

DISSENTING OPINION OF JUDGE DIMITRIJEVIĆ

The nature of facts in law — Facts as results of legal determinations — Status of a State is a fact — Contradictory and ambiguous decisions of international organizations and States and interpretations thereof — What was the status of “Yugoslavia”, the Socialist Federal Republic of Yugoslavia and the Federal Republic of Yugoslavia after 27 April 1992? — The Federal Republic of Yugoslavia was at no time a continuator of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, it was not a Member of the United Nations until 1 November 2000 — The Federal Republic of Yugoslavia thus had no access to the International Court of Justice and was not party to the Genocide Convention in 1996 — Consent to jurisdiction to be narrowly interpreted — Scope of the judgment envisaged in Article 61, paragraph 2, of the Statute possibility of revision based on the final assessment of facts

I INTRODUCTION

1 While I can generally accept the presentation of the historical context of the case, I cannot support the conclusions arrived at in the Judgment

2 The arguments of the majority flow in two principal directions. One is an attempt to dispose of the case “epistemologically”, by restrictively interpreting the meaning of the term “fact” as used in Article 61 of the Statute, and the other — less obvious but contained in the Judgment — through an interpretation of the legal situation which obtained on 11 July 1996 when the Judgment 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 (I C J Reports 1996 (II), p 595)* was delivered. Regretfully, I am unable to follow either line of reasoning.

II WHAT IS “FACT” IN LAW?

3 I cannot subscribe to the view of the majority, based as it is mostly on dictionaries for general use, that a fact is only something that can be perceived by human senses as a part of physical reality. A legal fact, a fact in law, is something that *legally* exists, that belongs to legal reality as a product of legal rules. Being or not being a member of an international organization or a party to an international treaty is a legal fact — not a legal norm — although it can be the result of an authoritative interpretation of the latter.

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE DIMITRIJEVIĆ

[Traduction]

Nature des faits en droit — Faits comme résultant de décisions juridiques — Le statut d'un Etat constitue un fait — Décisions contradictoires et ambiguës des organisations internationales et des Etats, leur interprétation — Quel était le statut de la « Yougoslavie », de la République fédérative socialiste de Yougoslavie et de la République fédérale de Yougoslavie après le 27 avril 1992 ? — La République fédérale de Yougoslavie n'a jamais assuré la continuité de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, elle n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies avant le 1^{er} novembre 2000 — La République fédérale de Yougoslavie ne pouvait donc ester devant la Cour internationale de Justice et n'était pas partie à la convention sur le génocide en 1996 — Le consentement à la compétence doit être strictement interprété — Portée de l'arrêt au sens du paragraphe 2 de l'article 61 du Statut — la possibilité d'une révision se fonde sur la dernière analyse des faits

I. INTRODUCTION

1 Si j'accepte, dans son ensemble, la présentation du contexte historique de l'affaire, je ne puis partager les conclusions formulées dans l'arrêt

2 Les arguments de la majorité s'orientent autour de deux grands axes. L'un correspond à une tentative de statuer sur l'affaire d'un point de vue « épistémologique », en interprétant le terme « fait » tel qu'il est employé à l'article 61 du Statut de façon restrictive, l'autre — moins évident mais présent dans l'arrêt — correspond à une interprétation de la situation juridique au 11 juillet 1996, lorsque fut rendu l'arrêt 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 (C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 595)*. Je ne puis malheureusement souscrire ni à l'un ni à l'autre raisonnement.

II. QU'EST CE QU'UN « FAIT » EN DROIT ?

3 Essentiellement fondée sur des dictionnaires à caractère général, l'opinion de la majorité selon laquelle un fait est simplement quelque chose que l'être humain perçoit comme une partie de la réalité physique ne saurait recueillir mon assentiment. Un fait juridique, un fait en droit, est quelque chose qui existe *juridiquement*, qui appartient à la réalité juridique en tant que produit de règles juridiques. Être ou ne pas être membre d'une organisation internationale ou partie à un traité international constitue un fait juridique — et non pas une norme juridique, bien qu'il puisse s'agir du résultat d'une interprétation autorisée d'une telle norme.

4. Different legal determinations typically rely on different kinds of facts. Often there are conflicting perceptions of the latter. This does not mean, however, that, for example, being or not being a State, having or not having the status of a citizen, having or not having domicile, being or not being a father, being or not being validly married, are mere perceptions. These are facts which may or may not be readily perceptible and may or may not be correctly perceived. But they are facts nonetheless. Whether the Federal Republic of Yugoslavia (FRY) was or was not a party to the Statute of the International Court of Justice at the time of the 1996 Judgment is a factual question. Whether the FRY did or did not remain bound by the Genocide Convention continuing the personality of the former Yugoslavia is also a matter of facts. In the present case, these are the critical facts on which the legal determination of jurisdiction is to be based.

5. Determinations of law resolve a dispute between the parties and attribute consequences. Such determinations are based on what a court perceives and establishes as a fact. In the 1996 Judgment the determination of law was that the International Court of Justice had jurisdiction over both the FRY and Bosnia and Herzegovina.

6. Whether in the context of revision or in another context, the concept of "fact" has never been reduced to physical evidence or documents. International tribunals have also come to the conclusion that the meaning of "fact" depends on the context and that it must not be construed narrowly.

7. The French-German Mixed Arbitral Tribunal stated in 1924, "whereas the notion of *fact* should not be placed in total opposition to that of *law*, from which it is not readily distinguishable, but must be construed in a broader sense." The decision then continued "whereas the essential condition in order that a new fact may provide a basis for revision is that it could have been of such a nature as to be a decisive factor in the award"¹.

8. In the *El Salvador/Honduras* case, the International Court of Justice considered as a factual question whether certain waters were subject to a régime of condominium because this was posited as a possible premise or a legal determination. The Court raised the question "in what practical ways that process of delimitation would be at all affected by the *fact* that the waters were subject to a régime of a condominium rather than being simply undelimited waters" (*Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras Nicaragua intervening)*, Judgment, ICJ Reports 1992, p. 606, para. 414, emphasis added). In the same case, the Court treated as a fact the issue of whether El Salvador was or was not a party to the case, and whether, accordingly, it could be bound by the decision (*ibid*, pp. 597-598).

¹ *Heim et Chamant c Etat allemand, RDTAM*, Vol III, p. 55 [translation by the Registry]

4 Des décisions juridiques différentes s'appuient en principe sur des faits différents, qui sont souvent perçus de façons contradictoires. Mais cela ne signifie pas pour autant que, par exemple, être ou ne pas être un Etat, avoir ou ne pas avoir le statut de citoyen, avoir ou ne pas avoir de domicile, être ou ne pas être père, être ou ne pas être officiellement marié, constituent de simples perceptions. Ce sont des faits qui peuvent être facilement perceptibles ou non et, s'ils sont perçus, l'être correctement ou non. Mais ils n'en sont pas moins des faits. Savoir si la République fédérale de Yougoslavie (RFY) était ou n'était pas partie au Statut de la Cour internationale de Justice lorsque l'arrêt de 1996 fut rendu est une question de fait. Savoir si la RFY demeurait ou non liée par la convention sur le génocide en assurant la continuité de la personnalité de l'ancienne Yougoslavie est également une question de fait. En l'espèce, il s'agit là des faits déterminants sur lesquels doit se fonder la décision juridique relative à la compétence.

5 Les décisions de droit tranchent un différend entre des parties, ce qui entraîne certaines conséquences. Ces décisions sont dictées par ce qu'un tribunal perçoit et établit comme fait. En 1996, il fut décidé en droit que la Cour internationale de Justice était compétente à l'égard tant de la RFY que de la Bosnie-Herzégovine.

6 Que ce soit dans le contexte de la revision ou dans un autre contexte, la notion de «fait» n'a jamais été limitée à des preuves physiques ni à des documents. Les juridictions internationales en sont également venues à estimer que le sens à attribuer au mot «fait» dépendait du contexte et ne saurait résulter d'une interprétation étroite.

7 Un tribunal arbitral mixte franco-allemand expliquait en 1924: «Attendu que la notion de *fait* ne doit pas être mise en opposition absolue avec celle de *droit*, dont il n'est pas toujours facile de la distinguer, mais qu'elle doit s'entendre d'une façon plus large.» La décision se poursuivait ainsi: «qu'en effet la condition essentielle pour qu'un fait nouveau puisse ouvrir la voie de la revision est qu'il eût été de nature à exercer une influence décisive sur la sentence»¹

8 En l'affaire *El Salvador/Honduras*, la Cour internationale de Justice a estimé que savoir si certaines eaux étaient assujetties à un régime de condominium constituait une question de fait puisqu'il s'agissait soit d'un postulat possible soit d'une détermination juridique. La Cour s'est demandé «quelle incidence concrète devrait avoir sur l'opération de délimitation le *fait* que les eaux étaient soumises à un régime de condominium plutôt que de constituer simplement des eaux non délimitées» (*Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras, Nicaragua (intervenant))*, arrêt, *C I J Recueil 1992*, p. 606, par 414, les italiques sont de moi). Dans la même affaire, la Cour a traité comme un fait la question de savoir si El Salvador était ou non partie à l'instance et si, en conséquence, il pouvait être lié par la décision (*ibid*, p. 597-598).

¹ *Heim et Chamant c Etat allemand, RDTAM*, vol III, p. 55

9 In the case concerning the *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, both Parties recognized that “the question has here to be appraised in the light of French colonial law, ‘*droit d’outre-mer*’” (*I C J Reports 1986*, p 568, para 29) The Court held, however, that legislation enacted by France for its colonies does not have the role of law in the actual setting of the case, but may only be considered as a factual element The Court stated “French law — especially legislation enacted by France for its colonies and *territoires d’outre-mer* — may play a role not in itself but only as one factual element among others” (*ibid*, p 568, para 30, emphasis added)

10 Article 61 of the Statute does not distinguish between various kinds of judgments For this simple reason, the notion of “fact” relied upon in Article 61 should be broad enough to accommodate various types of facts which serve as a basis for all legal conclusions Obviously, specific facts on which access to the Court and jurisdiction may be based also belong to the broad category of facts within the meaning of Article 61

11 The same Article allows for some temporal duality between the existence of a fact and its discovery or determination In paragraph 1, reference is made to a fact which existed at the time when the Judgment was given, but which was unknown to the Court and to the party claiming revision, whilst paragraph 2 expects the Court expressly to record “the existence of the *new fact*” (emphasis added) in order to declare an application for revision admissible This implies a new understanding, caused by a realization that occurred after the judgment was delivered and showing that the “old” fact, which had been assumed to exist at the time of the judgment, had not actually existed *ab initio*, or that a fact which had not been seen as existing or had been misperceived as such, had actually existed at the relevant time Contrary to what the majority says in paragraph 69 of the present Judgment, the FRY does not rely “on the legal consequences which it seeks to draw from facts subsequent to the [1996] Judgment”, but seeks to prove that the fact on which the Court relied in its 1996 Judgment did not exist The non-existence of a fact, as well as its existence, is also a factual question

