ans une telle convention, les Etats contractants n'ont pas d'intérêts propres; ils ont seulement, tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention» (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 23). Ce caractère de la convention sur le génocide implique

«chez l'Assemblée générale et chez les Etats qui l'ont adoptée l'intention d'y voir participer le plus grand nombre possible d'Etats. L'exclusion complète de la Convention d'un ou de plusieurs Etats, outre qu'elle restreindrait le cercle de son application, serait une atteinte à l'autorité des principes de morale et d'humanité qui sont à sa base.» (*Ibid.*, p. 24.)

180. L'adhésion d'un Etat à la Convention semble donc répondre à l'impératif d'une participation aussi large que possible à la Convention. Il en est ainsi quelle que soit la nature de l'adhésion aux traités multilatéraux exprimant les intérêts de la communauté internationale dans son ensemble dans le cadre du droit positif.)

En ce qui concerne ces traités, le droit d'adhésion doit être considéré comme une règle du *jus cogens*. En réalité, l'exercice de ce droit, eu égard aux effets des dispositions de fond des traités en question, a des effets constitutifs uniquement en ce qui concerne les autres dispositions.

181. L'adhésion du défendeur à la convention sur le génocide est par certains côtés inhabituelle. La notification d'adhésion proprement dite est assortie d'une explication de la situation juridique de la RFY du point de vue de la dichotomie Etat continuateur/Etat successeur et de ses conséquences pour le statut de la RFY au regard de la convention sur le génocide.

Il est tout d'abord relevé dans cette explication que la RFY a déclaré ce qui suit le 27 avril 1992:

«en assurant la continuité de l'Etat et de la personnalité juridique et politique internationale de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, [elle] respectera strictement tous les engagements que la République fédérative socialiste de Yougoslavie a pris à l'échelon international» (notification d'adhésion de la RFY, exceptions préliminaires de la Serbie, annexe 5).

Il y est en outre précisé que

«cette prétention et ce postulat de continuité n'ont finalement été

accepted by the United Nations, nor was it accepted by other successor States of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, and thus it produced no effects” (notification of accession of the FRY, Preliminary Objections of Serbia, Ann. 5).

And, finally, that

“it has been established that the Federal Republic of Yugoslavia has not succeeded on April 27, 1992, or on any later date, to treaty membership, rights and obligations of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia in the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide on the assumption of continued membership in the United Nations and continued state, international legal and political personality of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia” (*ibid.*).

A couple of observations seem relevant *in concreto*:

First, the explanation is an integral part of the FRY’s notification of accession to the Genocide Convention, making a logical and legal union with the statement of accession;

Second, the substance of the explanation corresponds to the objective legal position of the FRY, established by the admission of the FRY to the United Nations on 1 November 2000;

Third, the substance of the explanation corresponds to the action taken by the Secretary-General of the United Nations in his capacity as depositary of multilateral treaties;

Fourth, the FRY’s notification of accession is generally accepted by the Contracting Parties to the Genocide Convention, with three objections (Croatia, Sweden and Bosnia and Herzegovina): it was accepted as a whole, together with the provided explanation.

182. Accession is a valid means of expression of consent to be bound by a treaty in terms of the law of treaties and, as such, specifically provided in Article XI of the Genocide Convention.

In view of the fact that automatic succession in respect of treaties is not a part of positive international law, successor States are free, acting as regards multilateral treaties of predecessor States in their own name, to choose the means of expressing consent to be bound by a concrete treaty within the framework of the means stipulated by the treaty. Considering such a state of facts, there is no difference in substantive terms whatsoever between accession and notification of succession as developed in the practice of successor States. For, acting in its own name, the successor State, in its notification of succession, also determines the date from which it considers itself bound by the concrete treaty and which need not necessarily concur with the date of succession (para. 148 above).

acceptés ni par l'Organisation des Nations Unies, ni par les autres Etats successeurs de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, et sont donc restés sans effet» (notification d'adhésion de la RFY, exceptions préliminaires de la Serbie, annexe 5).

Il y est enfin indiqué que

«il est maintenant établi que la République fédérale de Yougoslavie n'a pas succédé le 27 avril 1992, ni à aucune autre date ultérieure, à la République fédérative socialiste de Yougoslavie en sa qualité de partie à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et dans ses droits et obligations découlant de cette convention conformément au postulat selon lequel elle lui succédait en qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies et assurait la continuité de l'Etat et de la personnalité juridique et politique internationale de la République fédérative socialiste de Yougoslavie» (*ibid.*).

Quelques observations semblent s'imposer *in concreto*:

Premièrement, cette explication fait partie intégrante de la notification d'adhésion de la RFY à la convention sur le génocide, car elle est logiquement et juridiquement liée à la déclaration d'adhésion;

Deuxièmement, cette explication correspond en substance à la position juridique objective de la RFY telle qu'établie par l'admission de celle-ci à l'Organisation des Nations Unies le 1^{er} novembre 2000;

Troisièmement, cette explication correspond en substance à la décision prise par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies en sa qualité de dépositaire des traités multilatéraux;

Quatrièmement, la notification d'adhésion de la RFY est généralement acceptée par les parties contractantes à la convention sur le génocide, à trois exceptions près (objections de la Croatie, de la Suède et de la Bosnie-Herzégovine): elle a été acceptée dans son ensemble, avec l'explication fournie.

182. L'adhésion est un moyen valide pour un Etat d'exprimer son consentement à être lié par un traité au regard du droit des traités, et elle est en outre expressément prévue à l'article XI de la convention sur le génocide.

Etant donné que la succession automatique aux traités ne fait pas partie du droit international positif, les Etats successeurs sont libres, agissant en leur nom propre en ce qui concerne les traités multilatéraux des Etats prédécesseurs, de choisir parmi les moyens prévus par un traité comment exprimer leur consentement à être liés par ce traité. Cela étant, il n'y a pas de différence quant au fond entre l'adhésion et la notification de succession telle que celle-ci s'est constituée dans la pratique des Etats successeurs. Car, agissant en son nom propre, l'Etat successeur, dans sa notification de succession, décide également de la date à compter de laquelle il se considère comme lié par le traité en cause, une date qui ne doit pas nécessairement correspondre à celle de la succession (par. 148 ci-dessus).

183. Article XI of the Genocide Convention provides:

“The present Convention shall be open until 31 December 1949 for signature on behalf of any Member of the United Nations and of any non-member State to which an invitation to sign has been addressed by the General Assembly.

The present Convention shall be ratified, and the instruments of ratification shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

After 1 January 1950 the present Convention may be acceded to on behalf of any Member of the United Nations and of any non-member State which has received an invitation as aforesaid.

Instruments of accession shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.” (United Nations, *Treaty Series*, (UNTS), Vol. 78, 1951; footnotes omitted.)

It appears that accession is not only established as a means of expression of consent to be bound by the Convention, but that it is a means specifically designed for non-original Contracting Parties, i.e., those which consent to be bound by the Convention after 1 January 1950.

