

SEPARATE OPINION OF VICE-PRESIDENT  
AL-KHASAWNEH

*Concurrence with result — Disagreement with reasoning — FRY lack of access erroneous reasoning — Traceable to 2004 Judgment — Source of confusion — Contradictions with 2007 not substantively resolved — Merely hidden by res judicata — Majority forced to rely on novel interpretation of Mavrommatis — New reasoning leads nowhere — Crucial element in Mavrommatis remains missing — Defect is not curable now because of loss of jurisdiction ratione materiae.*

I concur with the majority opinion that the Court possesses jurisdiction to decide the present case on the merits. I regret, however, that there are elements in the Court’s reasoning with which I cannot agree. Believing those differences to be important enough to warrant an explanation, I append this separate opinion.

The Judgment is predicated on two premises neither of which I find convincing: first, that the Federal Republic of Yugoslavia (FRY) had no “access” to the Court from its inception on 27 April 1992 until its admission as a new Member of the United Nations on 1 November 2000; and second, that this defect — fundamental in the eyes of some — is nevertheless curable by the invocation of a somewhat unorthodox interpretation of the so-called *Mavrommatis* principle. The first of these elements of the Court’s reasoning is not new. Its genesis is located in the 2004 case concerning the *Legality of Use of Force* Judgment(s) where the Court, departing from earlier closely-related jurisprudence (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I.C.J. Reports 1993*; *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)*; *Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, (Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina), Judgment, I.C.J. Reports 2003*), drew, from the fact of the 2000 admission of the FRY to the United Nations as a “new Member”, the inference that that fact clarified retroactively the hitherto amorphous status of FRY membership in the United Nations, revealing that it had not been

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE AL-KHASAWNEH,  
VICE-PRÉSIDENT

[Traduction]

*Accord avec le résultat — Désaccord quant au raisonnement — Erreur du raisonnement par lequel la Cour conclut au défaut d'accès de la RFY — Ce raisonnement trouve son origine dans les arrêts de 2004 — Source de confusion — Les contradictions avec l'arrêt de 2007 n'ont guère été dissipées — Elles ont simplement été masquées par le recours au principe de l'autorité de la chose jugée — La majorité s'est vue contrainte de recourir à une interprétation inédite de Mavrommatis — Le nouveau raisonnement ne mène nulle part — Un aspect fondamental de Mavrommatis fait défaut — Le vice de procédure ne peut plus être corrigé en raison de la perte de la compétence ratione materiae.*

Je pense comme la majorité de la Cour que celle-ci est compétente pour se prononcer sur le fond de l'affaire. Je regrette néanmoins de ne pouvoir souscrire à certains points du raisonnement de la Cour. Jugeant ces différences suffisamment importantes pour qu'une explication soit justifiée, je joins la présente opinion individuelle.

L'arrêt est fondé sur deux prémisses, dont aucune ne me semble convaincante: premièrement, la République fédérale de Yougoslavie (RFY) n'aurait pas eu «accès» à la Cour entre le moment de sa création, le 27 avril 1992, et celui de son admission en tant que nouveau Membre de l'Organisation des Nations Unies, le 1<sup>er</sup> novembre 2000; deuxièmement, il pourrait néanmoins être remédié à ce défaut — fondamental aux yeux de certains — moyennant une interprétation quelque peu originale du principe dit *Mavrommatis*. Le premier de ces éléments du raisonnement de la Cour n'est pas nouveau. Il provient des arrêts rendus en 2004 dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, où, s'éloignant de la jurisprudence précédemment établie dans des affaires connexes (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993; 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); Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996 en l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires (Yougoslavie c. Bosnie-Herzégovine), arrêt, C.I.J. Recueil 2003*), la Cour avait conclu, à la lumière de l'admission de la RFY en tant que «nouveau Membre» de l'ONU en 2000, que ce fait clarifiait rétroactivement le statut jusque-là indéterminé de ce pays à l'égard de l'Organisation

a United Nations Member in the period 1992-2000 and thus lacked the capacity (access) to appear before the Court.

I have already had occasion to discuss these jurisdictional issues in a somewhat lengthy and detailed manner (see dissenting opinion of Judge Al-Khasawneh (especially paras. 11-16) in the case concerning the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2007 (I)*, pp. 246-249), and no purpose would be served by repeating those arguments. Suffice it to say that in my respectful opinion the erroneous reasoning in the 2004 Judgment has been the source of much confusion and contradictions in the Court's judgments dealing with the aftermath of the disintegration of the former Socialist Republic of Yugoslavia (the SFRY).

In the 2007 Genocide Judgment (*ibid.*, pp. 96-101, paras. 129-138), where the Court upheld its jurisdiction (for the second time, the first being in 1996), the contradictions with the 2004 Judgment were not substantively resolved but merely obscured by the formalism of *res judicata*. In the present judgment, in which the Applicant is different, the ghost of the 2004 Judgment, freed from the shackles of *res judicata*, is back to haunt us, and rather than putting it this time to rest beyond revivication, the Court chose in fact to revive it, making it one of the premises on which the present Judgment is constructed. This is regrettable as the moral and logical implications of the collective disappearing act of the FRY for eight full years, while some of the most horrible crimes occurred, and in which its leaders were implicated, cannot represent a high point in the history of this Court.

