

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE OWADA

[Traduction]

La portée juridique des arrêts de 2004 et de 2007 — L'applicabilité en l'espèce du principe dit principe Mavrommatis — La jurisprudence de la Cour consacrée à celui-ci en tant que principe relatif au consentement à la compétence — Le principe Mavrommatis n'est pas extensible à tout « défaut procédural » entachant une instance portée devant la Cour — La capacité d'ester devant la Cour, une question à trancher au moment du dépôt de l'acte introductif d'instance — Le défaut de pertinence de la distinction entre demandeur et défendeur aux fins de l'accès à la Cour.

1. J'ai voté en l'espèce contre la partie du dispositif de l'arrêt dans laquelle la Cour rejette la première exception préliminaire présentée par la République de Serbie dans la mesure où celle-ci porte sur la capacité de cet Etat de participer à l'instance introduite par la requête de la République de Croatie et où la Cour conclut à sa compétence pour en connaître (arrêt, par. 146, points 1) et 3)). Pour les raisons exposées dans la suite de la présente opinion, j'estime que la Cour n'a pas compétence pour connaître de la présente affaire dont la République de Croatie l'a saisie puisque le défendeur, la République de Serbie, n'avait pas qualité pour ester en l'espèce à l'époque où le demandeur, la République de Croatie, déposa à son encontre une requête introductive d'instance devant la Cour.

I. LA PORTÉE JURIDIQUE DES ARRÊTS DE 2004 ET DE 2007

2. Dans les arrêts qu'elle a rendus en 2004 dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force* (dénommées ci-après les affaires de l'« OTAN »; *C.I.J. Recueil 2004 (I, II, III)*, p. 279-1450), la Cour a conclu qu'« elle n'[avait] pas compétence pour connaître des demandes formulées par la Serbie-et-Monténégro dans sa requête déposée le 29 avril 1999 » (*ibid.*, p. 328, par. 129). Cette conclusion était fondée sur celle à laquelle elle était parvenue au sujet des paragraphes 1 et 2 de l'article 35 de son Statut.

S'agissant du paragraphe 1 de l'article 35, tout d'abord, la Cour a déclaré que

« au moment où il a[vait] déposé sa requête pour introduire la présente instance devant [elle], le 29 avril 1999, le demandeur en l'espèce, la Serbie-et-Monténégro, n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies ni, dès lors, en cette qualité, partie au Statut de la Cour internationale de Justice » (*ibid.*, p. 314-315, par. 91).

La Cour en avait conclu qu'«[elle] n'était pas ouverte à la Serbie-et-Monténégro sur la base du paragraphe 1 de l'article 35 du Statut» (*Licéité de l'emploi de la force, C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 315, par. 91).

Ensuite, en ce qui concerne le paragraphe 2 de l'article 35, la Cour a également conclu que «la référence faite au paragraphe 2 de l'article 35 du Statut aux «dispositions particulières des traités en vigueur» ne s'appliqu[ait] qu'aux traités en vigueur à la date de l'entrée en vigueur du Statut et non aux traités conclus depuis cette date» (*ibid.*, p. 324, par. 113), et donc que «le paragraphe 2 de l'article 35 ne ... donn[ait] pas [au demandeur] accès à [la Cour] sur la base de l'article IX de cette convention [sur le génocide]» (*ibid.*, p. 324, par. 114).

3. Dans son arrêt de 2007 en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, dans laquelle se posait à nouveau la question de la capacité de la Serbie-et-Monténégro d'être partie à l'instance en application du paragraphe 1 de l'article 35 du Statut, cette fois-ci en tant que défendeur, la Cour a