III. FACTS IN THE PRESENT CASE

12 The fact that the FRY was *not* a continuator of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY) and thus *not* a Member of the United Nations or party to international treaties ratified by the SFRY (including the Genocide Convention), was “unknown” in its totality to the Court and to the FRY That is not to say it was unknown in the sense that it was hidden from them or that they had no notion of its possible existence It was familiar to them and to many others as a possibility —

9 En l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, les deux Parties ont reconnu que «cette question [devait] s'apprécier en l'espèce à la lumière du droit colonial français dit «droit d'outre-mer»» (*C I J Recueil 1986*, p 568, par 29) La Cour a toutefois estimé que la législation édictée par la France pour ses colonies ne pouvait être prise en compte comme telle dans le contexte de l'affaire mais pouvait seulement être envisagée comme un élément de fait La Cour a expliqué que «le droit interne français (et plus particulièrement celui que la France a édicté pour ses colonies ou territoires d'outre-mer) peut intervenir, non en tant que tel *mais seulement comme un élément de fait, parmi d'autres* » (*ibid*, p 568, par 30, les italiques sont de moi)

10 L'article 61 du Statut n'opère aucune distinction selon les types d'arrêts Pour cette simple raison, la notion de «fait» sur laquelle repose l'article 61 devrait être assez large pour englober les différents types de faits sur lesquels s'appuient toutes les conclusions juridiques Manifestement, les faits précis sur lesquels l'accès à la Cour et la compétence de celle-ci peuvent se fonder appartiennent également à la vaste catégorie des faits au sens de l'article 61

11 Ce même article autorise une certaine dualité dans le temps entre, d'une part, l'existence d'un fait et, de l'autre, la découverte ou l'établissement de celui-ci Si le paragraphe 1 renvoie à un fait qui existait au moment de la lecture de l'arrêt mais qui était inconnu de la Cour et de la partie demandant la revision, le paragraphe 2 exige de la Cour, pour qu'elle puisse déclarer la requête en revision recevable, qu'elle constate expressément «l'existence du fait *nouveau*» (les italiques sont de moi) Il faut donc que l'affaire apparaisse désormais sous un angle différent, résultat d'une découverte survenue après la lecture de l'arrêt et démontrant que le fait «ancien» dont l'existence était présumée au moment de l'arrêt n'existait en réalité pas *ab initio*, ou qu'un fait dont l'existence n'avait pas été constatée, ou avait été mal perçue, existait en réalité à l'époque pertinente Contrairement à ce que déclare la majorité au paragraphe 69 du présent arrêt, la RFY ne se prévaut pas des «conséquences juridiques qu'elle entend tirer de faits postérieurs à l'arrêt [de 1996]», mais cherche à démontrer que le fait sur lequel la Cour s'est fondée dans son arrêt de 1996 n'existait pas L'inexistence d'un fait est tout autant une question de fait que son existence

III LES FAITS DE L'ESPECE

12 Que la RFY n'assurait *pas* la continuité de la République fédérative socialiste de Yougoslavie (RFSY) et n'était par conséquent *pas* membre de l'Organisation des Nations Unies ni partie aux traités internationaux ratifiés par la RFSY (parmi lesquels la convention sur le génocide) était un fait totalement «inconnu» de la Cour et de la RFY, mais cela ne signifie pas qu'il leur était inconnu en ce sens qu'il leur aurait été dissimulé ou qu'elles-mêmes n'auraient pas eu idée de son existence even-

a legal contention shared by those opposing the FRY's continuity (including Bosnia and Herzegovina in other fora, outside the Court).

13 Indeed, the jurisdiction *in personam* over the FRY was based on the perceived fact that, following the break-up of the former Yugoslavia, the FRY continued the personality and treaty membership of the former Yugoslavia. The legal conclusion that the Court had jurisdiction derived its sole basis from that perceived fact.

14 It goes without saying that the admission of the FRY to the United Nations in 2000 could not have been known to the Court as early as 1996; for that matter, it could not have known of the FRY's intention to apply for membership. Even if the then Government of the FRY had such plans, it could not have known the outcome of the vote in the United Nations Security Council and the General Assembly. However, the elements of the legal position of the FRY *vis-à-vis* the United Nations and relevant to the FRY's being a party to the Statute and to the Genocide Convention were certainly known to both the Court and the Applicant but could not be fully comprehended prior to 1 November 2000.

15 The Court had two opportunities to state its position towards its jurisdiction in the case of the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Yugoslavia)*. The first was when deciding, in its Order of 8 April 1993, on the request for the indication of provisional measures (*ICJ Reports 1993*, p 4). That Order relied on the finding that the Court had *prima facie* jurisdiction on the basis of Article IX of the Genocide Convention in conjunction with Article 35, paragraph 2, of the Statute. Whilst stressing more than once that the determination of jurisdiction was based on *prima facie* findings — understandable when relating to provisional measures — the Court observed

“Whereas, while the solution adopted is *not free from legal difficulties*, the question whether or not Yugoslavia is a Member of the United Nations and as such a party to the Statute of the Court is one which the Court does not need to determine *definitively* at the present stage of the proceedings” (*Ibid*, p 14, para 18, emphasis added.)

16 The second opportunity came when the Court had to decide on preliminary objections. It did so in the Judgment which is the object of the Application for revision. At that stage again the Court did not find it necessary to determine definitively whether or not the FRY was a Member of the United Nations and as such a party to the Statute of the Court.

tuelle Il s'agissait d'un élément qui, ainsi qu'à beaucoup d'autres, leur était familier en tant que possibilité — thèse juridique alors partagée par ceux qui s'opposaient à ce que la RFY puisse assurer la continuité de la RFSY (notamment la Bosnie-Herzégovine devant d'autres instances que la Cour).

13 En effet, la compétence *ratione personae* à l'égard de la RFY était fondée sur ce qui était alors perçu comme un fait, à savoir que, à la suite de la dissolution de l'ex-Yougoslavie, la RFY assurait la continuité de la personnalité de l'ex-Yougoslavie et de sa participation aux traités auxquels celle-ci avait été partie La conclusion juridique selon laquelle la Cour était compétente se fondait exclusivement sur la perception de ce fait

14 Il va sans dire que l'admission de la RFY à l'Organisation des Nations Unies en 2000 n'aurait pu être connue de la Cour dès 1996, qui plus est, la Cour n'aurait pu savoir que la RFY entendait présenter sa candidature Même si le Gouvernement de la RFY de l'époque avait eu de telles intentions, la Cour n'aurait pu connaître le résultat des votes du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale des Nations Unies Et s'il est vrai que les aspects de la situation juridique de la RFY vis-à-vis des Nations Unies pertinents à l'égard de la question de savoir si la RFY était partie au Statut de la Cour et à la convention sur le génocide étaient certainement connus tant de la Cour que du demandeur, ils ne pouvaient pas être totalement compris avant le 1^{er} novembre 2000

15 La Cour a eu deux occasions d'exprimer sa position concernant sa compétence en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c Yougoslavie)* La première a été son ordonnance du 8 avril 1993, par laquelle elle a statué sur la demande en indication de mesures conservatoires (C I J Recueil 1993, p 4) Cette ordonnance se fondait sur le constat que la Cour était compétente *prima facie* au titre de l'article IX de la convention sur le génocide en même temps qu'à celui du paragraphe 2 de l'article 35 du Statut Tout en insistant plus d'une fois sur le fait que le constat de la compétence reposait sur des conclusions formulées *prima facie* (ce qui est logique lorsqu'il s'agit de mesures conservatoires), la Cour a observé que

« Considérant que, si la solution adoptée ne laisse pas de susciter des difficultés juridiques, la Cour n'a pas à statuer définitivement au stade actuel de la procédure sur la question de savoir si la Yougoslavie est ou non membre de l'Organisation des Nations Unies et, à ce titre, partie au Statut de la Cour » (*Ibid*, p 14, par 18, les italiques sont de moi)

16 La seconde occasion d'exprimer sa position sur la question de sa compétence s'est présentée à la Cour lorsqu'elle a statué sur les exceptions préliminaires, dans l'arrêt qui fait l'objet de la présente demande en revision A ce stade, la Cour a une nouvelle fois estimé qu'il n'était pas nécessaire de trancher définitivement la question de savoir si la RFY était

It based its jurisdiction on the proposition that the FRY *remained bound* by the Genocide Convention — which is only possible on the assumption of continued personality and therefore continued status and participation in international treaties (It was never alleged, or mentioned, that the FRY would have *become* bound by Article IX by virtue of its own treaty action — like Bosnia and Herzegovina did) The Court found support for this understanding in the intention of the FRY, allegedly expressed in the Declaration “adopted on its behalf” on 27 April 1992, “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) The 11 July 1996 Judgment added “that it has not been contested that Yugoslavia was party to the Genocide Convention” From there it followed that “Yugoslavia was bound by the provisions of the Convention on the date of the filing of the Application on 20 March 1993” (*ibid*)

17 That very expeditious way of dealing with the important matter of jurisdiction, together with the choice of arguments and terms, could only have meant the following:

- (a) The Court assumed that the SFRY had ceased to exist Otherwise there would be no “former” Yugoslavia It remains unclear to which “Yugoslavia” the Court referred as a party to the Genocide Convention There was certainly no dispute regarding the fact that the former Yugoslavia, i e , the SFRY, was a party, but such qualification of the FRY depended on whether the FRY was sufficiently linked to the commitments of the former State, by continuity or otherwise
- (b) Failing to indicate that the FRY was bound by the obligations of the SFRY as a successor State the Court must have assumed that there was continuity between the SFRY and the FRY This continuity — it follows from the Judgment — was based on the Declaration of 27 April 1993 and the intention expressed therein to *remain bound* by international treaties ratified by the SFRY, including the Genocide Convention
- (c) The Court must have assumed that the FRY was a Member of the United Nations Namely, even if the FRY was held to be bound by the provisions of the Genocide Convention on bases other than continuity, without membership in this organization it could not have become a party to the Convention and could have no *locus standi* before the International Court of Justice

It should be noted that the Court found that its jurisdiction was established “only . . . on the basis of Article IX of the Genocide Convention” (*ibid* , p 621, para 41).

ou non membre de l'Organisation des Nations Unies et, en tant que telle, partie au Statut de la Cour. Elle a fondé sa compétence sur l'hypothèse que la RFY *restait liée* par la convention sur le génocide — ce qui n'était possible qu'en présumant la continuité de sa personnalité et par conséquent la continuité de son statut à l'égard des traités internationaux et de sa participation à ceux-ci (Il n'a jamais été soutenu, ni même évoqué, que la RFY serait *devenue* liée par l'article IX en vertu de démarches conventionnelles qu'elle aurait elle-même effectuées — ce qui fut le cas pour la Bosnie-Herzégovine). La Cour a fondé cette interprétation sur l'intention qu'aurait exprimée la RFY dans la déclaration «adoptée en son nom» le 27 avril 1992 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; les italiques sont de moi). La Cour précisait dans l'arrêt du 11 juillet 1996 qu'il n'avait «pas été contesté que la Yougoslavie [fût] partie à la convention sur le génocide». Il s'ensuivait que «la Yougoslavie était liée par les dispositions de la convention à la date du dépôt de la requête le 20 mars 1993» (*ibid*).