Instead — and this leads me to the second premise on which this Judgment is predicated — the majority embarked on a novel interpretation of the so-called *Mavrommatis* principle (*Mavrommatis Palestine Concessions*, Judgment No. 2, 1924, *P.C.I.J., Series A, No. 2*, para. 34) according to which the Court would not insist on a new application if, at the time of institution of proceedings, a procedural defect curable by a subsequent action of the applicant existed. Of course, no other option was open to the majority given the inapplicability of *res judicata* and the choice they made with regard to maintaining the 2004 Judgment. Unfortunately, this new line of reasoning, based on *Mavrommatis*, was to prove exceedingly arduous and ultimately, in my respectful opinion, to lead nowhere.

A brief recollection of pertinent developments is useful: Croatia instituted proceedings on 2 July 1999, i.e., in the period during which the FRY was not, according to the logic of the 2004 Judgment and the present one, a United Nations Member, and hence lacked access to

des Nations Unies, révélant qu'il n'en avait pas été un membre dans la période comprise entre 1992 et 2000 et n'avait donc pas qualité pour ester devant la Cour («accéder à la Cour»).

J'ai déjà eu la possibilité de m'étendre assez longuement sur ces questions juridictionnelles (voir opinion dissidente du vice-président Al-Khasawneh, notamment les paragraphes 11 à 16, dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 246-249). Il serait donc inutile de répéter ici les arguments que j'ai fait valoir à cette occasion. Je me contenterai de dire que, à mon humble avis, le raisonnement erroné suivi dans les arrêts de 2004 est à l'origine de la grande confusion et des nombreuses contradictions qui existent dans les arrêts de la Cour traitant des conséquences de la désintégration de l'ex-République fédérative socialiste de Yougoslavie (la RFSY).

Dans l'arrêt de 2007 relatif à l'application de la convention sur le génocide (*ibid.*, p. 96-101, par. 129-138), où la Cour s'est déclarée compétente (pour la deuxième fois, ayant déjà affirmé sa compétence en 1996), les contradictions avec les arrêts de 2004 n'ont pas été dissipées sur le fond, mais simplement masquées par le formalisme du principe de l'autorité de la chose jugée. Dans la présente instance, où la partie demanderesse n'est pas la même, le spectre des arrêts de 2004, libéré des chaînes du principe de l'autorité de la chose jugée, est revenu nous hanter et, au lieu de le taire à jamais, la Cour a décidé cette fois-ci de le ranimer pour en faire l'une des prémisses de son arrêt. C'est regrettable, car les implications morales et logiques de l'escamotage collectif de la RFY, qui a duré huit années complètes alors que certains des crimes les plus horribles — auxquels les dirigeants de cet Etat étaient mêlés — étaient commis, ne sauraient représenter un point fort de l'histoire de la Cour.

Au lieu de cela — et c'est ce qui me conduit à la deuxième prémisse qui fonde le présent arrêt —, la majorité s'est lancée dans une interprétation inédite du principe dit *Mavrommatis* (*Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, par. 34) selon laquelle la Cour n'exigerait pas qu'une nouvelle requête soit déposée s'il existait, à la date de l'introduction de l'instance, un défaut procédural pouvant être corrigé par une action ultérieure du demandeur. Bien entendu, la majorité n'avait pas d'autre possibilité étant donné, d'une part, l'inapplicabilité du principe de l'autorité de la chose jugée et, d'autre part, son choix de maintenir la position exposée dans les arrêts de 2004. Malheureusement, cette voie nouvelle, inspirée de *Mavrommatis*, devait se révéler trop escarpée et en fin de compte, selon moi, ne mener nulle part.

Un bref rappel des faits pertinents est utile. La Croatie a introduit la présente instance le 2 juillet 1999, autrement dit à une période où la RFY n'était pas, si l'on s'en tient à la logique des arrêts de 2004 et du présent arrêt, un membre de l'Organisation des Nations Unies, et n'avait de ce

the Court<sup>1</sup> ; in November 2000 the FRY was admitted as a new Member to the United Nations thereby curing this lack of access and removing the obstacle to jurisdiction *ratione personae*; however a few months later, on 6 March 2001, the FRY undertook treaty action which included the depositing with the Secretary-General of the United Nations of an “instrument of accession” to the Genocide Convention. It has since maintained, in a reversal of its earlier position based on continuity, that it only became a party to that Convention by accession in June 2001. Jurisdiction *ratione materiae* was now lost because the FRY “instrument of accession” contained a reservation to the effect that the FRY “does not consider itself bound by Article IX of the Convention” (Judgment, para. 94). As the Judgment recalls in paragraph 94, Croatia objected on the ground that the FRY “‘is already bound by the Convention since its emergence as one of the five equal successor States’ of the former SFRY”. It goes without saying that if the FRY was not a successor but a continuator of the SFRY the “accession” would be equally invalid. For its part the Court, as recalled in paragraph 102 and as submitted by Croatia, affirmed on six occasions that the FRY was bound by the Genocide Convention in 1993 (twice), 1996, 1999, 2003, and 2007.