«jug[é] ... nécessaire de souligner que la question de savoir si un Etat a qualité pour se présenter devant elle conformément aux dispositions du Statut — que l'on y voie une question de capacité à être partie à la procédure ou un aspect de la compétence *ratione personae* — passe avant celle de la compétence *ratione materiae*, c'est-à-dire avant celle de savoir si cet Etat a consenti à ce que la Cour règle le différend particulier porté devant elle. C'est, par ailleurs, une question que la Cour elle-même est tenue, si besoin est, de soulever et d'examiner d'office, le cas échéant après notification aux parties. Il en résulte que si la Cour estime, dans une affaire particulière, que les conditions relatives à la capacité des parties à se présenter devant elle ne sont pas remplies, alors que les conditions de sa compétence *ratione materiae* le sont, elle doit, quand bien même cette question n'aurait pas été soulevée par les parties, constater que les premières conditions font défaut et en déduire qu'elle ne saurait, pour cette raison, avoir compétence pour statuer sur le fond du différend.» (*C.I.J. Recueil 2007 (I)*, p. 94, par. 122.)

Ayant exposé en ces termes le principe fondamental relatif au caractère essentiel de la capacité pour les parties d'ester devant elle en application du paragraphe 1 de l'article 35 de son Statut, la Cour est néanmoins parvenue dans cette affaire-là à la conclusion suivante:

«La Cour a déclaré [dans son arrêt de 1996 consacré aux exceptions préliminaires dans cette même affaire] que «la Yougoslavie était liée par les dispositions de la convention [sur le génocide] à la date du dépôt de la requête en la présente affaire» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 610, par. 17) et a conclu qu'«elle

a[vait] compétence, sur la base de l'article IX de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, pour statuer sur le différend» (*ibid.*, p. 623, par. 47, point 2), al. a)... [C]ette conclusion doit nécessairement s'interpréter comme signifiant en toute logique que la Cour estimait à l'époque que le défendeur avait qualité pour participer à des affaires portées devant elle. Sur cette base, la Cour a alors formulé une conclusion sur sa compétence, avec l'autorité de la chose jugée.» (*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. 98-99, par. 132.)

Quant à la différence entre cette affaire et celles de l'*OTAN*, voici ce que la Cour eut à déclarer :

«Que la RFY avait la capacité de se présenter devant [elle] en vertu du Statut constitue un élément du raisonnement suivi dans l'arrêt de 1996, qui peut — et même doit — en toute logique être sous-entendu dans celui-ci. Pour les raisons déjà indiquées, cet élément ne saurait à tout moment être remis en question et réexaminé. En ce qui concerne les extraits des arrêts de 2004 sur lesquels s'appuie le défendeur, il faut tenir compte du fait que la Cour ne se préoccupait pas alors de la portée de l'autorité de la chose jugée à attacher à l'arrêt de 1996 puisque, de toute façon, une telle autorité ne pouvait s'étendre aux affaires dont elle avait alors à connaître, lesquelles opposaient des parties différentes. En 2004, il convenait seulement pour la Cour de rechercher s'il existait, dans une autre affaire, une conclusion expresse susceptible de l'éclairer. L'existence d'une telle conclusion expresse n'ayant pas été démontrée, la Cour n'était pas tenue en 2004, comme elle l'est en l'espèce, de poursuivre l'examen de ce que pouvaient être les fondements informulés d'un arrêt rendu dans une autre affaire, entre d'autres parties.» (*Ibid.*, p. 99-100, par. 135.)

4. Il est clair que, dans la présente affaire entre la Croatie et la Serbie, il n'existe aucune «conclusion expresse» ainsi revêtue de l'autorité de la chose jugée, comme celle qui a conduit la Cour en 2007 à s'affirmer compétente pour connaître de l'affaire. Quel qu'ait pu être le raisonnement précis de la Cour en 1996, lorsqu'elle se déclara «compétent[e], sur la base de l'article IX de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, pour statuer sur le différend» (*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. 623, par. 47, point 2), al. a)), cette décision sur la compétence avait manifestement force de chose jugée pour l'arrêt de 2007. Voilà pourquoi je m'étais accordé avec la majorité à considérer dans l'arrêt de 2007 que, en tant que cour de justice tenue de se confor-

mer strictement aux conditions procédurales prescrites par son Statut et par son Règlement, la Cour devait être réputée en droit, tout au moins par implication, avoir conclu qu'il était satisfait aux exigences respectives des articles 34 et 35, y compris du point de vue du *locus standi* des parties.