17 Cette façon très expéditive de traiter de la question importante de la compétence, associée au choix des termes et des arguments, ne peut que se comprendre ainsi.

- a) Selon la présomption de la Cour, la RFSY avait cessé d'exister, sans quoi il n'y aurait pas eu d'«ex»-Yougoslavie. Il est difficile de savoir exactement à quelle «Yougoslavie» la Cour renvoyait en faisant état d'une Yougoslavie partie à la convention sur le génocide. Certes, il n'était pas contesté que l'ex-Yougoslavie, c'est-à-dire la RFSY, y était partie, mais qualifier ainsi la RFY dépendait de la question de savoir si celle-ci entretenait un lien suffisamment étroit avec les engagements de l'Etat précédent, que ce soit par continuité ou autrement.
- b) Il faut supposer que la Cour, n'ayant pas précisé que la RFY était liée par les obligations de la RFSY en tant que successeur de cet Etat, présumait qu'il y avait continuité entre la RFSY et la RFY. Au vu de l'arrêt, la Cour fondait cette continuité sur la déclaration du 27 avril 1993 et sur l'intention qui y était exprimée par la RFY de *demeurer liée* par les traités internationaux ratifiés par la RFSY, y compris la convention sur le génocide.
- c) La Cour a dû présumer que la RFY était Membre de l'Organisation des Nations Unies même si la RFY avait été déclarée liée par les dispositions de la convention sur le génocide pour des motifs autres que la continuité, si elle n'avait pas été membre de cette Organisation, elle n'aurait pas pu devenir partie à la convention et n'aurait pas eu qualité pour ester devant la Cour internationale de Justice.

Il faut noter que la Cour a déclaré qu'elle n'était compétente «que sur la base de l'article IX de la convention sur le génocide» (*ibid*, p 621, par 41).

IV THE LEGAL STATUS OF THE SOCIALIST FEDERAL REPUBLIC OF YUGOSLAVIA, OF THE FEDERAL REPUBLIC OF YUGOSLAVIA AND OF "YUGOSLAVIA" IN 1996

18 All the foregoing determinations are findings on facts. They were made by the Court in spite of admitted "legal difficulties" Those difficulties were known to the Court in the form of possible options on how to decide on the presence of certain facts, as disclosed in a series of ambiguous or controversial decisions. Those taken within the United Nations system were the following

19 The Security Council adopted on 30 May 1992 its resolution 757 (1992), quoted by the majority, where the Council noted that the claim by the FRY "to continue automatically the membership of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia in the United Nations has not been generally accepted" (United Nations doc S/RES/757 (1992))

20 This statement was reiterated in Security Council resolution 777 (1992) of 19 September 1992, coupled with the finding that the SFRY had ceased to exist The Council then recommended to the General Assembly to decide that the FRY "should apply for *membership* in the United Nations and that it shall not participate in the work of the General Assembly" (United Nations doc S/RES/777 (1992), emphasis added)

21 Following this recommendation, the General Assembly on 22 September 1992 adopted its resolution 47/1, also quoted by the majority, where this United Nations organ "*considered*" that the FRY "cannot continue automatically the membership of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia in the United Nations" and "decided" that the FRY "should apply for membership in the United Nations and that it shall not participate in the work of the General Assembly" (United Nations doc A/RES/47/1 (1992)) Although the disappearance of the SFRY was implied by the use of the term "former", the General Assembly did not repeat the statement of the Security Council that the SFRY had ceased to exist

22 After deciding, seven months later, in its resolution 47/229 of 29 April 1993, that the FRY should not participate in the work of the Economic and Social Council either, on 20 December 1993 the General Assembly adopted resolution 48/88, in which it referred to resolution 47/1 and urged "Member States and the Secretariat in fulfilling the spirit of that resolution, to end the *de facto working status* of Serbia and Montenegro" (United Nations doc A/RES/48/88, para 19; emphasis added)

23. Whereas the General Assembly had not followed the Security Council in its willingness to take a resolute stand on the extinction of the SFRY, the Security Council returned to that subject in its resolution 1022

IV LE STATUT JURIDIQUE DE LA RÉPUBLIQUE FÉDÉRATIVE SOCIALISTE DE YUGOSLAVIE, DE LA RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE DE YUGOSLAVIE ET DE LA «YUGOSLAVIE» EN 1996

18 Toutes les conclusions évoquées ci-dessus portent sur des faits La Cour y est parvenue en dépit de l'existence de «difficultés juridiques», qu'elle connaissait sous la forme des différentes manières dont il aurait été possible de trancher la question de l'existence de certains faits, tel qu'il ressortait d'une série de décisions ambiguës ou controversées. Celles adoptées au sein du système des Nations Unies furent les suivantes

19. Le 30 mai 1992, le Conseil de sécurité adoptait sa résolution 757 (1992), que cite la majorité. Le Conseil y expliquait que l'affirmation de la RFY selon laquelle celle-ci «assur[ait] automatiquement la continuité de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie comme Membre de l'Organisation des Nations Unies n'a[vait] pas été généralement acceptée» (Nations Unies, doc. S/RES/757, 1992)

20 Cette déclaration fut reprise dans la résolution du Conseil de sécurité 777 (1992) du 19 septembre 1992, où il était précisé que la RFSY avait cessé d'exister. Le Conseil recommanda alors à l'Assemblée générale de décider que la RFY «devrait présenter une demande d'adhésion aux Nations Unies et qu'elle ne participera[it] pas aux travaux de l'Assemblée générale» (Nations Unies, doc. S/RES/777, 1992, les italiques sont de moi)

21 A la suite de cette recommandation, l'Assemblée générale adopta le 22 septembre 1992 sa résolution 47/1, que cite également la majorité. L'Assemblée y «considère» que la RFY «ne peut pas assumer automatiquement la qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies à la place de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie» et «décide» que la RFY «devrait présenter une demande d'admission à l'Organisation et qu'elle ne participera pas aux travaux de l'Assemblée générale» (Nations Unies, doc. A/RES/47/1, 1992). Bien que la disparition de la RFSY y soit sous-entendue par l'emploi du terme «ancienne», l'Assemblée générale ne réitéra pas la déclaration du Conseil de sécurité selon laquelle la RFSY a cessé d'exister.

22 Sept mois plus tard, le 20 décembre 1993, après avoir décidé dans sa résolution 47/229 du 29 avril 1993 que la RFY ne devrait pas non plus participer aux travaux du Conseil économique et social, l'Assemblée générale adoptait la résolution 48/88, dans laquelle elle renvoyait à sa résolution 47/1 et demandait instamment «aux Etats Membres et au Secrétariat, dans l'esprit de ladite résolution, de mettre fin à la participation de fait de la Serbie et du Monténégro aux travaux de l'Organisation» (Nations Unies, doc. A/RES/48/88, par 19, les italiques sont de moi)

23 Si l'Assemblée générale ne suivit pas le Conseil de sécurité dans sa volonté d'adopter une position définitive sur l'extinction de la RFSY, ce dernier devait revenir sur cette question dans sa résolution 1022 (1995) du

(1995) of 22 November 1995 (United Nations doc S/RES/1022), in which it referred to “the successor States to the State formerly known as the Socialist Federal Republic of Yugoslavia” and to “the fact that that State has ceased to exist”.

24. General Assembly resolution 48/88 was addressed to “Member States and the Secretariat” It is therefore important to find out what actions were taken by those States and by the United Nations Secretary-General in this respect prior to 11 July 1996, when the Judgment in the case concerning the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Yugoslavia)*, *Preliminary Objections*, was delivered, 1 c , which actions may be presumed to have been known by the Court at the time

25 The first mention of the legal disappearance of Yugoslavia was to be found in Opinion No. 1 of the Arbitration Commission established as an advisory body by the Peace Conference on Yugoslavia, convened by the (then) European Community This Commission, known after its first president as the “Badinter Commission”, opined on 29 November 1991 “that the Socialist Federal Republic of Yugoslavia [was] in the process of dissolution” (Conference for Peace in Yugoslavia, Arbitration Commission, Opinion No 1, *International Legal Materials*, 1992, p 1497)

26 In its Opinion No 8 of 4 July 1992 the Commission found that the process of dissolution was completed and that the SFRY no longer existed The Commission, in its Opinion No 9 of the same date, advised that “the SFRY’s membership of international organizations must be terminated according to their statutes and that none of the successor states may thereupon claim for itself alone the membership rights previously enjoyed by the former SFRY”. The Commission concluded in its Opinion No 10, that the FRY was “a new state which cannot be considered the sole successor to the SFRY” (Opinions 8, 9 and 10 are reproduced in *International Legal Materials*, 1992, pp 1521 *et seq*)

27 Already on 5 May 1992, in a statement of the European Community and its Member States, it was stressed that the latter had not accepted the “automatic continuity” of the FRY in international organizations (United Nations doc A/46/905, Annex) In its Declaration on the former Yugoslavia of 29 June 1992 the European Council stated that “The European Community and its member States do not recognize the new federal entity comprising Serbia and Montenegro as the successor State [*sic!*] of the former Yugoslavia” and that they had decided “to demand the suspension of the delegation of Yugoslavia [*sic!*] in the proceedings at the CSCE and international forums and organizations” (United Nations doc S/24200, Annex) In their Declaration on Yugoslavia of 20 July 1992 the Ministers for Foreign Affairs of the European Community stated that the “new federation cannot be accepted as the sole successor” to the SFRY and that European Community Member

22 novembre 1995 (Nations Unies, doc S/RES/1022), évoquant les « Etats successeurs de l'Etat anciennement connu sous le nom de la République fédérative socialiste de Yougoslavie » et le « fait que cet Etat a cessé d'exister »

24. La résolution 48/88 de l'Assemblée générale était adressée aux « Etats Membres et au Secrétariat » Il importe donc de savoir quelles démarches lesdits Etats et le Secrétaire général des Nations Unies entreprirent à cet égard avant le 11 juillet 1996, lorsque fut rendu l'arrêt 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* — en d'autres termes, de quelles démarches on peut présumer que la Cour avait connaissance à l'époque