184. Consequently, there remains the question whether the provisions of Article XI of the Convention are also equally applicable to the successor States. Article XI does not contain any indication, let alone any element given *explicite*, to the effect that accession, as a means of expression to be bound by the Convention, is not applicable as regards successor States. No corresponding limitation exists in the law on succession in respect of treaties, either. Moreover, the relevant rules of the law on succession appear to suggest quite the contrary, granting a successor State the right of option in that regard. For, if a successor State, according to Article 17 of the Convention, has the right to choose to become a party to multilateral treaties “independently of the consent of the other States parties and *quite apart from the final clauses of the treaty*” (*Yearbook of the International Law Commission*, 1974, Vol. II, Part One, p. 215, para. 2; emphasis added), then that right belongs *a fortiori* to a successor State in case it has been provided by the treaty.

185. The reservation of the FRY to Article IX of the Convention was completely ignored, although the reservation, in the light of the relevant rules of the law of treaties, is of far-reaching importance as regards the jurisdiction of the Court *in casu*. The FRY sent a notification of accession to the Secretary-General of the United Nations as its depositary on 6 March 2001, containing a reservation to Article IX of the Convention to the effect that:

“The FRY does not consider itself bound by Article IX of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of

183. L'article XI de la convention sur le génocide dispose que :

«[L]a présente convention sera ouverte jusqu'au 31 décembre 1949 à la signature au nom de tout Membre de l'Organisation des Nations Unies et de tout Etat non membre à qui l'Assemblée générale aura adressé une invitation à cet effet.

La présente convention sera ratifiée et les instruments de ratification seront déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

A partir du 1^{er} janvier 1950, il pourra être adhéré à la présente convention au nom de tout Membre de l'Organisation des Nations Unies et de tout Etat non membre qui aura reçu l'invitation susmentionnée.

Les instruments d'adhésion seront déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.» (Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 78, 1951; notes de bas de page omises.)

Il semble que l'adhésion ne soit pas seulement établie comme moyen d'expression du consentement à être lié par la Convention, mais que c'est un moyen spécifiquement conçu pour les Etats qui n'étaient pas parmi les parties contractantes originaires, c'est-à-dire pour ceux qui consentent à être liés par la Convention après le 1^{er} janvier 1950.

184. Demeure donc la question de savoir si les dispositions de l'article XI de la Convention sont également applicables aux Etats successeurs. L'article XI ne contient aucune indication, et encore moins une disposition expresse, à l'effet que l'adhésion, comme moyen d'exprimer son consentement à être lié par la Convention, n'est pas ouverte aux Etats successeurs. Il n'existe pas de limitation correspondante dans le droit de la succession en matière de traités non plus. De plus, les règles pertinentes du droit de la succession semblent indiquer tout à fait le contraire, en accordant à l'Etat successeur un droit d'option à cet égard. Car, si un Etat successeur a, selon l'article 17 de la Convention, le droit de choisir de devenir partie à des traités multilatéraux «indépendamment du consentement des autres parties aux traités et *en faisant absolument abstraction des clauses finales du traité*» (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1974, vol. II (première partie), p. 215, par. 2; les italiques sont de moi), ce droit appartient *a fortiori* à un Etat successeur s'il est prévu dans le traité.

185. Il n'a été tenu aucun compte de la réserve de la RFY à l'article IX de la Convention, alors qu'elle revêt, au regard des règles pertinentes du droit des traités, une importance considérable en ce qui concerne la compétence de la Cour en l'espèce. La RFY a adressé une notification d'adhésion au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies en sa qualité de dépositaire le 6 mars 2001, qui contient une réserve à l'article IX de la Convention ainsi libellée :

«La RFY ne se considère pas liée par l'article IX de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide: c'est pour-

Genocide, and, therefore, before any dispute to which the FRY is a party may be validly submitted to the jurisdiction of the International Court of Justice under this Article, the specific and explicit consent of the FRY is required in each case.” (United Nations doc. C.N.945.2006.TREATIES-2 (Depositary Notification).)

In a Note dated 21 March 2001 the Secretary-General stated, *inter alia*, that “[d]ue note has been taken of the reservation contained in the instrument” (*ibid.*).

On 18 May 2001 the Permanent Representative of Croatia sent a communication to the Secretary-General, stating *inter alia*:

“The Government of the Republic of Croatia objects to the deposition of the instrument of accession of the Federal Republic of Yugoslavia to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, due to the fact that the Federal Republic of Yugoslavia is already bound by the Convention since its emergence as one of the five equal successor States to the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia.

.....

The Government of the Republic of Croatia further objects to the reservation made by the Federal Republic of Yugoslavia in respect of Article IX of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, and considers it to be incompatible with the object and purpose of the Convention. The Government of the Republic of Croatia considers the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide to be fully in force and applicable between the Republic of Croatia and the Federal Republic of Yugoslavia, including Article IX.” (*Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, Status as at 31 December 2002*, United Nations doc. ST/LEG/SER./E/21, p. 129.)

186. Thus, the objection of Croatia concerns two things:

- (i) accession as a means of expressing consent of the FRY to be bound by the Genocide Convention; and
- (ii) the reservation of the FRY made in respect of Article IX of the Convention.

In concreto, the objection to the reservation in respect of Article IX is of interest, having in mind the fact that Croatia considers “the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide to be fully in force and applicable between the Republic of Croatia and the Federal Republic of Yugoslavia, including Article IX”.

In that regard it seems clear that the objection to Article IX, supported by the fact that Croatia is not opposed to the entry into force of the Convention between itself and the Respondent, makes automatically applica-

quoi, pour qu'un différend auquel la RFY est partie puisse être valablement soumis à la Cour internationale de Justice en vertu dudit article, le consentement spécifique et exprès de la RFY est nécessaire dans chaque cas.» (Nations Unies, doc. C.N.945.2006. TREATIES-2 (notification dépositaire).)

Dans une note datée du 21 mars 2001, le Secrétaire général a notamment indiqué «qu'il a été dûment pris note de la réserve figurant dans l'instrument» (*ibid.*).

Le 18 mai 2001, le représentant permanent de la Croatie a adressé au Secrétaire général une communication dans laquelle il déclarait notamment:

«Le Gouvernement de la République de Croatie formule une objection contre le dépôt de l'instrument d'adhésion de la République fédérale de Yougoslavie à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide au motif que la République fédérale de Yougoslavie est déjà liée par la Convention depuis qu'elle est devenue l'un des cinq Etats successeurs égaux de l'ex-République socialiste fédérative de Yougoslavie.

.

Le Gouvernement de la République de Croatie fait en outre une objection à la réserve formulée par la République fédérale de Yougoslavie à l'égard de l'article IX de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et considère que cette réserve est incompatible avec l'objet et le but de la Convention. Le Gouvernement de la République de Croatie considère que la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide est pleinement en vigueur et applicable entre la République de Croatie et la République fédérale de Yougoslavie, y compris son article IX.» (*Traité multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général, état au 31 décembre 2002*, Nations Unies, doc. ST/LEG/SER.E/21, p. 129.)