Au beau milieu de la «situation ... indéterminée» qui régnait en 1996 (voir *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 310, par. 79; *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. 98, par. 131) au sujet du statut juridique exact de la République fédérale de Yougoslavie (dénommée ci-après la «RFY») envers l'Organisation des Nations Unies, une situation qui fut ensuite analysée plus amplement dans l'arrêt de 2004, il se peut fort bien que, à l'époque de son arrêt de 1996, la Cour se soit gardée de pousser plus avant l'analyse du statut juridique du défendeur et que, dans le cadre de cette affaire, elle se soit satisfaite du fait qu'aucune des Parties ne contestait la capacité du défendeur d'ester devant elle. En tout état de cause, l'essentiel est que cette question du *locus standi* du défendeur doit donc, pour autant qu'il s'agisse de cette affaire-là, être considérée en droit comme définitivement réglée, revêtant l'autorité de la chose jugée.

5. Il importe toutefois de noter que, comme l'indique le présent arrêt en des termes dénués d'ambiguïté, la conclusion ainsi formulée sur ce point dans l'arrêt de 2007 n'a pas force de chose jugée en l'espèce, pas plus que ce qui est dit à cet égard dans l'arrêt de 2004, naturellement. Mais ce qui est fondamental, c'est que la situation juridique indéterminée qui avait été celle de l'arrêt de 1996 était devenue plus claire lors de l'arrêt de 2004 grâce aux événements intervenus depuis novembre 2000, quand la RFY fut admise à l'Organisation des Nations Unies en tant que nouveau Membre conformément aux procédures régissant l'admission d'Etats en cette qualité. Dans son arrêt de 2004, où elle n'était pas liée par ce qu'elle avait décidé en 1996 avec l'autorité de la chose jugée, la Cour a examiné cette situation juridique qui était désormais claire et est parvenue à la seule conclusion possible du point de vue logique, que j'ai citée au paragraphe 2 de la présente opinion. Cette conclusion, à savoir que la Serbie n'avait pas accès à la Cour, peut être considérée comme une «conclusion expresse» au sens du paragraphe 135 de l'arrêt de 2007 qui est cité au paragraphe 3 ci-dessus. Suivant le raisonnement tenu par la Cour dans ce paragraphe, lorsqu'une conclusion expresse pertinente a effectivement été formulée dans une autre affaire entre d'autres parties, la Cour doit se livrer à «l'examen de ce que pouvaient être les fondements informulés d[è] l'arrêt rendu» (*ibid.*, p. 100, par. 135). Aussi la Cour devait-elle s'interroger dans la présente affaire sur les fondements informulés qui ont donné lieu à la conclusion expresse énoncée dans les affaires de l'*OTAN*, même si cette dernière n'avait pas force de chose jugée dans la présente affaire. Autrement dit, si elle n'avait pas à tenir compte en 2004 de l'arrêt rendu en 1996 dans une affaire opposant d'autres parties puisque ce dernier ne renfer-

mais aucune « conclusion expresse » au sujet de l'accès (la conclusion sur l'accès ne découle qu'implicitement de celle sur la compétence), la Cour devait en revanche examiner en l'espèce les fondations de la conclusion de 2004 relative à l'accès en raison de son caractère exprès.

6. C'est dans ce cadre complexe, avec autant d'éléments à prendre en considération au sujet du statut juridique de la RFY (aujourd'hui la Serbie en l'instance) à l'égard de l'Organisation des Nations Unies et donc d'elle-même, que la Cour devait examiner la question du *locus standi* du défendeur dans la présente instance, introduite en 1999. Soulignons que sa conclusion de 2004 portait exactement sur la même question que dans le cadre de l'instance introduite en 1999, à savoir celle du *locus standi* de la RFY, à ceci près que cette dernière était alors en qualité de demandeur. Si l'on s'en tient au raisonnement qui sous-tend cette conclusion, en l'absence de raisons particulières de s'en écarter, la Cour devait conclure en l'espèce que la RFY n'avait pas le *locus standi* voulu pour ester devant elle, sauf à être déjà liée par une décision contraire revêtant l'autorité de la chose jugée qu'elle aurait formulée dans un arrêt antérieur en l'affaire, comme dans le cas de l'arrêt de 2007. Nulle conclusion n'a ainsi force de chose jugée dans la présente affaire. Voilà la différence cruciale entre l'arrêt de 2007 en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro* et celle qui nous occupe ici, *Croatie c. Serbie*.