25 C'est dans l'avis n° 1 de la commission d'arbitrage mise en place comme organe consultatif par la conférence pour la paix en Yougoslavie, convoquée par ce qui était alors la Communauté européenne, qu'il fut pour la première fois fait allusion à la disparition juridique de la Yougoslavie Cette commission, appelée « commission Badinter » d'après le nom de son premier président, estima le 29 novembre 1991 que « la République socialiste fédérative de Yougoslavie [était] engagée dans un processus de dissolution » (*Revue générale de droit international public*, t XCVI, 1992, p 265)

26 Dans son avis n° 8, rendu le 4 juillet 1992, la commission constata que le processus de dissolution était terminé et que la RFSY n'existait plus. Dans son avis n° 9, du même jour, elle exprima l'avis selon lequel « [il devait] être mis un terme à la qualité de membre de la RSFY dans les organisations internationales conformément à leurs statuts respectifs et [selon lequel] aucun des Etats successeurs ne [pouvait] revendiquer en tant que tel et pour lui seul le bénéfice des droits détenus jusqu'alors par l'ancienne RSFY en sa qualité de membre » Enfin, dans son avis n° 10, la commission conclut que la RFY était « un Etat nouveau qui ne saurait être considéré comme l'unique successeur de la RSFY » (*Revue générale de droit international public*, t XCVII, 1993, p 588 et suiv, p 592-593)

27. Dès le 5 mai 1992, une déclaration de la Communauté européenne et de ses Etats membres insistait sur le fait que ceux-ci n'avaient pas accepté la « continuité automatique » de la RFY dans les organisations internationales (Nations Unies, doc A/46/905, annexe) Dans sa déclaration du 29 juin 1992 sur l'ancienne Yougoslavie, le Conseil européen indiqua que « la Communauté européenne et ses Etats membres ne reconnaissent pas la nouvelle entité fédérale comprenant la Serbie et le Monténégro en tant qu'Etat successeur [*sic!*] de l'ancienne Yougoslavie » et qu'ils avaient « décidé de demander la suspension de la participation de la délégation de la Yougoslavie aux travaux de la CSCE et d'autres instances et organisations internationales » (Nations Unies, doc S/24200, annexe) Dans leur déclaration du 20 juillet 1992 sur la Yougoslavie, les ministres des affaires étrangères de la Communauté européenne affirmèrent que « cette nouvelle fédération ne saurait être acceptée comme le

States “will oppose the participation of Yugoslavia [*sic!*] in international bodies”² (United Nations doc. S/24328)

28 As interpreted by the United States, a permanent member of the Security Council, at the time of the adoption of resolution 777 (19 September 1992), this resolution

“recommends that the General Assembly take action to confirm that the membership of the Socialist Republic of Yugoslavia *has expired* and that because Serbia and Montenegro *is not the continuation of the Socialist Republic of Yugoslavia* it must apply for membership if it wishes to *participate in the United Nations*” (emphasis added)

The United States representative said further that the provision in the resolution that the FRY shall not participate in the work of the General Assembly “*flows inevitably* from the determination by the Council and the General Assembly that Serbia and Montenegro is not the continuation of the former Yugoslavia ” (emphasis added) The United States delegate to the Security Council believed that he was stating the obvious when he said that “a country which is *not a member of the United Nations* cannot participate in the work of the General Assembly” (United Nations doc S/PV 3116; emphasis added) This interpretation was supported by the delegates of some other States in the Security Council³

29 Regarding General Assembly resolution 47/1, the representative of the United Kingdom stated that “as regards the need to submit an application for membership” the FRY was “in precisely the same position as other components of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia” (United Nations doc A/47/PV 7)

30 On the other hand, there were statements by representatives of other Member States, which explicitly or implicitly and in nuances of various degrees supported the claim of the then Government of the FRY that the latter was identical to the SFRY and that it was its continuator

31 Thus the representative of the Russian Federation, while voting for Security Council resolution 777, interpreted it as being opposed to the exclusion of the FRY “formally or de facto, from *membership* in the United Nations” (United Nations doc S/PV 3116, emphasis added) The

² For other examples (and comments on the unusual expression “sole successor”) see J Klabbers, M Koskeniemi, O Ribbelink, A Zimmermann (eds), *State Practice Regarding State Succession and Issues of Recognition The Pilot Project of the Council of Europe*, 1999, pp 61-62

³ Austria, Bosnia and Herzegovina, Finland, Germany, Hungary, Poland, Slovenia, Spain, quoted in K. Buhler, *State Succession and Membership in International Organizations*, 2001, p 196, n 884

successeur unique» de la RFSY et que les Etats membres de la Communauté européenne «s'opposeraient] à la participation de la [Yougoslavie] [*sic'*] aux travaux dans les enceintes internationales»² (Nations Unies, doc S/24328)

28 Selon l'interprétation faite par les Etats-Unis, membre permanent du Conseil de sécurité, de la résolution 777 (19 septembre 1992) au moment de son adoption, ledit Conseil y

«recommande à l'Assemblée générale de se prononcer pour confirmer que la participation de la République fédérative socialiste de Yougoslavie *est venue à expiration* et que, étant donné que la Serbie et le Monténégro *n'assurent pas la continuité* de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, ceux-ci doivent faire une demande d'adhésion s'ils souhaitent *participer aux travaux de l'Organisation des Nations Unies*» (les italiques sont de moi)

Le représentant des Etats-Unis ajoute que la disposition de la résolution selon laquelle la RFY ne participera pas aux travaux de l'Assemblée générale «*découle très évidemment* du fait que le Conseil et l'Assemblée générale ont déterminé que la Serbie et le Monténégro ne sont pas la continuation de l'ancienne Yougoslavie » (les italiques sont de moi) Le représentant des Etats-Unis auprès du Conseil de sécurité pensait exprimer l'évidence en expliquant qu'«un pays qui *n'est pas membre de l'Organisation des Nations Unies* ne peut pas participer aux travaux de l'Assemblée générale» (Nations Unies, doc S/PV 3116, les italiques sont de moi), opinion partagée par les représentants de certains autres Etats auprès du Conseil de sécurité³

29 S'agissant de la résolution 47/1 de l'Assemblée générale, le représentant du Royaume-Uni déclara que, concernant «la nécessité de présenter une demande d'admission», la RFY était «exactement dans la même position que les autres composantes de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie» (Nations Unies, doc. A/47/PV 7)

30 A l'inverse, des représentants d'autres Etats Membres indiquèrent, implicitement ou explicitement et avec différentes nuances, qu'ils soutenaient la revendication du Gouvernement de la RFY selon laquelle la RFSY et la RFY constituaient une seule et même chose, la seconde assurant la continuité de la première

31 Ainsi, le représentant de la Fédération de Russie, tout en votant en faveur de la résolution 777 du Conseil de sécurité, l'interpréta comme s'opposant à l'exclusion de la RFY de l'Organisation des Nations Unies «officiellement ou de fait» (Nations Unies, doc S/PV 3116). Le représen-

² Pour d'autres exemples (et pour des commentaires sur l'expression inhabituelle «successeur unique»), voir J Klabbers, M Koskenniemi, O Ribbelink, A Zimmermann (dir publ), *State Practice Regarding State Succession and Issues of Recognition The Pilot Project of the Council of Europe*, 1999, p 61-62

³ Autriche, Bosnie-Herzégovine, Finlande, Allemagne, Hongrie, Pologne, Sloveenie, Espagne, cites par K Buhler, *State Succession and Membership in International Organizations*, 2001, p 196, note 884

delegate of China, abstaining, shared the interpretation according to which the adoption of the resolution did not amount to the expulsion of “Yugoslavia” and referred to the situation created by the decision as a “transitional arrangement” (United Nations doc S/PV 3116)

32 A third group of Members of the United Nations failed in 1992 to see any coherence in resolution 47/1 and to discern its purported basis in law, in light in particular of its failure to refer to the provisions of the United Nations Charter governing membership⁴

33 In this respect it is important to observe the conduct of Bosnia and Herzegovina. It has been one of those States which have most vigorously contested the membership of the FRY in the United Nations and other international organizations as well as the existence of continuity between the SFRY and the FRY. In addition to the instances cited by the majority in the Judgment (paras 35, 36, 42 and 43) one can quote, *inter alia*, its reactions in the General Assembly on the occasion of the adoption of resolution 47/1 (United Nations doc A/47/PV 7), in a communication to the Secretary-General of 25 September 1992 on the occasion of the raising of the flag of Yugoslavia after the adoption of that resolution (United Nations doc. A/47/474), in the International Atomic Energy Agency against the listing in 1996 of the FRY as having ratified the Non-Proliferation Treaty in 1970 (which, according to Bosnia and Herzegovina, implied its identity with the SFRY)⁵, and in connection with the notification by the FRY in 1997 of its withdrawal of the reservation to the Convention on the Rights of the Child made by the SFRY in 1991⁶

34 In view of the foregoing, the finding of the Court “that it has not been contested that Yugoslavia was a party to the Genocide Convention” must be seen in a different light. Actually, the other party in the proceedings, Bosnia and Herzegovina, has never failed to contest the identity between the SFRY and the FRY, except only in relation to the Genocide Convention and only regarding a specific case before the International Court of Justice. It is true that Bosnia and Herzegovina did advance bases of jurisdiction other than continuity between the SFRY and the FRY, but the Court itself based its jurisdiction only on the FRY being a party to the Genocide Convention.

35. In addition to the variety of interpretations by Member States, resolution 47/1 was also interpreted by other addressees of resolution 48/88. The United Nations Secretary-General did this in his two capaci-

⁴ See the statements of India, Brazil, Mexico, Ghana, Kenya, Zambia, Tanzania and Guyana, quoted in K. Buhler, *op cit*, p. 198.