186. Ainsi, l'objection de la Croatie est double en ce qu'elle vise:

- i) l'adhésion comme moyen d'exprimer le consentement de la RFY à être liée par la convention sur le génocide; et
- ii) la réserve de la RFY à l'article IX de la Convention.

In concreto, l'objection à la réserve concernant l'article IX est intéressante, si l'on songe que la Croatie considère que «la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide est pleinement en vigueur et applicable entre la République de Croatie et la République fédérale de Yougoslavie, y compris son article IX».

A cet égard, il semble clair que l'objection à l'article IX, étayée par le fait que la Croatie n'est pas opposée à l'entrée en vigueur de la Convention entre elle-même et le défendeur, rend le paragraphe 3

ble paragraph 3 of Article 21 of the Convention on the Law of Treaties, which stipulates:

“When a State objecting to a reservation has not opposed the entry into force of the treaty between itself and the reserving State, the provisions to which the reservation relates do not apply as between the reserving State and the objecting State to the extent of the reservation.”

187. The action taken by the Secretary-General through the Legal Counsel in regard to the deposited multilateral treaties, including the Genocide Convention, is basically of an administrative nature, a sort of reminder of the necessary consequences resulting from the fact that by the act of admission of the FRY, it was at the same time accepted and recognized, implicitly and explicitly, as a new personality both by the Organization itself and its member States (paras. 167-173 above) and implemented in the total structure of the Organization. As such, it fits perfectly the function of the depositary provided by Article 77, paragraph 1 (*e*), of the Convention on the Law of Treaties, i.e., “[i]nforming the parties and the States entitled to become parties to the treaty of acts, notifications and communications relating to the treaty” (United Nations, *Treaty Series*, Vol. 1155).

3. *Preliminary objection to the jurisdiction of the Court, and to admissibility ratione temporis*

188. This particular objection of the Respondent is treated by the majority “at one and the same time [as] an objection to jurisdiction and one going to the admissibility of the claims” (Judgment, para. 120), consequently, as “two inseparable issues in the present case” (*ibid.*, para. 129).

Innovativeness of such a treatment of the issues of the scope of the jurisdiction of the Court *ratione temporis* and the admissibility of claims is accompanied by a contradictory reasoning. For, if the essential characteristics of an objection to jurisdiction is in that “if upheld, it brings the proceedings in respect of that claim to an end” (*ibid.*, para. 120) and objections to admissibility, as observed by reference to the Judgment in the *Oil Platforms* case “normally take the form of an assertion that, even if the Court has jurisdiction and the facts stated by the applicant State are assumed to be correct” (*ibid.*), the Court nonetheless declines to hear the case, it is unclear how two such objections can be considered inseparable issues. For, whereas the objection to jurisdiction concerns the existence of the jurisdiction of the Court *ad casum*, an objection to inadmissibility, as accepted by the majority, is concerned with the performance of the jurisdiction that is established.

189. It is true that the Respondent formulated this objection in the sense that “claims based on acts and omissions which took place prior to

de l'article 21 de la convention sur le droit des traités automatiquement applicable :

«Lorsqu'un Etat qui a formulé une objection à une réserve ne s'est pas opposé à l'entrée en vigueur du traité entre lui-même et l'Etat auteur de la réserve, les dispositions sur lesquelles porte la réserve ne s'appliquent pas entre les deux Etats, dans la mesure prévue par la réserve.»

187. Les mesures prises par le Secrétaire général par l'intermédiaire du conseiller juridique en ce qui concerne les traités multilatéraux dont il est le dépositaire, y compris la convention sur le génocide, sont de nature essentiellement administrative; elles constituent en quelque sorte un rappel des conséquences nécessaires découlant du fait que, par son admission, la RFY était en même temps acceptée et reconnue, implicitement et expressément, comme une nouvelle personnalité tant par l'Organisation elle-même que par ses Etats Membres (par. 167-173 ci-dessus), et ce à l'échelle de l'Organisation dans son ensemble. Cette action correspond donc parfaitement à la fonction de dépositaire au sens de l'alinéa e) du paragraphe 1 de l'article 77 de la convention de Vienne sur le droit des traités, qui consiste à «[i]nformer les parties au traité et les Etats ayant qualité pour le devenir des actes, notifications et communications relatifs au traité» (Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1155).

3. *Exception préliminaire à la compétence de la Cour et à la recevabilité ratione temporis*

188. Cette exception du défendeur est considérée par la majorité «à la fois comme une exception d'incompétence et comme une exception d'irrecevabilité des demandes» (arrêt, par. 120), donc comme soulevant, «en la présente affaire, deux questions indissociables» (*ibid.*, par. 129).

L'innovation que représente un tel traitement des questions d'étendue de la compétence de la Cour *ratione temporis* et de recevabilité des demandes s'accompagne d'un raisonnement contradictoire. En effet, si la caractéristique d'une exception à la compétence est que, «lorsqu'elle est retenue, [elle] a pour effet de mettre fin à la procédure en ce qui concerne la demande visée» (*ibid.*, par. 120) et si une exception à la recevabilité, comme la Cour le relève en renvoyant à l'affaire des *Plates-formes pétrolières*, «[n]ormalement, ... consiste à affirmer que, quand bien même la Cour serait compétente et les faits exposés par l'Etat demandeur seraient tenus pour exacts» (*ibid.*), elle refuse néanmoins de connaître de l'affaire, on voit mal comment ces deux exceptions peuvent être considérées comme indissociables. Car, si l'exception à la compétence concerne l'existence de la compétence de la Cour en l'espèce, l'exception à la recevabilité, telle qu'acceptée par la majorité, a trait à l'exercice de la compétence qui est établie.

189. Il est exact que le défendeur a formulé cette exception au sens où «les demandes fondées sur les agissements et les omissions antérieurs au

27 April 1992 are beyond the jurisdiction of this Court and inadmissible” (CR 2008/12, p. 68). It is equally true, however, that it is up to a party to the dispute, *in concreto* the Respondent, to *present* its objection(s) to jurisdiction, and that it is up to the Court to make the determination on the basis of final submissions and, if necessary, other pertinent evidence, the real meaning of a jurisdictional objection. This would not be a matter which touches upon the power of the Court to “‘substitute itself for them and formulate new submissions simply on the basis of arguments and facts advanced’ (P.C.I.J., *Series A, No. 7*, p. 35)” (*Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 1974, p. 466, para. 30), but a matter of the objective determination of a legal issue.

It seems, based on the wording of this particular objection of the FRY, as well as on the reasons advanced, that it is rather an objection to the scope of the jurisdiction *ratione temporis*, whereas admissibility could be an alternative objection.

190. It appears that the majority fails to pay due regard to the fact, which any legal reasoning must obey, considering that it expresses the iron law of logic and common sense itself. And, that is, that any legal personality, including a State, might bear responsibility or be subject to the legal procedure, only if it exists and during the period of time of its existence. *In concreto*, it seems obvious that the Court may have jurisdiction starting only on 27 April 1992, when the Respondent was constituted as the legal person in terms of international law — for acts or omissions which may be attributed to it.