7. Suivant ce raisonnement, toutefois, la Cour devait répondre à deux questions supplémentaires avant d'aboutir à sa conclusion finale. La première est celle de savoir si l'admission de la RFY à l'Organisation des Nations Unies à un stade ultérieur, en novembre 2000 — qui, à compter de cette date, fit d'elle *ipso facto* un Etat partie au Statut de la Cour en vertu du paragraphe 1 de l'article 93 de la Charte des Nations Unies —, a modifié le statut juridique de cet Etat en l'espèce, en ce qui concerne son *locus standi*, dans le cadre du paragraphe 1 de l'article 35 du Statut. La seconde question est celle de savoir si le fait que la RFY/Serbie este en qualité de défendeur en l'espèce, alors qu'elle était le demandeur dans les affaires de l'OTAN jugées en 2004, doit faire du point de vue juridique une différence justifiant qu'une distinction soit faite entre la présente instance et les affaires de l'OTAN.

II. L'APPLICABILITÉ DU PRINCIPE *MAVROMMATIS*

8. Sur le premier point, la Cour estime dans le présent arrêt que cette admission ultérieure de la RFY à l'Organisation des Nations Unies constitue effectivement un facteur juridiquement pertinent à prendre en considération, ce dont elle conclut que, selon le principe énoncé par la Cour permanente de Justice internationale en l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2) (dénommée ci-après l'affaire « *Mavrommatis* »), la condition posée au paragraphe 1 de l'article 35 au sujet de la capacité du défendeur d'ester devant elle doit désormais être considérée comme remplie.

Dans la présente affaire, l'argument du demandeur repose en substance sur l'idée que

«[l]e principe *Mavrommatis* est le principe selon lequel ces quatre éléments de fond [premièrement: saisine; deuxièmement: existence d'un fondement juridique à la demande; troisièmement: consentement à la juridiction; quatrièmement: accès à la Cour] doivent être réunis à un moment donné, l'ordre dans lequel cela se produit étant une pure question de forme et n'ayant aucune incidence sur la compétence de la Cour» (CR 2008/11, p. 34, par. 8).

A cela, la Serbie répond que «la conclusion avancée par le demandeur est fondée sur l'hypothèse que la Cour a été valablement saisie [mais c]ette hypothèse n'existe tout simplement pas dans la présente instance» (CR 2008/12, p. 19, par. 34). Plus fondamentalement, toutefois, elle soutient que les défauts procédurux ne peuvent pas tous être, à la lumière d'événements ultérieurs, considérés comme sans conséquence. Le défendeur affirme, ainsi qu'exposé de manière synthétique dans le présent arrêt, que

«cette jurisprudence [issue de l'affaire *Mavrommatis*] ne serait pas applicable dans le cas où la condition qui fait défaut est relative à la capacité d'une partie à participer à une procédure devant la Cour, conformément aux articles 34 et 35 du Statut, c'est-à-dire à une «question fondamentale» qui, comme l'a dit la Cour en 2004, doit être examinée avant toute autre question de compétence» (arrêt, par. 84).

Voici ce que la Cour répond dans le présent arrêt à cet argument du défendeur:

«Sans doute ... la question de l'accès se distingue-t-elle de celles relatives à l'examen de la compétence au sens étroit. Mais elle n'en est pas moins étroitement liée à la compétence, en ce sens que, si les conditions d'accès font défaut, tout comme lorsque ne sont pas remplies les conditions relatives à la compétence *ratione materiae* ou *ratione temporis*, il en découle toujours une seule et même conséquence: la Cour n'a pas compétence pour connaître de l'affaire. C'est toujours dans le cadre d'une exception d'incompétence — comme c'est le cas en l'espèce — que seront présentés à la Cour les arguments relatifs à la capacité des parties de participer à la procédure.» (*Ibid.*, par. 87.)