⁵ Communication of 29 August 1996, IAEA doc GC(40)INF/10 (16 September 1997, Communication of 15 September 1997, IAEA doc GC(41)INF/19m, Attachment, 1 October 1997)

⁶ Communication of 10 October 1997, Status of the Convention on the Rights of the Child, *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General*

tant de la Chine, s'abstenant, approuva l'interprétation selon laquelle l'adoption de la résolution n'équivalait pas à l'expulsion de la « Yougoslavie » et qualifia la situation créée par la décision d'« arrangement provisoire » (Nations Unies, doc S/PV 3116)

32 Un troisième groupe d'Etats Membres de l'Organisation déclara en 1992 ne pas comprendre la logique de la résolution 47/1 et se trouver dans l'impossibilité de discerner le fondement juridique sur lequel celle-ci prétendait s'appuyer, compte tenu notamment du fait que la résolution ne citait pas les dispositions de la Charte des Nations Unies régissant le statut d'Etat membre⁴

33 Il importe d'analyser le comportement de la Bosnie-Herzégovine à cet égard. Elle figure parmi les Etats ayant le plus vivement contesté l'appartenance de la RFY à l'Organisation des Nations Unies et à d'autres organisations internationales, ainsi que l'existence d'une continuité entre la RFSY et la RFY. Outre les exemples cités par la majorité aux paragraphes 35, 36, 42 et 43 de l'arrêt, relevons notamment la réaction de la Bosnie-Herzégovine devant l'Assemblée générale à l'occasion de l'adoption de la résolution 47/1 (Nations Unies, doc A/47/PV 7), la communication qu'elle adressa au Secrétaire général le 25 septembre 1992 concernant l'utilisation du drapeau de la Yougoslavie à la suite de l'adoption de ladite résolution (Nations Unies, doc A/47/474), sa protestation devant l'Agence internationale de l'énergie atomique contre le fait que la RFY était citée en 1996 parmi les Etats ayant ratifié le traité de non-prolifération de 1970 (ce qui, pour la Bosnie-Herzégovine, sous-entendait qu'il s'agissait du même Etat que la RFSY)⁵, et sa réaction lorsque, en 1997, la RFY notifia sa décision de retirer la réserve dont, en 1991, la RFSY avait assorti sa participation à la convention relative aux droits de l'enfant⁶

34 Au vu de ce qui précède, la conclusion de la Cour selon laquelle « il n'a pas été contesté que la Yougoslavie soit partie à la convention sur le génocide » doit être envisagée sous un angle différent. En réalité, l'autre Partie adverse à l'instance, la Bosnie-Herzégovine, n'a jamais manqué de contester l'identité entre la RFSY et la RFY — sauf en ce qui concerne la convention sur le génocide et une affaire précise portée devant la Cour internationale de Justice. Il est vrai que la Bosnie-Herzégovine a invoqué d'autres bases de compétence que la continuité entre la RFSY et la RFY, mais la Cour a pour sa part fondé sa compétence sur le seul fait que la RFY était partie à la convention sur le génocide.

35 Outre les différentes lectures qu'en firent les Etats Membres, la résolution 47/1 fut interprétée par d'autres destinataires de la résolution 48/88, parmi lesquels le Secrétaire général de l'Organisation des

⁴ Voir les déclarations de l'Inde, du Brésil, du Mexique, du Ghana, du Kenya, de la Zambie, de la Tanzanie et du Guyana, citées par K. Buhler, *op cit*, p. 198.

⁵ Communication du 29 août 1996, AIEA, doc GC(40)INF/10 (16 septembre 1997), communication du 15 septembre 1997, AIEA, doc GC(41)INF/19m, pièce jointe, 1^{er} octobre 1997.

⁶ Communication du 10 octobre 1997, Etat de la convention relative aux droits de l'enfant, *Traité multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*.

ties of interpreter of United Nations decisions and depositary of international treaties Responding to demands for interpretation by some Member States on 29 September 1992 the United Nations Under-Secretary-General for Legal Affairs issued the opinion quoted in the Judgment (para 31) Naturally, his opinion could not cure the inconsistencies and ambiguities of resolution 47/1. Let me indicate some of the most conspicuous

36 First, it is unclear to which "Yugoslavia" the opinion refers when not using the official title "the FRY" and when determining that the representatives of the latter can "no longer" participate in the work of the General Assembly and not sit behind the sign "Yugoslavia", although "Yugoslavia's" membership in the United Nations had allegedly neither been terminated nor suspended Even if it was, statements to the effect that Yugoslav membership has "expired", quoted above (para 28), only refer to membership and not to the State in question, since States normally do not "expire" It is therefore quite conceivable that "Yugoslavia" went on existing as a State without necessarily being a Member of the United Nations

37 I am sure that all actors must have been aware that "Yugoslavia" in this particular and important context could have been taken as a short reference *both* to the SFRY and the FRY and that representatives of States and international organizations shall not be presumed to have acted in a cavalier fashion What then is the difference between "old Yugoslavia" and "new Yugoslavia", referred to in the opinion? What was believed would happen to the old State once the new State was admitted to the United Nations? In view of the instruction to fly the flag of the SFRY (the *old* Yugoslavia) and the fact that this flag lost its symbolic meaning (for it had been abolished by the same gathering which had proclaimed the Constitution of the FRY and adopted the Declaration of 27 April 1992), it can be concluded that, for unknown reasons, some actors kept alive the fiction that, as late as on the eve of 1 November 2000, when the FRY was admitted to membership, a phantom State existed, which was neither the SFRY nor the FRY, alternatively, and contrary to the assertions of the Security Council and organs of other international organizations (but not the General Assembly), it was presumed that the SFRY still existed until that date Such a "common roof" theory⁷ tallies with the opinion of the delegate of China, quoted above, that the adoption of resolution 47/1 did not amount to the expulsion of "Yugoslavia" and his qualification of the arrangement as "transitory", as

⁷ Similar to the *Dachtheorie* which maintained that the German Reich continued to exist after 1945 above and apart from the Federal Republic of Germany and the German Democratic Republic Cf H von Mangoldt, F Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, 1957, pp 33 *et seq*, W Wengler, "Deutschland als Rechtsbegriff", *Festschrift Hans Nawiasky*, 1956, p 51, n 3

Nations Unies, en sa double qualité d'interprete des décisions de l'Organisation et de dépositaire des traités internationaux. Le secrétaire général adjoint aux affaires juridiques de l'Organisation, répondant aux demandes d'interprétation formulées par certains Etats Membres le 29 septembre 1992, émit l'opinion citée au paragraphe 31 de l'arrêt. Son avis ne pouvait bien évidemment remédier aux incohérences et aux ambiguïtés de la résolution 47/1, dont je vais citer certains des exemples les plus frappants.

36. Tout d'abord, il apparaît difficile de savoir à quelle « Yougoslavie » l'opinion renvoie lorsqu'elle n'utilise pas le titre officiel « la RFY » et lorsqu'elle affirme que les représentants de celle-ci « ne peuvent plus » participer aux travaux de l'Assemblée générale ni occuper la place réservée à la « Yougoslavie », bien que l'appartenance de cette dernière à l'Organisation n'ait prétendument jamais pris fin ni été suspendue. Même si cela avait été le cas, la déclaration citée plus haut (par 28), selon laquelle l'appartenance à l'Organisation de la Yougoslavie était « venue à expiration », ne renvoie qu'à la qualité de membre et non pas à l'Etat en cause, les Etats ne pouvant en principe « expirer ». Il est donc tout à fait concevable que la « Yougoslavie » ait continué à exister en tant qu'Etat sans être nécessairement membre de l'Organisation des Nations Unies.

37. Je suis certain que tous les intervenants avaient bien conscience que le terme « Yougoslavie » pouvait être interprété, dans ce contexte particulier et important, comme la forme abrégée tant de la RFSY que de la RFY et que l'on ne peut présumer que les représentants des Etats et des organisations internationales aient agi avec désinvolture. Quelle est alors, dans l'opinion, la différence entre l'« ancienne Yougoslavie » et la « nouvelle Yougoslavie » ? Que pensait-on qu'il adviendrait de l'ancien Etat une fois le nouveau admis à l'Organisation des Nations Unies ? Au vu de l'instruction de hisser le drapeau de la RFSY (l'ancienne Yougoslavie) et du fait que ce drapeau avait perdu sa valeur symbolique (puisqu'il avait été abandonné lors du rassemblement où fut proclamée la Constitution de la RFY et adoptée la déclaration du 27 avril 1992), on peut conclure que, pour des raisons inconnues, certains ont entreteenu l'idée que, jusqu'à la veille du 1^{er} novembre 2000, lorsque la RFY fut admise comme membre, un Etat fantôme existait qui n'était ni la RFSY ni la RFY, ou bien qu'il était présumé que la RFSY existait encore jusqu'à cette date, contrairement aux affirmations du Conseil de sécurité et d'organes d'autres organisations internationales (mais pas de l'Assemblée générale). Une telle théorie du « toit commun »⁷ coïncide avec l'opinion du représentant de la Chine citée plus haut, selon laquelle l'adoption de la résolution 47/1 ne revenait pas à expulser la « Yougoslavie », et avec le fait

⁷ Semblable à la *Dachtheorie* selon laquelle le Reich allemand continua d'exister après 1945 au-dessus et indépendamment de la République fédérale d'Allemagne et de la République démocratique allemande. Voir H. von Mangoldt, F. Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, 1957, p. 33 et suiv., W. Wengler, « Deutschland als Rechtsbegriff », *Festschrift Hans Nawiasky*, 1956, p. 51, note 3.

well as with the statement of Romania that this resolution did not provide for "either the suspension or the exclusion of *Yugoslavia* from the United Nations" (United Nations doc. A/47/PV 7, p 192 (1992), emphasis added)

38 Paradoxically, this fanciful theory seems to correspond best to the situation obtaining after the adoption of resolution 47/1, which was aptly described by one writer as "limited survival after death of the former Yugoslavia at the United Nations"⁸. Since allegedly there has been no termination of membership, an entity must have been within the United Nations, but it was not the FRY. Even accepting the most generous interpretation of such statements, the FRY could not have had a double identity and be represented once behind the sign "Yugoslavia" and at other times under its official name

39 According to the opinion of the Under-Secretary-General quoted by the majority (para 31), the representatives of the FRY were excluded only from participation in the General Assembly bodies. He opined that resolution 47/1 did not "take away the right of Yugoslavia [*sic!*] to participate in the work of organs other than Assembly bodies" (United Nations doc. A/47/485). This right was obviously very feeble because, seven months later, participation in the work of ECOSOC was denied without adducing further legal reasons. How could the Court then have concluded that the "right" of the FRY to appear before the International Court of Justice was any stronger? In fact, in the final part of its paragraph 17 the 1996 Judgment refers only to Yugoslavia, with the Court determining that "Yugoslavia was party to the Genocide Convention" and that "Yugoslavia was bound" by its provisions.

40 Or, conversely, why does an explicit reference to Article 4 of the United Nations Charter appear in the opinion of the Legal Counsel and not in resolution 47/1? If the measures against the FRY were limited only to non-participation in one of the main organs of the Organization, and if the effects of resolution 47/1 amounted only to a "situation" (which, in the words of the Court, was "not free from legal difficulties"), and were not decisive for the very important matter of the status of a State in the United Nations, was not the prescribed "admission to the United Nations of a new Yugoslavia under Article 4" too potent a remedy? Restrictive measures of partial non-participation directed against the FRY could simply have been rescinded. If the membership of the FRY was not terminated, why did that State have to apply to be admitted as a new Member?