The term “State” in the International Law Commission’s Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (Annex to General Assembly resolution 56/83, 12 December 2001) possesses a clear and precise meaning. It is certainly not a State in an abstract or meta-physical sense, but a real State, a State in existence. Only a State in existence, bound by an international obligation, may commit an internationally wrongful act that entails international responsibility. The same holds true, *mutatis mutandi*, also for the term “State” or “party” used both in the Statute and in the Rules of Court. Jurisdiction of the Court, either *stricto* or *lato sensu*, cannot be established in relation to a non-existent State.

191. In the law of State responsibility, the only exception to that iron rule of logic is the mechanism of succession in respect of treaties of delictual responsibility. The Applicant refers to the rule provided in Article 10, paragraph 2, of the ILC’s Articles on State Responsibility, according to which “‘the conduct of a movement insurrectional or other which succeeds in establishing a new State shall be considered an act of the new State under international law’” (Judgment, para. 125).

192. Two observations seem relevant in that regard:

First, the mechanism of succession in respect of delictual responsibility is not a part of *lex lata*;

Second, this particular assertion of the Applicant seems manifestly

27 avril 1992 ne relèvent pas de la compétence de la Cour et sont irrecevables» (CR 2008/12, p. 68). Il est toutefois également exact que c'est à une partie au différend, en l'espèce au défendeur, de *présenter* son ou ses exceptions à la compétence, et que c'est à la Cour de statuer sur la base des conclusions finales et, si nécessaire, d'autres éléments pertinents, sur le sens véritable de l'exception à sa compétence. Il ne s'agit pas d'une question liée au pouvoir de la Cour de «se substituer [aux Parties] pour en formuler de nouvelles sur la base des seules thèses avancées et faits allégués» (C.P.J.I. série A n° 7, p. 35)» (*Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 466, par. 30), mais d'une question juridique qui doit être tranchée objectivement.

Il semble, d'après le libellé de cette exception de la RFY, de même que d'après les raisons avancées par celle-ci, qu'il s'agit plutôt d'une exception à l'étendue de la compétence *ratione temporis*, tandis que celle qui concerne la recevabilité pourrait être une exception subsidiaire.

190. Il apparaît que la majorité ne tient pas dûment compte de ce fait, auquel tout raisonnement juridique devrait déférer, étant donné qu'il exprime la loi d'airain de la logique et le bon sens lui-même, à savoir que toute personne juridique, y compris un Etat, peut voir sa responsabilité engagée ou faire l'objet d'une procédure judiciaire uniquement s'il existe et pendant qu'il existe. *In concreto*, il semble évident que la Cour a peut-être compétence à partir du 27 avril 1992 seulement, la date à laquelle le défendeur a été constitué en personne juridique au regard du droit international — pour les actes ou omissions qui peuvent lui être attribués.

Dans les articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (annexés à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001), le terme «Etat» a un sens clair et précis. Il ne s'agit assurément pas d'un Etat au sens abstrait ou métaphysique, mais d'un Etat réel, un Etat qui existe. Seul un Etat qui existe et est lié par une obligation internationale peut commettre un fait internationalement illicite qui engage sa responsabilité internationale. Il en va de même, *mutatis mutandi*, du terme «Etat» ou «partie» utilisé dans le Statut et le Règlement de la Cour. La compétence de la Cour, que ce soit *stricto* ou *lato sensu*, ne peut être établie à l'égard d'un Etat inexistant.

191. Dans le droit de la responsabilité de l'Etat, la seule exception à cette règle de la logique est le mécanisme de succession en matière de traités relatifs à la responsabilité délictuelle. Le demandeur renvoie à la règle énoncée au paragraphe 2 de l'article 10 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat, selon laquelle «[l]e comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre qui parvient à créer un nouvel Etat ... est considéré comme un fait de ce nouvel Etat d'après le droit international» (arrêt, par. 125).

192. Deux observations semblent pertinentes à cet égard :

Premièrement, le mécanisme de succession en matière de responsabilité délictuelle ne fait pas partie de la *lex lata*;

Deuxièmement, cette affirmation particulière du demandeur semble

absurd, in serious conflict with common sense and cogent legal considerations. The assertion that the FRY — which is, in fact, a part of the SFRY that remained after the successive secessions of the four former federal units, including Croatia, and whose legal position in terms of legal identity and continuity with the SFRY was the subject of vehement legal and political confrontations in the international community — came into being as a consequence of a successful insurrectional movement, hardly deserves another qualification. Besides, it turns out that the “successful insurrectional movement” grew into the youngest successor State in the territory of the former SFRY, following the four successive secessions of the former Yugoslav republics, ending the process of its dissolution.

It appears that such an assertion is rather a matter of litigation strategy. In the majority view, the determination of questions relating to the assertion of the Applicant regarding the insurrectional nature of the FRY would require it “to enter into an examination of factual issues concerning the events leading up to the dissolution of the SFRY and the establishment of the FRY” (Judgment, para. 127). It appears, however, that examination of the relevant factual issues *in concreto* is not a sufficient basis for the determination of this particular objection of the Respondent as one having no exclusively preliminary nature.

193. The issue of the dissolution of the SFRY is of a mixed nature, being a *questio juris et questio facti* at the same time, since it is based on the principles of international law which serve to define the conditions in which an entity constitutes a State or disappears as a State. As regards the *questio facti* aspect of the dissolution of the SFRY, the relevant facts have been clearly established by the Arbitration Commission and accepted by the international community as well as by the successor States of the SFRY.

According to Opinion No. 1 of the Arbitration Commission (*International Legal Materials*, Vol. 31 (November 1992), p. 1496), due to the fact that the republics, more precisely Slovenia, Croatia, Bosnia and Herzegovina and Macedonia “have expressed their desire for independence” the “composition and workings of the essential organs of the Federation . . . no longer meet the criteria of participation and representativeness inherent in a federal State” and, consequently, “the SFRY is in the process of dissolution”. The process was completed — as stated by the Commission in its Opinion No. 8 (*ibid.*, p. 1523), adopted with respect to the question posed on 18 May 1992 by Lord Carrington — with the constitution of the Federal Republic of Yugoslavia as a new State that on 27 April 1992 adopted a new Constitution (92 *International Law Reports (ILR)* 167). *Ergo*, these facts, being established and accepted, did not even call for a special examination, but were simply to be perceived or taken cognizance of.

Finally, even if these facts ought to have been the subject of examination, they were obviously not of such a nature as to be preclusive of the matter. As such they are issues that “may be by no means divorced from

manifestement absurde car totalement contraire au sens commun et à des considérations juridiques extrêmement convaincantes. L'affirmation selon laquelle la RFY — laquelle est, en fait, la partie de la RSFY qui a subsisté après les sécessions successives des quatre ex-entités fédérales, y compris la Croatie, et dont la situation juridique du point de vue de l'identité juridique et de la continuité avec la RSFY a fait l'objet de très vifs débats politiques et juridiques au sein de la communauté internationale — a vu le jour parce qu'un mouvement insurrectionnel est parvenu à créer un Etat ne peut guère être qualifiée autrement. Par ailleurs, ce «mouvement insurrectionnel» est devenu le plus jeune Etat successeur sur le territoire de l'ex-RSFY, à la suite des quatre sécessions successives des ex-républiques yougoslaves, mettant fin au processus de dissolution.