9. S'agissant de cet argument exprimé dans l'arrêt, deux points sont à relever. Premièrement, l'arrêt mêle deux questions foncièrement différentes, toutes deux liées à la fonction de la Cour concernant «l'exercice de sa compétence». L'une est celle de savoir si, en tant que cour de justice investie d'un mandat spécifique pour exercer sa compétence afin de connaître d'affaires, la Cour est *compétente pour examiner l'affaire* en question dans le cadre du mandat qu'elle tient de son instrument constitutif, c'est-à-dire de son Statut. Telle est l'essence de la question du *locus*

standi des parties. Cette question est distincte en droit et précède logiquement la seconde, qui est celle de savoir si, dans telle ou telle situation, les parties ont donné à la Cour la base juridictionnelle nécessaire pour connaître de l'affaire — une question de compétence à proprement parler qui, à l'échelle internationale (par opposition à l'échelle interne), tient principalement à la volonté des parties d'accorder pareille compétence à la Cour dans une affaire donnée. Indépendante des parties, la première question n'a rien à voir avec la seconde, relative à l'existence et à la portée de la compétence, qui est fonction de leur volonté. Partant, la thèse du demandeur tendant à assimiler en droit l'ensemble de ces différents éléments constitutifs de la compétence de la Cour, «l'ordre dans lequel [ils ont été réunis] étant une pure question de forme et n'ayant aucune incidence sur la compétence de la Cour», ne tient pas (CR 2008/11, p. 34, par. 8).

10. Certes, dans l'affaire *Mavrommatis*, la Cour n'a peut-être pas établi cette distinction de manière suffisamment claire. Il convient cependant de rappeler que, dans cette affaire-là, la Cour permanente se trouvait manifestement dans une situation limitée à la seconde question. Ainsi, dans la partie pertinente de l'arrêt *Mavrommatis*, indiqua-t-elle ce qui suit:

«il faut ... examiner ... si la validité de l'introduction d'instance peut être mise en doute parce qu'elle est antérieure à l'époque où le Protocole XII est devenu applicable. Tel n'est pas le cas. Même si, avant cette époque, la juridiction de la Cour n'existait pas pour la raison que l'obligation internationale visée à l'article II n'était pas encore en vigueur, il aurait été toujours possible, pour la partie demanderesse, de présenter à nouveau sa requête, dans les mêmes termes, après l'entrée en vigueur du Traité de Lausanne; et alors on n'aurait pu lui opposer le fait en question. Même si la base de l'introduction d'instance était défectueuse pour la raison mentionnée, ce ne serait pas une raison suffisante pour débouter le demandeur de sa requête. La Cour, exerçant une compétence internationale, n'est pas tenue d'attacher à des considérations de forme la même importance qu'elles pourraient avoir dans le droit interne. Dans ces conditions, même si l'introduction avait été prématurée, parce que le Traité de Lausanne n'était pas encore ratifié, ce fait aurait été couvert par le dépôt ultérieur des ratifications requises.» (*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 34.*)

11. Le *dictum* souvent cité de l'affaire *Mavrommatis* — à savoir que «[l]a Cour, exerçant une compétence internationale, n'est pas tenue d'attacher à des considérations de forme la même importance qu'elles pourraient avoir dans le droit interne» et que, dans ces conditions, «même si l'introduction avait été prématurée, parce que le Traité de Lausanne n'était pas encore ratifié, ce fait aurait été couvert par le dépôt ultérieur des ratifications requises» — a presque acquis une existence propre,

allant au-delà de son champ d'application limité, et passe trop fréquemment pour un principe d'application généralisée. Une lecture attentive de l'arrêt *Mavrommatis* et des documents y relatifs tend cependant à révéler que cette déclaration a été formulée dans le contexte infiniment plus précis de cette affaire-là, qui portait sur la question bien circonscrite du lien juridictionnel entre l'instrument en cause (le protocole XII du traité de Lausanne) et la clause compromissoire invoquée par le demandeur pour fonder la compétence (art. 26 du mandat).