⁸ T. Treves, "The Expansion of the World Community and Membership of the United Nations", *The Finnish Yearbook of International Law*, Vol VI (1995), p 278

qu'il qualifie l'arrangement de « provisoire », ainsi qu'avec la déclaration de la Roumanie, selon laquelle cette résolution ne prévoyait « ni la suspension de la Yougoslavie ni son exclusion des Nations Unies » (Nations Unies, doc A/47/PV 7, p 192, 1992, les italiques sont de moi)

38 Paradoxalement, cette théorie fantaisiste semble correspondre le mieux à la situation qui prévalait après l'adoption de la résolution 47/1, qu'un auteur décrit à juste titre comme « une survie de durée limitée après la mort de l'ancienne Yougoslavie au sein de l'Organisation des Nations Unies »⁸ [traduction du Greffe] Puisque l'appartenance de la Yougoslavie aux Nations Unies n'aurait prétendument pas pris fin, une entité devait bien être présente au sein de l'Organisation, mais il ne s'agissait pas de la RFY. Même si l'on accepte l'interprétation la plus large possible de telles déclarations, la RFY ne pouvait pas avoir une double identité et être représentée tantôt par le nom « Yougoslavie », tantôt par son nom officiel.

39 Selon le secrétaire général adjoint cité par la majorité (par 31), les représentants de la RFY étaient exclus seulement de la participation aux travaux des organes de l'Assemblée générale. Il était d'avis que la résolution 47/1 « n'enlev[ait] pas à la Yougoslavie [sic!] le droit de participer aux travaux des organes autres que ceux de l'Assemblée » (Nations Unies, doc A/47/485). Ce droit était manifestement très fragile puisque, sept mois plus tard, la participation aux travaux de l'ECOSOC fut interdite à la Yougoslavie, sans autre explication juridique. Comment la Cour internationale de Justice a-t-elle alors pu conclure que le « droit » de la RFY de se présenter devant elle était plus solide ? De fait, la Cour, à la fin du paragraphe 17 de l'arrêt de 1996, ne fait état que de la Yougoslavie, en indiquant que « la Yougoslavie [était] partie à la convention sur le génocide » et que « la Yougoslavie était liée » par ses dispositions.

40 Inversement, comment se fait-il que l'article 4 de la Charte des Nations Unies soit expressément cité dans l'opinion du conseiller juridique mais pas dans la résolution 47/1 ? Si les mesures prises à l'encontre de la RFY étaient limitées à sa non-participation aux travaux de l'un des principaux organes des Nations Unies, et si la résolution 47/1 avait seulement pour effet de créer une « situation » (laquelle, selon les termes de la Cour, « ne laiss[ait] pas de susciter des difficultés juridiques ») qui n'était pas déterminante au regard de la question, centrale, du statut d'un Etat au sein de l'Organisation, l'admission prescrite « à l'Organisation des Nations Unies d'une nouvelle Yougoslavie, en vertu de l'article 4 de la Charte », ne constituait-elle pas un remède trop puissant ? Les mesures de restriction dirigées contre la RFY et prévoyant qu'elle ne participerait pas aux travaux de certains organes auraient pu être simplement révoquées. Et s'il n'avait pas été mis fin à l'appartenance de la RFY à l'Organisation, pourquoi cet Etat devait-il formuler une demande pour y être admis comme nouveau Membre ?

⁸ T. Treves, « The Expansion of the World Community and Membership of the United Nations », *The Finnish Yearbook of International Law*, vol. VI, 1995, p. 278.

41 The answer to all these questions lay most probably in the true nature and purpose of the measures against the FRY. In spite of the protestations to the contrary, initially voiced by the sponsors of resolution 47/1 (cf. the statement of the representative of the United Kingdom, United Nations doc A/PV.7), these measures were *punitive*. At the time of the exclusion of the FRY from ECOSOC, condemnatory allusions were made to the conduct of the FRY. On behalf of the sponsors of the resolution 47/229, it was said

“The course of events in the seven months that have passed since the General Assembly adopted resolution 47/1 has certainly demonstrated that the *message* sent by that resolution has not been taken into account by the authorities in Belgrade. This highly regrettable fact necessitates the adoption of the present draft resolution. By excluding the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) from the work of the Economic and Social Council also, the General Assembly builds upon the groundwork laid by resolution 47/1 and sends the unequivocal *message* to Belgrade that the patience of the States Members of the United Nations is not unlimited” (Representative of Denmark, United Nations doc A/47/PV.101; emphasis added.)

42 The FRY thus became the target of gradually increasing restrictions aimed at reducing *de facto* the scope to which it was allowed to play the role of “Yugoslavia” in the United Nations. Another signal was simultaneously sent to the FRY, i.e., that it could hope to receive better treatment, that is, be allowed to represent the still existing (old) “Yugoslavia” if the Security Council and the General Assembly become satisfied that the objections to its acting this role, or pretending to be identical with Yugoslavia, no longer existed. One way of testing this was the procedure of admission under Article 4 of the United Nations Charter, which would offer those United Nations organs the opportunity to examine whether the FRY was “peace-loving” and “able and willing” to carry out the obligations contained in that Article. In the process, the repeated assertions that the SFRY had ceased to exist were conveniently forgotten and the fiction of its virtual existence prolonged. If the SFRY still survived under the name of “Yugoslavia”, the same name as the State whose Minister for Foreign Affairs had signed the United Nations Charter on 26 June 1945 (*Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice*, San Francisco, 1945, p. 509, *Delegates and Officials of the United Nations Conference on International Organizations*, San Francisco, 1945, p. 78), the conclusion could be drawn that the Judgment of 11 July 1996 did not concern the FRY but the still existing SFRY, the succession to which still had to be decided.

43 It became clear on 1 November 2000 that the pragmatic solution temporarily adopted could not resist its legal maladies relating to the suggested admission to membership of the United Nations of a *new* State

41 La réponse à toutes ces questions était probablement liée à la nature et à l'objet véritables des mesures prises à l'encontre de la RFY. En dépit de protestations contraires initialement exprimées par les promoteurs de la résolution 47/1 (voir la déclaration du représentant du Royaume-Uni, Nations Unies, doc A/PV 7), ces mesures étaient *punitives*. Au moment de l'exclusion de la RFY de l'ECOSOC, des allusions réprobatrices furent formulées sur son comportement. Il fut déclaré, au nom des initiateurs de la résolution 47/229, que

« Les événements qui se sont produits pendant les sept mois qui se sont écoulés depuis que l'Assemblée générale a adopté la résolution 47/1 montrent clairement que le *message* envoyé par cette résolution n'a pas été entendu par les autorités de Belgrade. Ce fait extrêmement regrettable rend nécessaire l'adoption du présent projet de résolution. En excluant la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) des travaux du Conseil économique et social également, l'Assemblée générale fait fond sur les bases jetées par la résolution 47/1 et fait clairement savoir à Belgrade que la patience des Etats Membres des Nations Unies a des limites » (Représentant du Danemark, Nations Unies, doc A/47/PV 101, les italiques sont de moi)

42 La RFY devint ainsi la cible de restrictions de plus en plus marquées ayant pour objet de limiter *de facto* la mesure dans laquelle elle était autorisée à jouer le rôle de la « Yougoslavie » au sein des Nations Unies. Un autre signe fut simultanément envoyé à la RFY : elle pouvait espérer recevoir un meilleur traitement, c'est-à-dire être autorisée à représenter l'(ancienne) « Yougoslavie », qui existait toujours, lorsque le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale constateraient la levée des obstacles l'empêchant de jouer ce rôle ou de prétendre qu'elle était la Yougoslavie. L'une des façons de s'en assurer consistait à mettre en œuvre la procédure d'admission prévue par l'article 4 de la Charte des Nations Unies, qui devait permettre auxdits organes de l'Organisation d'examiner si la RFY était un Etat « pacifique », « capable » de remplir les obligations de la Charte et « disposé à le faire ». Les affirmations répétées selon lesquelles la RFSY avait cessé d'exister furent opportunément oubliées et la fiction de son existence virtuelle maintenue. A supposer que la RFSY ait survécu sous le nom de « Yougoslavie », soit le nom de l'Etat dont le ministre des affaires étrangères avait signé la Charte des Nations Unies le 26 juin 1945 (*Charte des Nations Unies et Statut de la Cour internationale de Justice*, San Francisco, 1945, p. 509, *Délégués et personnel de la Conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale*, San Francisco, 1945, p. 78), on pourrait en conclure que l'arrêt du 11 juillet 1996 ne visait pas la RFY mais la RFSY, qui existait toujours, et dont la succession devait encore être réglée.

43 Le 1^{er} novembre 2000, il apparut clairement que la solution pragmatique provisoirement adoptée ne pouvait surmonter ses vices juridiques, liés au fait que l'on avait proposé l'admission comme Membre de

while pretending that it was at the same time an *old State*, or *readmitting* a State that had not previously been excluded from membership, or *reconfirming* the membership of an existing Member, etc. In other words, a State which had been treated as a Member of the United Nations was invited to apply for membership implying that it actually was not a Member. To say the least, the FRY was being asked to relinquish its claim to continuation of the SFRY and thereby admit that it had been a Member under false pretences.

44 In his capacity as depositary of international treaties, the United Nations Secretary-General experienced similar difficulties, manifested in the need to change his original conclusions regarding the application of resolution 47/1, unusually and dramatically, through *errata* in the English text, quoted in paragraph 39 of the Judgment. Initially, the Secretariat had held simply that the resolution was “without effect on the capacity of the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) to participate in treaties, including those deposited with the Secretary-General” (United Nations doc. ST/LEG/8, para. 89), but in the corrected version the proviso was added that this effect was “subject to any decision taken by a competent organ representing the international community of States as a whole or by a competent treaty organ with regard to a particular treaty or convention” (United Nations doc. ST/LEG/7/Rev 1, para. 89). The United Nations Office of Legal Affairs had initially even gone so far as to continue to regard the FRY as the “predecessor State upon separation of parts of the territory of the former Yugoslavia” and find that resolution 47/1 had not affected this quality of the FRY (United Nations doc. ST/LEG/8, para. 297). However, the latter part of the explanation was eliminated in the corrected version in English (United Nations doc. ST/LEG/7/Rev 1, para. 297)⁹

45 There was certainly a *claim* of the FRY to continuity, expressed in the Declaration of 27 April 1992 and ensuing diplomatic correspondence, but the decisive element in 1996 was whether other States recognized this claim. An international decision on continuity of States is one of the decentralized acts of the international community, essentially similar to that on the recognition of States. Whether an entity is recognized as a State depends not on its self-perception but on the perception of others. Furthermore, there are no criteria which, when fulfilled, compel other States to recognize a candidate for statehood. Even if there are, in theory, some criteria on State recognition, there are none on continuity, so that the full scope of appreciation remains with other States. The FRY had no

⁹ “Summary of Practice of the Secretary-General as Depositary of Multilateral Treaties”, prepared by the Treaty Section of the Office of Legal Affairs, paras. 89 and 297.

l'Organisation des Nations Unies d'un *nouvel* Etat tout en prétendant qu'il s'agissait en même temps d'un *ancien* Etat, ou encore à la difficulté d'*admettre à nouveau* un Etat qui n'avait pas été exclu auparavant ou de *confirmer à nouveau* l'appartenance à l'Organisation d'un membre existant, etc Autrement dit, un Etat qui avait été traité comme un Membre de l'Organisation fut invité à formuler une demande d'admission, sous-entendant ainsi qu'il n'en était en fait pas membre Il n'était ni plus ni moins demandé à la RFY de renoncer à revendiquer qu'elle assurait la continuité de la RFSY et de reconnaître par là même qu'elle avait été abusivement Membre de l'Organisation