Il semble que cette affirmation relève de la stratégie judiciaire du demandeur. Selon la majorité, pour trancher les questions que soulève l'affirmation du demandeur relative au caractère insurrectionnel de la RFY, il faudrait «se livrer à un examen des points de fait relatifs aux événements qui ont conduit à la dissolution de la RSFY et à la création de la RFY» (arrêt, par. 127). Il semble toutefois que l'examen des questions de fait pertinentes *in concreto* ne suffit pas pour décider que cette exception particulière du défendeur n'a pas exclusivement un caractère préliminaire.

193. La question de la dissolution de la RSFY est une question mélangée, à la fois une *questio juris* et une *questio facti*, puisqu'elle concerne les principes du droit international servant à définir les conditions dans lesquelles une entité constitue un Etat ou disparaît en tant qu'Etat. En ce qui concerne l'aspect factuel de la dissolution de la RSFY, les faits pertinents ont été clairement établis par la Commission d'arbitrage et acceptés par la communauté internationale ainsi que par les Etats successeurs de la RSFY.

Selon l'avis n° 1 de la Commission d'arbitrage (*International Legal Materials*, vol. 31, novembre 1992, p. 1496), lorsque «la volonté d'indépendance des républiques [plus précisément la Slovénie, la Croatie, la Bosnie-Herzégovine et la Macédoine] s'est exprimée», la «composition et le fonctionnement des organes essentiels de la Fédération ... ne satisfont plus aux exigences de participation et de représentativité inhérentes à un Etat fédéral» et, en conséquence, «la République socialiste fédérative de Yougoslavie est engagée dans un processus de dissolution». Ce processus s'est achevé — comme l'a constaté la Commission dans son avis n° 8 (*ibid.*, p. 1523), adopté sur la question posée le 18 mai 1992 par lord Carlington — avec la création de la République fédérale de Yougoslavie en tant que nouvel Etat qui, le 27 avril 1992, a adopté une nouvelle Constitution (92 *International Law Reports (ILR)* 167). Ainsi, ces faits étaient établis et acceptés, aucun examen spécial n'était même nécessaire et il fallait simplement en tenir compte ou en prendre acte.

Enfin, même si ces faits auraient dû faire l'objet d'un examen, à l'évidence ils n'étaient pas de nature à constituer un obstacle. En tant que telles, ces questions «ne [peuvent] être dissociées du fond. Il arrive sou-

the merits. A jurisdictional decision may often have to touch upon the latter or at least involve some consideration of them.” (*Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council, Judgment, I.C.J. Reports 1972*, p. 56, para. 18 (c)). It might rather be said that they touch

“on a point of merits, but . . . only in a provisional way, to the extent necessary for deciding the question raised by the preliminary objection. Any finding on the point of merits therefore, ranks simply as part of the motivation of the decision on the preliminary objection, and not as the object of that decision.” (*South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966*, p. 37, para. 59.)

194. The extension of the scope of the jurisdiction of the Court *ratione temporis* to the events that occurred before 27 April 1992 radically modified the characterization of the case in terms of responsibility. Considering that in the period preceding 27 April 1992 the Respondent did not exist as a State, extension of the scope of the Court’s jurisdiction *ratione temporis* can mean two things:

- (i) that the responsibility claim was addressed to a dead, non-existent State; or
- (ii) that, assuming hypothetically that there exists the rule of positive international law regarding succession in respect of delictual responsibility, the responsibility claim of the Applicant as such, apart from the jurisdictional side of the matter, represents, in fact, a claim for joint and several responsibility of Serbia, Montenegro, as well as Bosnia and Herzegovina and Macedonia, either of both or of Macedonia alone, depending on the moment of occurrence of the events alleged by the Applicant in its Memorial, as successor States which the territorially reduced SFRY comprised in that period.

4. Preliminary objection to the admissibility of claims relating to the submission of certain persons to trial, provision of information on missing Croatian citizens, and return of cultural property

195. Given the unusual understanding of the jurisdiction of the Court *ratione personae et materiae* (paras. 18-20 above), this particular objection remains simply “preliminary objection” and is treated as such.

In fact, all three issues included in this particular objection are *par excellence* issues of the jurisdiction of the Court *ratione materiae* that should be assessed in terms of whether there is a dispute between the Parties that falls within the scope of Article IX of the Genocide Convention. Article IX states that:

“Disputes between the Contracting Parties relating to the interpretation, application or fulfilment of the present Convention, including

vent qu'une décision sur la compétence doive aborder le fond ou du moins comporter un certain examen au fond.» (*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI, arrêt, C.I.J. Recueil 1972, p. 56, par. 18 c.*) On pourrait dire qu'elles touchent

«à un point de fond, mais ... à titre provisoire et dans la mesure nécessaire pour décider la question soulevée par l'exception. Toute déclaration sur le point de fond constitue donc simplement un motif de la décision sur l'exception et non l'objet de celle-ci.» (*Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966, p. 37, par. 59.*)

194. L'extension du champ de la compétence de la Cour *ratione temporis* aux événements qui se sont produits avant le 27 avril 1992 a radicalement modifié la qualification de l'affaire du point de vue de la responsabilité. Comme avant le 27 avril 1992 le défendeur n'existait pas en tant qu'Etat, l'extension du champ de la compétence de la Cour *ratione temporis* peut signifier deux choses:

- i) que l'action en responsabilité visait un Etat défunt, inexistant; ou
- ii) que, même à supposer qu'il existe une règle de droit international positif concernant la succession en matière de responsabilité délictuelle, l'action en responsabilité du demandeur, outre l'aspect de la question touchant la compétence, représente en fait une action en responsabilité solidaire et conjointe visant la Serbie et le Monténégro, auxquels il faudrait ajouter, selon le moment où se sont produits les événements allégués par le demandeur dans son mémoire, la Bosnie-Herzégovine et la Macédoine ou la Macédoine seule, en leur qualité d'Etats successeurs présents dans le territoire réduit qui constituait la RSFY à l'époque.

4. Exception préliminaire à la recevabilité des demandes relatives à la traduction de certaines personnes en justice, la communication de renseignements sur les citoyens croates portés disparus et la restitution de biens culturels

195. Etant donné la conception inhabituelle de la compétence de la Cour *ratione personae* et *materiae* (par. 18-20 ci-dessus), cette exception particulière demeure simplement une «exception préliminaire» et est traitée comme telle.

En fait, les trois questions visées dans cette exception sont par excellence des questions touchant à la compétence *ratione materiae* de la Cour, qu'il conviendrait d'apprécier en cherchant à établir s'il existe entre les parties un différend relevant du champ d'application de l'article IX de la convention sur le génocide. Cet article se lit comme suit:

«Les différends entre les Parties contractantes relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente convention, y com-

those relating to the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in Article III, shall be submitted to the International Court of Justice at the request of any of the parties to the dispute.”