Be that as it may, what is of direct interest now is that unless the reservation pertaining *ratione materiae* to the Court’s jurisdiction is invalid, it would not be possible by any stretch of the legal imagination to invoke *Mavrommatis*. A crucial element in *Mavrommatis*, and in other cases which follow that old case (*Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1963*; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*; *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)*), is that a procedural defect is curable by subsequent action which is nevertheless deemed unnecessary in view of considerations of judicial economy. The situation in the present case is different. The reservation to Article IX introduced by the FRY in 2001 will act to bar such a subsequent action. Without the invalidation of the reservation to Article IX which the Judgment avoids, I cannot see how the *ratione materiae* element of the Court’s jurisdiction can be upheld on the basis of reasoning based on *Mavrommatis*.

---

<sup>1</sup> Access as a non-Member under Article 35 (2) was also blocked by the interpretation given in 2004 to the phrase “treaties in force” (see pp. 318-324, paragraphs 99-114 of the case concerning *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004 (I)*).

fait pas accès à la Cour<sup>1</sup>. En novembre 2000, la RFY fut admise à l'Organisation des Nations Unies en qualité de Membre, ce qui remédia à ce défaut d'accès et leva l'obstacle à la compétence *ratione personae*. Cependant, quelques mois plus tard, le 6 mars 2001, la RFY accomplit une formalité conventionnelle comprenant notamment le dépôt auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies d'un «instrument d'adhésion» à la convention sur le génocide. Depuis lors, la RFY maintient, revenant sur son opinion antérieure fondée sur la continuité, qu'elle est uniquement devenue partie à la Convention par voie d'adhésion en juin 2001. La Cour aurait perdu ainsi sa compétence *ratione materiae* car l'«instrument d'adhésion» déposé par la RFY était assorti d'une réserve aux termes de laquelle celle-ci «ne se consid[érait] pas liée par l'article IX de la Convention» (arrêt, par. 94). Ainsi qu'il est rappelé au paragraphe 94 de l'arrêt, la Croatie fit objection au motif que la RFY «[était] déjà liée par la Convention depuis qu'elle [était] devenue l'un des cinq Etats successeurs égaux de l'ex-RFSY». Il va sans dire que, si la RFY n'était pas un Etat successeur mais un Etat continuateur de la RFSY, cette «adhésion» ne serait pas plus valable pour autant. Pour sa part, la Cour, comme elle le rappelle au paragraphe 102 et comme la Croatie l'a fait observer, a affirmé six fois, en 1993 (deux fois), 1996, 1999, 2003 et 2007, que la RFY était liée par la convention sur le génocide.

Quoi qu'il en soit, ce qui nous intéresse directement en l'espèce, c'est que, à moins que la réserve relative à la compétence *ratione materiae* de la Cour ne soit pas valable, il n'est pas possible, même au prix d'un vaste effort d'imagination, d'invoquer *Mavrommatis*. Un aspect fondamental de *Mavrommatis* et d'autres affaires ultérieures à cette ancienne affaire (*Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1963; Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984; 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)*) tenait à ce que, si un vice de procédure pouvait être couvert par une action ultérieure, celle-ci était néanmoins inutile pour des raisons d'économie judiciaire. La situation est différente en l'espèce. La réserve à l'article IX formulée par la RFY en 2001 aura pour conséquence d'empêcher une telle action ultérieure. Sans l'invalidation de cette réserve, que l'arrêt évite, je ne vois pas comment la compétence *ratione materiae* de la Cour peut être retenue sur la base d'un raisonnement inspiré de l'affaire *Mavrommatis*.

<sup>1</sup> L'accès en tant que non-membre prévu à l'alinéa 2) de l'article 35 du Statut a également été bloqué en raison de l'interprétation faite en 2004 de l'expression «traités en vigueur» (voir les paragraphes 99-114 de l'arrêt rendu en l'affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 318-324).

I continue to believe that the FRY was a continuator of the SFRY until 2000 when, of its own volition, it became a successor State. I am also of the opinion that the FRY was bound by the Genocide Convention, including Article IX, by virtue of the ratification by the SFRY of the Convention, without reservation, on 29 August 1950. It is on these bases that I joined the majority in upholding the Court's jurisdiction notwithstanding my respectful, but profound, disagreement with their reasoning.

*(Signed)* Awn AL-KHASAWNEH.

---

Je continue de croire que la RFY était un Etat continuateur de la RFSY jusqu'en 2000 quand, de son propre gré, elle est devenue un Etat successeur. Je pense aussi que la RFY était liée par la convention sur le génocide, y compris l'article IX, en vertu de la ratification sans réserve que la RFSY a donnée à cet instrument le 29 août 1950. Dans ces conditions, je me suis associé à la majorité pour établir la compétence de la Cour malgré mon désaccord respectueux mais profond avec son raisonnement.

*(Signé)* Awn AL-KHASAWNEH.

---