44. En sa qualité de depositaire des traités internationaux, le Secrétaire général des Nations Unies rencontra des difficultés similaires, ainsi que le montre la nécessité dans laquelle il se trouva de modifier ses conclusions initiales sur l'application de la résolution 47/1 en recourant à une procédure tout à fait inhabituelle, à savoir la diffusion d'*errata* au texte anglais (cités au paragraphe 39 de l'arrêt) Initialement, le Secrétariat avait simplement indiqué que la résolution n'affectait pas «le droit de la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) de devenir partie à des traités, parmi lesquels ceux déposés auprès du Secrétaire général» (Nations Unies, doc ST/LEG/8, par 89) [*traduction du Greffe*], mais la condition suivante fut ajoutée dans la version corrigée. «sauf décision prise par un organe compétent représentant la communauté internationale des Etats dans son ensemble ou par un organe conventionnel compétent à l'égard d'un traité ou d'un accord particulier» (Nations Unies, doc ST/LEG/7/Rev 1, par 89) [*traduction du Greffe*]. Le bureau des affaires juridiques des Nations Unies avait même, dans un premier temps, continué à considérer la RFY comme «l'Etat prédecesseur après séparation de parties du territoire de l'ex-Yougoslavie» et conclu que la résolution 47/1 n'avait pas porte atteinte à cette qualité de la RFY (Nations Unies, doc. ST/LEG/8, par. 297) Toutefois, la dernière partie de l'explication fut retirée de la version corrigée en anglais (Nations Unies, doc ST/LEG/7/Rev 1, par 297)⁹

45 La RFY avait certes *invoqué* la continuité, et cela ressort clairement de la déclaration du 27 avril 1992 et de la correspondance diplomatique qui s'en est ensuivie, mais la question déterminante en 1996 était celle de savoir si d'autres Etats reconnaissaient cette prétention Les décisions qui, au plan international, concernent la continuité des Etats font partie des actes décentralisés de la communauté internationale et ressemblent, au fond, aux actes par lesquels un Etat est reconnu Une entité n'est reconnue comme Etat que si les autres, et non elle-même, la perçoivent comme tel En outre, il n'est aucun critère qui, satisfait, obligerait les autres Etats à reconnaître à cette entité la qualité d'Etat. Même s'il existe, en théorie, certains critères de reconnaissance d'un Etat, il n'en

⁹ «Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que depositaire de traités multilatéraux» section des traités du bureau des affaires juridiques (1996), par 89 et 297

great difficulties in being recognized as a State, but its additional claim to continuity of the SFRY “ha[d] not been generally accepted”, as stated in Security Council resolution 757 (1992).

46 There have not been many instances of disintegration of a State, but in all such cases the general response regarding continuity has depended primarily on the attitude of the other States which emerged on the territory of the State which had ceased to exist. If there was an agreed arrangement, other members of the international community would generally follow suit. In the case of the SFRY there was no agreement: the claim of the FRY was contested by Croatia, the Former Yugoslav Republic of Macedonia, Slovenia and, importantly, Bosnia and Herzegovina, i.e., all other States which had emerged from the former SFRY. That is the unique feature of this situation. The continuation of the SFRY by the FRY was not a matter to be decided only by the FRY, or exclusively by the FRY and other successor States of the SFRY, but, as confirmed by the United Nations Office of Legal Affairs (see para 44 above), remained dependent on a decision to be taken by other actors. By admitting the FRY to membership of the United Nations, the Security Council and the General Assembly did satisfy the first and last criteria and thus finally determined the outcome of the debate.

V. CONCLUSIONS

47 The process of recognition is a process in time. The debate on the adoption of Security Council resolution 777 (1992) and the subsequent actions by the Secretariat of the United Nations show that continuity between the SFRY and the FRY was an assumption or perception shared by *some* other international actors but far from being widely accepted. If the FRY's claim to continuity was not “generally accepted” in 1992, it could have been accepted later, say in 1996, when the Judgment was delivered, but the Court — while relying on the consequences of continuity — failed to prove universal acceptance at the time of the Judgment. It could not, for that matter, have proven it in 1996 or for the whole period between 11 July 1996 and 1 November 2000, when it finally became clear that general acceptance had not materialized.

48 Accordingly, the crucial point is to determine when the FRY's claim was *generally rejected*. When did it become clear that the FRY was certainly not a continuator of the SFRY, with all the consequences for the new State, favourable and unfavourable, which that entailed? This question was finally decided by a forum very closely approximating the

existe pas s'agissant de la continuité, de sorte que les Etats tiers restent entièrement libres d'apprécier une situation comme ils l'entendent. La RFY n'eut guère de difficulté à se faire reconnaître en tant qu'Etat, mais sa prétention supplémentaire à assurer la continuité de la RFSY ne fut «pas généralement acceptée», comme devait l'indiquer le Conseil de sécurité dans sa résolution 757 (1992)

46 Il n'y a eu jusqu'à ce jour que peu de cas de désintégration d'un Etat, mais, à chaque fois, la question de la continuité a essentiellement dépendu de l'attitude des autres Etats nés sur le territoire de l'Etat qui avait cessé d'exister, et, en cas d'accord, les autres membres de la communauté internationale ont généralement suivi. Dans le cas de la RFSY, aucun accord de la sorte n'est intervenu : la Croatie, l'ex-République yougoslave de Macédoine, la Slovénie et, plus particulièrement, la Bosnie-Herzégovine — autrement dit tous les autres Etats nés de l'ancienne RFSY — ont contesté la prétention de la RFY. C'est là la caractéristique particulière de cette situation. Savoir si la RFY assurait la continuité de la RFSY n'était pas une question qui pouvait être tranchée par la seule RFY, ou exclusivement par la RFY et d'autres Etats successeurs de la RFSY, mais — ainsi que l'a confirmé le bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies (voir plus haut le paragraphe 44) — par une décision incombant à d'autres intervenants. En admettant la RFY comme Membre de l'Organisation des Nations Unies, le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale ont satisfait au seul et unique critère et ont par conséquent définitivement tranché le débat.

V CONCLUSIONS

47 La reconnaissance est un processus. Le débat autour de l'adoption de la résolution 777 (1992) du Conseil de sécurité et les mesures prises par la suite par le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies montrent que la continuité entre la RFSY et la RFY constituait une présomption, ou une perception, partagée par *certain*s autres acteurs de la scène internationale, mais loin d'être généralement acceptée. Si la prétention de la RFY à la continuité n'était pas «généralement acceptée» en 1992, elle aurait pu l'être par la suite, par exemple en 1996 lorsque l'arrêt fut rendu, mais la Cour, tout en se fondant sur les conséquences de la continuité, n'est pas parvenue à démontrer une acceptation universelle au moment de l'arrêt. De fait, elle n'aurait pu la démontrer ni en 1996 ni au cours de la période comprise entre le 11 juillet 1996 et le 1^{er} novembre 2000, lorsqu'il devint finalement évident que l'acceptation générale ne s'était pas produite.

48 La question centrale est donc de savoir quand la prétention de la RFY fut *généralement rejetée*. Quand est-il devenu manifeste que la RFY n'assurait certainement pas la continuité de la RFSY, avec toutes les conséquences, positives et négatives, que cela entraînait pour le nouvel Etat? Cette question fut en fin de compte tranchée par une instance

totality of all States, the whole of the international community, i.e., the Organization of the United Nations, when on 1 November 2000 the latter admitted the FRY as a *new* Member of the Organization, thus excluding the possibility of the FRY having formerly been a Member as a continuator of the SFRY, or on some other basis

49 The admission of the FRY as a *new* Member of the United Nations revealed (led to the discovery of) the fact that the FRY was *not* a Member of the United Nations (and not a party to the Statute of the International Court of Justice) at the time of the Judgment of 11 July 1996. The letter of the United Nations Legal Counsel of 8 December 2000 inviting the FRY to undertake treaty actions (Application of Yugoslavia, Ann 27), if the intention of the latter was to assume rights and obligations as a successor State, demonstrated that the FRY had not previously been a party to international treaties on the ground that they had been ratified by the SFRY and that, specifically, the FRY was not a party to the Genocide Convention at the time of the Judgment of 11 July 1996.

50 The admission of the FRY to the United Nations as a new Member and the subsequent events showed that a possibility known to the Court and other parties, that is, that the FRY was not the sole continuator but one of the successors of the SFRY, had become established as a fact existing since the very creation of the FRY, the "fact" that the FRY was a continuator of the SFRY had not existed at any time. In its Judgment the Court, without explicitly saying so, espoused one of the views existing in 1996 (and summarized above). The majority in the present case treats this view as the only known *fact* at the time, disregarding other, predominant views. The legal situation was admittedly complex, as indicated by the majority, but it was known in all its complexity. The truth is that the fact was not seen by the Court in its entirety and that later events demonstrated that it differed from that which provided the basis for jurisdiction in the 1996 Judgment.

51. Even if none of the interpretations advanced above are accepted, the follow-up to Security Council resolution 777 (1992) and General Assembly resolution 47/1, which was known to the Court at the time of the rendering of the Judgment of 11 July 1996, was, to say the least, inconclusive. For the purposes of the Order on provisional measures, the developments until April 1993 could have possibly warranted the provisional assumption that the FRY was a continuator of the SFRY, but the situation in 1996 had not developed to the degree that it allowed a final determination that the Court had jurisdiction on such basis.

52 The process of determining the nature of the extinction of the SFRY was not completed on 11 July. It could not have been brought to an end by unilateral action of the FRY without the necessary confirma-

representant quasiment la totalité des Etats, l'ensemble de la communauté internationale, à savoir l'Organisation des Nations Unies, lorsque, le 1^{er} novembre 2000, celle-ci admit la RFY en qualité de *nouveau* Membre de l'Organisation, excluant ainsi l'idée que la RFY aurait auparavant été Membre de l'Organisation en qualité d'Etat assurant la continuité de la RFSY ou en toute autre qualité

49 L'admission de la RFY en qualité de *nouveau* Membre de l'Organisation des Nations Unies a révélé le fait — a entraîné sa découverte — que la RFY n'était *pas* membre de l'Organisation (et n'était pas partie au Statut de la Cour internationale de Justice) à l'époque de l'arrêt du 11 juillet 1996. La lettre du 8 décembre 2000, par laquelle le conseiller juridique de l'Organisation invitait la RFY à accomplir les formalités conventionnelles nécessaires (requête de la Yougoslavie, annexe 27) au cas où celle-ci aurait entendu assumer les droits et les obligations de la RFSY en tant qu'Etat successeur, a démontré, d'une manière générale, que la RFY n'était auparavant pas partie aux traités internationaux, quand bien même ceux-ci avaient été ratifiés par la RFSY, et en particulier que la RFY n'était pas partie à la convention sur le génocide au moment du prononcé de l'arrêt, le 11 juillet 1996.