196. As regards the submission of certain persons to trial, it seems obvious that it is essential that certain conditions be met in order that the dispute regarding the submission could be considered as a dispute falling within the ambit of Article IX of the Convention. Firstly, that the persons accused of genocide or any other acts enumerated in Article III of the Convention have precisely been identified in due procedure provided for by the law of the ICTY. Further, that it has been shown that persons charged by the ICTY Prosecutor with acts of genocide committed in Croatia are to be found in the territory of the Respondent or territory within its control. Finally, that the Applicant did not take effective steps to submit those persons to the ICTY as a “competent international penal tribunal” in terms of Article VI of the Convention. It seems that none of these preconditions have been fulfilled.

197. It is a matter of common knowledge that not a single citizen of the Respondent has been accused of genocide or other acts enumerated in Article III of the Convention, allegedly committed in the territory of Croatia. (As to the part of the submission relating to the former President, Mr. S. Milosević, it is not only moot but, as presently designed, it implies the existence of a sort of *actio popularis*, which is obviously totally erroneous (see *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, *Second Phase, Judgment*, *I.C.J. Reports 1966*, p. 47, para. 88).)

It is in that sense that the Applicant has invoked the Genocide Convention, since it refers to “trial before the appropriate judicial authority” (submission 2 (a) in the Memorial) and not to the “international penal tribunal” in terms of Article VI of the Convention.

Therefore, it is only in the case of accumulation of certain elements of the dispute as regards the “submission of certain persons to trial” in the terms of the Genocide Convention that it would fall within the jurisdiction of the Court *ratione materiae*.

The Applicant probably has in mind the submission of certain persons indicted for genocide by its organs, which are not verified by the Chief Prosecution and the ICTY itself, for trial before its national criminal courts. If so, the Applicant’s submission is rather a matter of application of treaty rules in force between Croatia and Serbia on legal assistance in criminal matters.

198. It is however true, that in the oral proceedings counsel for Croatia referred, *inter alia*, also to the ICTY, by saying: “persons found in Serbia suspected of committing genocide in Croatia can still be submitted to trial before the ICTY — which is a tribunal —, and *Serbia would, on that hypothesis still have obligations to fulfil*” (CR 2008/13, p. 35 (Crawford));

pris ceux relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III, seront soumis à la Cour internationale de Justice, à la requête d'une partie au différend.»

196. En ce qui concerne la traduction de certaines personnes en justice, il est évidemment essentiel que certaines conditions soient remplies pour que le différend sur ce point puisse être considéré comme relevant de l'article IX de la Convention. Premièrement, il faut que les personnes accusées de génocide ou de tous autres actes visés à l'article III de la Convention aient été précisément identifiées selon la procédure régulière prévue par le droit du TPIY. De plus, il faut qu'il soit établi que les personnes accusées par le procureur du TPIY d'actes de génocide commis en Croatie se trouvent sur le territoire du défendeur ou sur un territoire sous son contrôle. Enfin, il faut que le demandeur n'ait pas pris de mesures effectives pour remettre ces personnes au TPIY, qui a qualité de «cour criminelle internationale ... compétente» au sens de l'article VI de la Convention. Il semble qu'aucune de ces conditions n'ait été satisfaite.

197. Il est de notoriété publique que pas un seul national du défendeur n'a été accusé de génocide ni d'autres actes visés à l'article III de la Convention, commis sur le territoire de la Croatie. (S'agissant de la partie de la conclusion concernant l'ancien président Milosević, elle est non seulement caduque mais elle implique sous sa forme actuelle l'existence d'une sorte d'*actio popularis*, ce qui manifestement est tout à fait erroné (voir *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud)*, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966, p. 47, par. 88).)

C'est dans ce sens que le demandeur a invoqué la convention sur le génocide, puisqu'il vise la traduction en justice «devant l'autorité judiciaire compétente» (mémoire, conclusion 2 a)) et non la «cour criminelle internationale» aux termes de l'article VI de la Convention.

Ainsi, c'est uniquement en cas d'accumulation de certains éléments du différend en ce qui concerne la «traduction de certaines personnes en justice» au sens de la convention sur le génocide que la Cour serait compétente *ratione materiae*.

Le demandeur songeait probablement à la traduction en justice devant ses tribunaux pénaux nationaux de certaines personnes accusées de génocide par ses organes, des accusations qui ne sont pas confirmées par le procureur du TPIY ni par celui-ci. Si tel est le cas, la conclusion du demandeur concerne davantage l'application des règles conventionnelles en vigueur entre la Croatie et la Serbie sur l'entraide judiciaire en matière pénale.

198. Il est toutefois exact que lors de la procédure orale le conseil de la Croatie a, entre autres, également mentionné le TPIY lorsqu'il a déclaré: «les personnes, en Serbie, sur lesquelles pèse de manière certaine une présomption d'avoir commis des actes de génocide en Croatie peuvent néanmoins être traduites en justice devant le TPIY — il s'agit là d'un tri-

emphasis added). The Applicant, in fact, presumed that a number of perpetrators so charged are in Serbia (CR 2008/10, p. 15 (Šimonović)).

By reference to the ICTY the matter is *prima facie* brought into *nexus* with the Genocide Convention. That *nexus* is, however, of hypothetical nature and, as such, it is beyond the jurisdiction of the Court. On this particular point, in fact, there does not exist an actual, real, dispute as a primary condition for the Court to exercise its judicial function, but a hypothetical dispute.

For the dispute between the Parties is one thing, and the dispute before the Court is quite another. What, in effect, does the Applicant contend? On the one hand, that the persons charged with genocide by the Croatian authorities are *presumably* staying in Serbia and, on the other, that these persons, who *may* be staying in Serbia, *might* be accused in a proper procedure before the ICTY, as a competent international penal tribunal, which *might* then activate the obligation of Serbia to co-operate with the ICTY. The Respondent denies that contention, putting forward arguments which appear relevant to it.

199. Consequently, it is indisputable that there are clearly opposite views, a disagreement about the submission of Croatia. But, such a disagreement is not sufficient to constitute the dispute before the Court to fall within the competence of the Court *in casu*.

It is of an abstract, hypothetical nature in view of the fact that the submission of the Applicant is subjected to a triple qualification:

- (a) that the persons charged with genocide by the Croatian authorities are staying in the territory of Serbia;
- (b) that the ICTY bring in an indictment against them; and
- (c) that Serbia, explicitly or tacitly, refuse to co-operate with the ICTY.

200. Thus, it appears that, in actual fact, there does not exist a dispute between the Parties in terms of the well-known definition given in the case concerning *Mavrommatis Palestine Concessions*. According to that definition the dispute is a “disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests between two persons” (*Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 11*).

The Parties are, in essence, not disputing a point of law, because the Respondent does not deny the obligation to co-operate with the ICTY in terms of Article VI of the Convention. For its part, the Applicant does not deny that the ICTY has not accused any of the Respondent’s citizens of the crime of genocide allegedly committed in the territory of Croatia.