12. Le différend qui opposait le demandeur (la Grèce, en tant qu'Etat de la nationalité de M. Mavrommatis, un concessionnaire en Palestine) et le défendeur (le Royaume-Uni, puissance mandataire chargée d'administrer la Palestine par la Société des Nations) tenait à la mise en œuvre de l'article 11 du mandat en question, imposant du même coup d'interpréter certaines dispositions du protocole XII du traité de Lausanne régissant la question des concessions accordées par l'Empire ottoman. Dans son arrêt, la Cour exprima clairement sa position, à savoir que «[l]e Protocole XII a[vait] été établi afin de fixer les conditions dans lesquelles certaines concessions accordées par les autorités ottomanes avant la conclusion du Protocole de[v]aient être reconnues et traitées par les Parties contractantes», et constata que «le Protocole garanti[ssai]t les droits reconnus par lui contre toute violation indépendamment du moment où elle aurait lieu» (*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 34*).

13. Il est vrai que, au stade de la procédure écrite, le défendeur en l'affaire s'était effectivement référé au protocole en pesant soigneusement ses termes, comme ceci :

«Techniquement parlant, le protocole relatif aux concessions [soit le protocole XII] ne saurait prendre effet en Palestine avant l'entrée en vigueur du traité de paix avec la Turquie, c'est-à-dire avant le premier dépôt de ratifications de cet instrument.

Le gouvernement de Sa Majesté britannique a tâché de se conformer strictement aux obligations contractées par lui dans le cadre de ce protocole, et il continuera de s'y efforcer, mais il déclare respectueusement que, *tant que l'instrument n'aura pas pris effet en Palestine, il serait prématuré de la part d'une juridiction internationale d'examiner des griefs portant sur un manquement à ses dispositions ou sur le sens et l'effet de celles-ci*. Le gouvernement de Sa Majesté réserve donc l'ensemble de ses droits quant à la mesure dans laquelle M. Mavrommatis et ses concessions peuvent bénéficier des dispositions de cet instrument.» (*Actes et documents relatifs aux arrêts et aux avis consultatifs de la Cour, C.P.J.I. série C n° 5-1, Concessions Mavrommatis en Palestine, Documents relatifs à l'arrêt n° 2, exception préliminaire à la compétence de la Cour et contre-mémoire préliminaire déposé par le Gouvernement britannique, p. 446-447; les italiques sont de moi.*)

Au stade de la procédure orale, toutefois, à l'audience publique tenue le

15 juillet 1924 — soit toujours avant l'entrée en vigueur du protocole XII en question —, le défendeur s'abstint de faire valoir une nouvelle fois que le protocole n'était pas en vigueur lorsqu'il plaida contre la compétence de la Cour. Il se borna à déclarer que «le protocole relatif aux concessions [le protocole XII] n'indiqu[ait] nullement quelle juridiction [était] censée régler les questions découlant de ses dispositions» (*C.P.J.I. série C n° 5-1*, p. 77). En fait, l'agent du défendeur alla même jusqu'à dire :

«[d]e mon point de vue, que la Cour partagera certainement, le différend dont je vous parlais ce matin ne porte pas sur le mandat mais uniquement sur le protocole relatif aux concessions qui est joint au traité de Lausanne. Si une véritable divergence de vues était apparue à cet égard entre les Gouvernements grec et britannique, et si le premier avait demandé au second : acceptez-vous de vous en remettre à l'arbitrage, acceptez-vous de soumettre à la Cour permanente de Justice internationale ce différend qui nous oppose au sujet du sens de l'engagement contractuel qui nous lie l'un et l'autre? Le Gouvernement britannique aurait répondu par l'affirmative. Les deux gouvernements sont liés par le protocole, et tous deux ont adhéré à la disposition qui figure à l'article 13 du Pacte de la Société des Nations.» (*Ibid.*, p. 42.)