50 L'admission de la RFY à l'Organisation des Nations Unies en qualité de nouveau Membre et les événements qui ont suivi ont révélé que ce que la Cour et d'autres intervenants percevaient comme une possibilité (à savoir que la RFY n'assurait pas seule la continuité de la RFSY mais en était l'un des successeurs) était en réalité un fait établi, existant depuis la date de la création de la RFY, le «fait» que la RFY assurait la continuité de la RFSY n'avait existé à aucun moment. Dans son arrêt de 1996, la Cour, sans le dire explicitement, a adopté l'un des points de vue exprimés alors (et résumés plus haut). Dans la présente espèce, la majorité a traité ce point de vue comme le seul *fait* connu à l'époque, faisant fi des autres points de vue, pourtant dominants. Certes, la situation juridique était complexe, comme le précise la majorité, mais elle était connue dans toute sa complexité. En vérité, la Cour n'a pas perçu ce fait dans son intégralité et les événements ultérieurs ont montré qu'il était autre que celui qui avait servi de base de compétence à l'arrêt rendu en 1996.

51 A supposer rejetées toutes les interprétations avancées plus haut, les suites données à la résolution 777 (1992) du Conseil de sécurité et à la résolution 47/1 de l'Assemblée générale, que la Cour connaissait le 11 juillet 1996 lorsqu'elle rendit son arrêt, furent loin d'être décisives. Aux fins de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires, le déroulement des événements jusqu'en avril 1993 aurait éventuellement pu justifier que la RFY fût, à titre provisoire, considérée comme assurant la continuité de la RFSY, mais en 1996, la situation n'était pas telle qu'elle permit à la Cour de décider de façon définitive qu'elle était compétente sur cette base.

52 Le 11 juillet 1996, la nature de l'extinction de la RFSY n'était pas encore entièrement connue. En effet, elle ne pouvait le devenir par un simple acte unilatéral de la RFY, mais à condition que les organes com-

tion of the relevant organs of the United Nations or another “competent organ representative of the international community of States”

53 According to Article 61, paragraph 2, of the Statute of the International Court of Justice, the purpose of the judgment opening the proceedings for revision is limited to the initial determination of the existence of a new fact and of its (decisive) nature. The judgment to be delivered in this case should enable the Court to go more deeply into the matter of its jurisdiction on the basis of facts that existed in July 1996 but acquired their real meaning only on 1 November 2000. Opening the proceedings for revision would not preclude any possible finding by the Court that the facts existing at the time of the 1996 Judgment were such that the Court could nevertheless entertain jurisdiction. Declaring the Application for revision inadmissible only by reference to the literal meaning of the word “fact” misses a serious opportunity to decide on important matters relating to the jurisdiction of the International Court of Justice.

54 One of these important matters is the question of the access to the Court of States other than States parties to the Statute of the Court under Article 35, paragraph 2, of the Statute. These issues were, admittedly, touched upon in its 1993 Order on provisional measures, but the Court has never really discussed the scope of the “treaties in force” provision. For instance, are the conditions in Article 35, paragraph 2, objectively laid down by the Statute, or can they be changed by agreements of States? Could the FRY, if it was not a party to the Statute of the International Court of Justice before 1 November 2000, come before the Court before 1 November 2000?

55 In view of the consistent opposition of Bosnia and Herzegovina to the claim of the FRY to continuity and its frequently repeated protests against any action resting on this claim, the Court should have examined its jurisdiction *proprio motu* and not have been satisfied by the fact that Bosnia and Herzegovina did not dispute that jurisdiction *in this particular case*. The jurisdiction of the International Court of Justice is optional, which means that any consent to it by a State should be carefully examined and narrowly interpreted. The process of determining the nature of the extinction of the SFRY was not completed on 11 July 1996, it could not have been brought to an end by unilateral action of the FRY without the necessary international confirmation. The admission of the FRY to the United Nations as a new Member completed the process by confirming the general sense in the international community that the FRY, while being one of the successors to the SFRY, was not its continuator, with all the consequences following therefrom, including its participation in international treaties. The “*sui generis* position which the FRY found itself in vis-à-vis the United Nations over the period 1992 to 2000”, as the majority describes the status of the FRY in paragraph 71 of the Judgment, was an insufficient ground to establish the jurisdiction of the International

pétents de l'Organisation des Nations Unies ou un autre «organe compétent représentatif de la communauté internationale des Etats» le confirment

53 Conformément au paragraphe 2 de l'article 61 du Statut de la Cour internationale de Justice, l'arrêt par lequel s'ouvre la procédure de revision a pour seul objet de constater l'existence d'un fait nouveau ainsi que son caractère décisif. L'arrêt rendu en l'espèce aurait dû permettre à la Cour d'examiner plus avant la question de sa compétence sur la base des faits qui existaient en juillet 1996 mais qui n'ont pris leur véritable sens que le 1^{er} novembre 2000. Ouvrir la procédure de revision n'aurait en rien empêché la Cour de constater que les faits existant à l'époque de l'arrêt rendu en 1996 étaient tels qu'elle pouvait tout de même exercer sa compétence. En déclarant irrecevable la demande en revision sur la base du seul sens littéral du terme «fait», la Cour internationale de Justice a manqué l'occasion de trancher d'importantes questions relatives à sa compétence.

54 L'une de ces questions importantes est celle de l'accès à la Cour des Etats non parties au Statut de celle-ci conformément au paragraphe 2 de l'article 35 du Statut. La Cour s'est, il est vrai, penchée sur ces questions dans son ordonnance en indication de mesures conservatoires de 1993, mais elle n'a jamais réellement examiné la portée de la disposition relative aux «traités en vigueur». Ainsi, les conditions posées au paragraphe 2 de l'article 35 sont-elles définies de façon objective par le Statut ou bien peuvent-elles être modifiées par voie d'accord entre Etats? Ou encore, si la RFY n'est devenue partie au Statut de la Cour internationale de Justice que le 1^{er} novembre 2000, pouvait-elle se présenter devant cette dernière avant cette date?

55. Etant donné que la Bosnie-Herzégovine s'est toujours opposée à la prétention de la RFY à assurer la continuité de la RFSY et qu'elle a réitéré à maintes reprises ses protestations contre tout acte reposant sur cette revendication, la Cour aurait dû examiner sa compétence d'office et ne pas se contenter du fait que la Bosnie-Herzégovine ne la contestait pas *dans cette affaire précise*. La compétence de la Cour internationale de Justice n'est pas obligatoire, ce qui signifie que tout consentement d'un Etat à celle-ci doit être soigneusement examiné et strictement interprété. La nature de l'extinction de la RFSY n'était pas encore entièrement connue le 11 juillet 1996, cette extinction ne pouvait être décidée par un acte unilatéral de la RFY sans que cela ne soit confirmé au niveau international. L'admission de la RFY à l'Organisation des Nations Unies en qualité de nouveau Membre a mis fin à ce processus, confirmant l'impression générale qui régnait au sein de la communauté internationale, à savoir que la RFY, tout en étant l'un des successeurs de la RFSY, n'en assurait pas pour autant la continuité, avec toutes les conséquences que cela comportait, y compris à l'égard de sa participation aux traités internationaux. La «situation *sui generis* dans laquelle se trouvait la RFY vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies pendant la période 1992-2000»

Court of Justice In paragraph 70, the majority admits that it was not known in 1996 whether the FRY would apply for membership in the United Nations and whether it would be admitted, but still bases the whole argument on the assumption that the admission of a State as a Member of the United Nations does not necessarily result in the conclusion that it had not been a Member prior to admission. If for some curious reason that logical conclusion does not apply in this particular case, it would be an exception to the rule. All exceptions, including this one, must be strictly construed and their existence unequivocally proven, but this was not done by the majority.

56 When pressing its claim to continuity, the FRY was apparently seeking to benefit from some advantages of the continuator State, while being reconciled to the disadvantages of such status. By constantly protesting against that claim of the FRY, Bosnia and Herzegovina was in a reciprocal position. The result, depriving the FRY of all advantages and leaving it with the burden of being submitted to the jurisdiction of the International Court of Justice, while giving Bosnia and Herzegovina all the benefits, in the only instance where it recognized the claim of the FRY to continuity, was tantamount to differential treatment.

57 Admittedly, there could have been other bases for the jurisdiction of the Court, including a construction that would not rely on the FRY *remaining* bound by treaty obligations of the former SFRY, but the Court dismissed them in paragraph 41 of the 1996 Judgment. They could have been examined had the case been opened for revision.

(Signed) Vojin DIMITRIJEVIC

— c'est ainsi que la majorité décrit le statut de la RFY au paragraphe 71 du présent arrêt — ne constituait pas une base suffisante pour asseoir la compétence de la Cour internationale de Justice. Au paragraphe 70, la majorité, tout en reconnaissant que la question de savoir si la RFY présenterait une demande d'admission à l'Organisation des Nations Unies et si celle-ci serait accueillie ne pouvait être tranchée en 1996, fonde malgré cela tout son raisonnement sur la présomption que l'admission d'un Etat en qualité de Membre de l'Organisation ne signifie pas pour autant qu'il n'en était pas membre avant cette admission. Si, pour une raison étrange, cette conclusion logique ne s'applique pas en l'espèce, cela constitue une exception à la règle. Toutes les exceptions, y compris celle-ci, doivent être strictement analysées, et leur existence formellement démontrée — ce que n'a pas fait la majorité.

56 Lorsqu'elle cherchait à se faire reconnaître comme l'Etat continuateur de la RFSY, la RFY cherchait apparemment à bénéficier de certains avantages liés à un tel statut, tout en acceptant les inconvénients. En n'ayant cessé de s'élever contre cette prétention de la RFY, la Bosnie-Herzégovine se trouvait dans une position similaire. Le résultat, qui prive la RFY de tous les avantages en lui laissant comme charge d'être soumise à la compétence de la Cour internationale de Justice, alors que la Bosnie-Herzégovine en tire tous les bénéfices, dans le seul cas où celle-ci a reconnu la prétention de la RFY à assurer la continuité de la RFSY, équivaut à un traitement discriminatoire.

57 L'on aurait pu trouver, effectivement, d'autres bases à la compétence de la Cour, y compris une interprétation ne dépendant pas du constat que la RFY *demeurait* liée par les obligations conventionnelles de l'ancienne RFSY, mais ces bases ont été rejetées par la Cour au paragraphe 41 de son arrêt de 1996. Or, elles auraient pu être examinées si la revision avait été ouverte.

(Signé) VOJIN DIMITRIJEVIĆ