Accordingly, what remains as a possible subject of dispute before the Court is a disagreement on a point of fact. However, *in concreto*, the “fact” in terms of a thing that exists or occurred simply is not present.

bunal —, et la Serbie aurait toujours, dans de telles circonstances, des obligations à honorer» (CR 2008/13, p. 35 (Crawford); les italiques sont de moi). En fait, le défendeur supposait qu'un certain nombre de personnes ainsi accusées se trouvaient en Serbie (CR 2008/10, p. 15 (Šimonović)).

Par cette mention qui est faite du TPIY, un lien est présomptivement établi entre la question et la convention sur le génocide. Ce lien a toutefois une nature hypothétique et, en tant que tel, ne relève pas de la compétence de la Cour. Sur ce point particulier, en fait, il n'existe pas de différend réel et effectif, condition préalable à l'exercice de la fonction judiciaire de la Cour, mais un différend hypothétique.

En effet, le différend entre les parties est une chose, le différend devant la Cour en est une autre. Qu'affirme donc le requérant? D'une part, qu'il existe une *présomption* que les personnes accusées d'actes de génocide par les autorités croates résident en Serbie et, de l'autre, que ces personnes, qui résident *peut-être* en Serbie, *pourraient peut-être* être accusées dans le cadre d'une procédure régulière devant le TPIY, qui a qualité de cour criminelle internationale compétente, ce qui *pourrait* activer l'obligation de la Serbie de coopérer avec le TPIY. Le défendeur rejette cette prétention, avançant des arguments qui semblent pertinents.

199. Il est donc incontestable qu'il y a des opinions clairement opposées, un désaccord au sujet de la conclusion de la Croatie. Mais un tel désaccord ne suffit pas pour faire du différend porté devant la Cour un différend qui relève de la compétence de celle-ci *in casu*.

Ce différend est en effet de nature abstraite et hypothétique, car la conclusion du demandeur est assujettie aux trois conditions suivantes:

- a) que les personnes accusées de génocide par les autorités croates résident sur le territoire de la Serbie;
- b) que le TPIY mette ces personnes en accusation; et
- c) que la Serbie, expressément ou tacitement, refuse de coopérer avec le TPIY.

200. Il apparaît ainsi qu'en fait il n'y a pas de différend entre les Parties au sens de la définition bien connue formulée dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*. Selon cette définition, un différend est «un désaccord sur un point de droit ou de fait, ou une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes» (*arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2*, p. 11).

Fondamentalement, les Parties ne s'opposent pas sur un point de droit, parce que le défendeur ne nie pas l'obligation de coopérer avec le TPIY au sens de l'article VI de la Convention. Pour sa part, le demandeur ne nie pas qu'aucun national du défendeur n'a été accusé par le TPIY du crime de génocide qui aurait été commis sur le territoire de la Croatie.

C'est pourquoi ce qui demeure un sujet possible de désaccord devant la Cour est un désaccord sur un point de fait. Toutefois, *in concreto*, il n'y a pas en l'occurrence de «fait», c'est-à-dire une chose qui arrive ou qui

What the Court is really faced with is not a “fact”, but a presumed fact or a hypothetical fact. Dealing with presumed facts or hypothetical facts however is outside the purview of the judicial function of the Court because of cogent legal considerations. For, as the Court stated in the case concerning *Northern Cameroons*:

“The function of the Court is to state the law, but it may pronounce judgment only in connection with concrete cases where there exists at the time of the adjudication *an actual controversy* involving a conflict of legal interests between the parties. *The Court’s judgment must have some practical consequence* in the sense that it can affect existing legal rights and obligations of the parties, thus removing uncertainty from their legal relations.” (*Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1963*, pp. 33-34.)

It would be incompatible with the judicial function of the Court to render judgments which would be dependent on the existence of facts or situations to which a party refers.

201. The majority’s conclusion as regards the duty of prosecution and punishment that “[t]hese issues are clearly matters of interpretation or application of the Genocide Convention” (Judgment, para. 136) seems correct but abstract, since it is not followed by a proper *conclusio*. The Genocide Convention does not contain the principle of universal repression. States are “obliged to punish persons charged with the commission of acts coming under the Convention insofar as they were committed in their territory” (N. Robinson, *The Genocide Convention, its Origins and Interpretation*, 1949, p. 31).

In its Judgment in the *Bosnia* case, the Court stated clearly:

“Even if Serbian domestic law granted jurisdiction to its criminal courts to try those accused, and even supposing such proceedings were compatible with Serbia’s other international obligations, *inter alia* its obligation to co-operate with the ICTY, to which the Court will revert below, an obligation to try the perpetrators of the Srebrenica massacre in Serbia’s domestic courts cannot be deduced from Article VI. Article VI only obliges the Contracting Parties to institute and exercise territorial criminal jurisdiction; while it certainly does not prohibit States, with respect to genocide, from conferring jurisdiction on their criminal courts based on criteria other than where the crime was committed which are compatible with international law, in particular the nationality of the accused, it does not oblige them to do so.” (*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)*, pp. 226-227, para. 442.)

The idea underlying the *conclusio* of the majority seems to be the under-

est arrivée. Ce à quoi la Cour est en réalité confrontée n'est pas un «fait» mais un fait présumé ou hypothétique. Or il ne relève pas de la fonction judiciaire de la Cour, pour des raisons juridiques puissantes, de connaître de faits présumés ou hypothétiques. Ainsi que la Cour l'a déclaré dans l'affaire concernant le *Cameroun septentrional*:

«La fonction de la Cour est de dire le droit, mais elle ne peut rendre des arrêts qu'à l'occasion de cas concrets dans lesquels il existe, au moment du jugement, *un litige réel* impliquant un conflit d'intérêts juridiques entre les parties. *L'arrêt de la Cour doit avoir des conséquences pratiques* en ce sens qu'il doit pouvoir affecter les droits ou obligations juridiques existants des parties, dissipant ainsi toute incertitude dans leurs relations juridiques.» (*Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1963*, p. 33-34.)

Il serait incompatible avec la fonction judiciaire de la Cour que celle-ci rende des arrêts dépendant de l'existence de faits ou de situations invoqués par une partie.

201. La conclusion de la majorité concernant l'obligation de poursuivre et de punir, selon laquelle «ces questions relèvent clairement de l'interprétation ou de l'application de la convention sur le génocide» (arrêt, par. 136), semble correcte mais abstraite, car elle n'est pas suivie par une *conclusio* appropriée. La convention sur le génocide n'énonce pas le principe de la répression universelle. Les Etats sont «tenus de punir les personnes accusées d'avoir commis des actes relevant de la Convention pour autant que ces actes aient été commis sur leur territoire» (N. Robinson, *The Genocide Convention, its Origins and Interpretation*, 1949, p. 31).