Cela montre non seulement que le défendeur n'avait pas insisté sur la question de savoir si la requête revêtait un caractère prématuré puisque le protocole n'était pas encore ratifié, mais qu'il ne l'avait pas non plus jugée pertinente pour fonder son exception préliminaire dans le cadre de son argumentation.

14. Il n'est guère aisé de saisir pourquoi, dans son arrêt *Mavrommatis*, la Cour formula dans ce contexte-là son fameux *dictum* qui était pourtant dénué de pertinence en l'affaire. Ce qui est clair, cependant, c'est que l'affaire *Mavrommatis* ne constitue pas un précédent permettant d'affirmer, comme il est dit dans le présent arrêt, que «peu importe la condition qui, à la date d'introduction de l'instance, faisait défaut, empêchant ainsi la Cour, à ce moment-là, d'exercer sa compétence, dès lors qu'elle a été remplie par la suite» (arrêt, par. 87). S'il peut certes être concédé que la capacité des parties d'ester devant la Cour est, pour citer l'arrêt, «étroitement liée à la compétence» (*ibid.*) en ce sens que, d'une manière générale, elle en est une condition préalable, d'où le lien entre les deux, cela ne change toutefois rien au fait que, du point de vue juridique, il s'agit là d'une question foncièrement distincte par nature de celle de la compétence. La question de la compétence consiste à se demander si et à quel stade le lien entre les parties, qui est basé sur le consentement exprimé, prend effet. Celle de la capacité n'a en revanche rien à voir avec le lien juridique entre les parties. Ainsi qu'il ressortira de l'analyse de la jurisprudence exposée dans la section suivante, les affaires dans lesquelles le précédent *Mavrommatis* a été invoqué avaient uniquement trait à la question du consentement à la compétence, un domaine dans le cadre

duquel il a été fait montre d'une certaine souplesse, ce à juste titre puisque, au fond, le consentement est toujours à la source de la compétence de la Cour sur la scène internationale. Aucune de ces affaires ne faisait intervenir la question de la capacité ou de l'accès, une question fondamentale de statut juridique qui est étrangère au consentement des parties.

III. EXAMEN DES PRÉCÉDENTS

15. Comme je l'ai déjà indiqué clairement, l'élément qui me semble le plus fondamental dans ce principe *Mavrommatis* tient à son champ d'application. Etant donné la raison d'être reconnue à ce principe — selon lequel certains défauts procéduraux entachant le consentement des parties à la compétence au moment du dépôt de la requête peuvent être corrigés par des actes postérieurs à l'introduction de l'instance —, celui-ci ne peut s'étendre à la question du *locus standi* des parties, une question qui est juridiquement distincte du consentement à la compétence et qui la précède du point de vue logique. Il est utile à cet égard d'examiner l'ensemble des instances qui s'inscrivent dans le sillage de l'affaire *Mavrommatis* — celle-ci n'ayant en tout état de cause guère de lien avec le principe du même nom, ainsi qu'exposé plus haut — dans le cadre desquelles ce principe a été invoqué, soit *eo nomine*, soit implicitement, par l'une ou par l'autre des parties. Je recense huit de ces instances passées en tout, dont l'affaire *Mavrommatis* elle-même¹. Il convient de relever que, dans toutes ces affaires, il s'agissait de savoir si certains événements ultérieurs pouvaient remédier au fait que, à la date du dépôt de la requête, le fondement juridictionnel nécessaire à l'exercice de la compétence de la Cour était incomplet.