Dans son arrêt dans l'affaire de la *Bosnie*, la Cour a clairement déclaré ce qui suit:

«Quand bien même le droit interne de la Serbie attribuerait compétence aux tribunaux répressifs de cet Etat pour juger les personnes concernées, et même dans la mesure où un tel jugement serait compatible avec les autres obligations internationales de la Serbie, notamment son obligation de coopération avec le TPIY, sur laquelle la Cour reviendra ci-après, on ne saurait déduire de l'article VI précité une obligation de traduire devant les tribunaux de la Serbie les auteurs du génocide de Srebrenica. L'article VI n'oblige les Etats contractants qu'à instituer et exercer une compétence pénale territoriale; s'il n'interdit certes pas aux Etats de conférer à leurs tribunaux pénaux, en matière de génocide, une compétence fondée sur d'autres critères que le lieu de commission du crime compatibles avec le droit international, en particulier la nationalité de l'accusé, il ne leur impose pas d'agir ainsi.» (*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. 226-227, par. 442.)

L'idée qui sous-tend la conclusion de la majorité semble être que, si

standing that, if a person charged in State A with acts of genocide committed in its territory is found in the territory of State B, a party to the Genocide Convention, that State would be under an obligation to co-operate in the arrest and extradition of such a person. Such an understanding seems erroneous for two principal reasons:

First, the duty to co-operate in the Convention is limited to co-operation with international penal tribunals (Art. VI of the Convention);

Second, it runs counter to the general principle of international criminal law in that regard — *aut dedere, aut punire*. The duty to extradite might be established on the basis of a treaty, bilateral or multilateral, on legal assistance in criminal matters only!

202. It is completely unclear how the dispute on the information on missing persons falls within the jurisdiction of the Court *ratione materiae* under the Genocide Convention. Co-operation of that kind between the Contracting Parties is not envisaged by the Convention. In the concrete case, the object are the bilateral treaty instruments, so this is rather a dispute about its fulfilment.

203. The majority reasoning as regards the return of items of cultural property (submission 2 (*c*)) is, it seems, not in harmony with its *conclusio*. If the majority sees “no reason to depart from its earlier finding on the general question of interpretation of the Convention in this respect” (Judgment, para. 141), it is not clear how it came to the *conclusio* that the objection raised by Serbia is not of an exclusively preliminary nature.

In the *Bosnia* case, the Court found, *inter alia*, that the deliberate destruction of the historical, cultural and religious heritage “does not fall within the categories of acts of genocide set out in Article II of the Convention” (*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)*, pp. 185-186, para. 344. It is *a fortiori* valid for acts of seizure of those items of cultural property. If so, the dispute regarding the return of items of cultural property cannot be considered as falling within the jurisdiction *ratione materiae* of the Court on the basis of Article IX of the Convention, which perceives genocide in terms of physical or biological destruction of the relevant group as such.

204. The majority’s consideration that the claim of Croatia includes “disputed matters of fact” (Judgment, para. 143), appears to be irrelevant in the light of the fact that as a matter of law the so-called cultural genocide does not fall within the scope of the Genocide Convention.

Both objections of the Respondent are determined by the majority as objections having no exclusively preliminary character on the basis of the consideration that it includes disputed matters of fact inappropriate to be examined in the present phase of the proceedings.

In that regard, a different treatment of the disputed matters of fact in

une personne accusée par un Etat A d'actes de génocide commis sur son territoire est découverte sur le territoire d'un Etat B partie à la convention sur le génocide, ce dernier sera tenu de coopérer à l'arrestation et l'extradition de la personne en cause. Cette interprétation semble erronée pour deux raisons principales :

Premièrement, l'obligation de coopérer énoncée dans la Convention est limitée à la coopération avec les cours criminelles internationales (art. VI de la Convention) ;

Deuxièmement, elle va à l'encontre du principe général du droit pénal international à cet égard — *aut dedere, aut punire*. L'obligation d'extraire ne peut être établie que sur la base d'un traité, bilatéral ou multilatéral, d'entraide judiciaire en matière pénale !

202. On ne voit absolument pas comment le différend sur l'information relative aux personnes disparues relève de la compétence de la Cour *ratione materiae* en vertu de la convention sur le génocide. La Convention n'envisage pas de coopération à cet égard entre les parties contractantes. Dans le cas concret qui nous occupe, ce sont les instruments conventionnels bilatéraux qui sont en cause, et il s'agit donc d'un différend relatif à leur respect.

203. Le raisonnement de la majorité en ce qui concerne la restitution de biens culturels (conclusion 2 *c*) n'est pas semble-t-il en harmonie avec sa *conclusio*. Si la majorité « ne voit pas de raison de s'écarter de la conclusion qu'elle a précédemment formulée quant à la question générale d'interprétation de la Convention sur ce point » (arrêt, par. 141), on voit mal comment elle en arrive à sa conclusion selon laquelle l'exception soulevée par la Serbie n'a pas un caractère exclusivement préliminaire.

Dans l'affaire de la *Bosnie*, la Cour a notamment jugé que la destruction délibérée du patrimoine historique, culturel et religieux « ne peut pas être considérée comme un acte de génocide au sens de l'article II de la convention sur le génocide » (*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. 185-186, par. 344). Cette conclusion est *a fortiori* valide en ce qui concerne la saisie de biens culturels. S'il en est ainsi, le différend concernant la restitution de biens culturels ne peut être considéré comme relevant de la compétence *ratione materiae* de la Cour sur la base de l'article IX de la Convention, qui conçoit le génocide comme la destruction physique ou biologique du groupe considéré.

204. L'observation de la majorité selon laquelle la demande de la Croatie porte sur « les éléments de fait en litige » (arrêt, par. 143) semble dénuée de pertinence puisqu'en droit le génocide dit « culturel » ne relève pas du champ d'application de la convention sur le génocide.

La majorité juge que les deux exceptions du défendeur n'ont pas un caractère exclusivement préliminaire au motif qu'elles soulèvent des questions de fait en litige qu'il serait inapproprié d'examiner lors de la présente phase de la procédure.

A cet égard, il semble évident que les questions de fait en litige qui se

closely related cases seems evident. I have in mind the treatment of the disputed facts in the Order of 8 April 1993 (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Provisional Measures, I.C.J. Reports 1993*, p. 25), followed by the Order of 13 September 1993 (*ibid.*, pp. 349-350) as well as the Orders of 2 June 1999 in the ten *Legality of Use of Force* cases ((*Yugoslavia v. Belgium*), *Provisional Measures, I.C.J. Reports 1999 (I)*, p. 138, para. 39) regarding facts that possess a sufficiently clear manifestation of genocidal intent, a matter much more demanding than the matter involved in this particular issue.

(Signed) Milenko KREĆA.

posaient dans des affaires étroitement liées à la présente espèce ont été traitées différemment. Je songe au traitement réservé aux faits contestés dans l'ordonnance du 8 avril 1993 (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1993, p. 25), suivie par l'ordonnance du 13 septembre 1993 (*ibid.*, p. 349-350), ainsi que par les ordonnances du 2 juin 1999 dans les dix affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique)*, mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 138, par. 39) en ce qui concerne des faits impliquant une manifestation suffisamment claire de l'intention de commettre un génocide, une question beaucoup plus exigeante que celle qui se pose dans la présente espèce.

(Signé) Milenko KREĆA.