1) *L'affaire relative à Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (Allemagne c. Pologne), compétence

16. Dans cette affaire, le défendeur opposa à la compétence de la Cour une exception fondée sur la clause compromissoire figurant dans le traité bilatéral qu'il avait conclu avec le demandeur — à l'article 23 de la

¹ Les sept autres sont: *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (Allemagne c. Pologne), compétence, arrêt n° 6, 1925, C.P.J.I. série A n° 6; *Cameroun septentrional* (Cameroun c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1963; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgique c. Espagne), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1964; *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); *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), arrêt, C.I.J. Recueil 1997; *Activités armées sur le territoire du Congo* (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006.

convention de Genève —, soutenant qu'il n'avait pas été satisfait à l'une des conditions nécessaires pour que la Cour pût exercer sa compétence, à savoir l'existence de «divergences d'opinions ... résultant de l'interprétation et de l'application des articles 6 à 22» (*Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, compétence, arrêt n° 6, 1925, C.P.J.I. série A n° 6*, p. 13). La Cour rejeta cet argument au motif qu'«une divergence d'opinions se manifeste dès qu'un des gouvernements en cause constate que l'attitude observée par l'autre est contraire à la manière de voir du premier» (*ibid.*, p. 14). Alors, et seulement alors, elle ajouta :

«Même si la nécessité d'une contestation formelle ressortait de l'article 23, cette condition pourrait être à tout moment remplie par un acte unilatéral de la Partie demanderesse. La Cour ne pourrait s'arrêter à un défaut de forme qu'il dépendrait de la seule Partie intéressée de faire disparaître.» (*Ibid.*)

2) *L'affaire du Cameroun septentrional* (Cameroun c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires

17. Dans cette affaire, le défendeur souleva une exception préliminaire à la compétence de la Cour sur la base, notamment, du paragraphe 2 de l'article 32 du Règlement de l'époque, qui prévoyait que, lorsqu'une affaire était portée devant la Cour par voie de requête, celle-ci devait non seulement indiquer l'objet du différend, mais aussi contenir, autant que possible, la mention de la disposition par laquelle le requérant prétendait établir la compétence de la Cour, l'indication précise de l'objet de la demande ainsi qu'un exposé des motifs par lesquels la demande était prétendue justifiée.

La Cour, non sans exprimer son adhésion avec le point de vue formulé par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire *Mavrommatis* — à savoir que, «exerçant une compétence internationale, [elle] n'est pas tenue d'attacher à des considérations de forme la même importance qu'elles pourraient avoir dans le droit interne» —, fit tout de même observer que «l'article 32, paragraphe 2, d[e son] Règlement ... impos[ait] au demandeur de se conformer «autant que possible» à certaines prescriptions», ce dont elle conclut que :

«la requête du demandeur [était] suffisamment conforme aux dispositions de l'article 32, paragraphe 2, du Règlement et que l'exception préliminaire fondée sur leur inobservation [était] par suite sans fondement» (*Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1963*, p. 28).

Ainsi la question de l'applicabilité du principe *Mavrommatis* à cette affaire ne s'était-elle pas posée.

3) *L'affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité

18. Dans sa requête en l'affaire, le demandeur invoquait pour fonder la compétence les déclarations par lesquelles les Parties avaient accepté la juridiction obligatoire de la Cour mais, dans son mémoire, il fit également valoir à titre complémentaire le traité d'amitié, de commerce et de navigation qu'il avait conclu en 1956 avec les Etats-Unis. Le défendeur contesta ce recours à une base de compétence non indiquée dans la requête introductive d'instance, soutenant que, dans le cadre d'une instance introduite par requête, ce sont les motifs juridiques exposés dans celle-ci qui fondent la compétence de la Cour.

Reconnaissant qu'il existait entre les Parties un différend portant, notamment, sur «l'interprétation ou l'application» du traité, la Cour statua sur ce point que,

«parce qu'un Etat ne s'[était] pas expressément référé, dans des négociations avec un autre Etat, à un traité particulier qui a[v]ait été violé par la conduite de celui-ci, il n'en découl[ait] pas nécessairement que le premier n'[était] pas admis à invoquer la clause compromissoire dudit traité» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 428, par. 83).

Il est vrai que, dans ce contexte-là, la Cour avait cité un passage de l'arrêt rendu en l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, selon lequel «[elle] ne pou[v]ait s'arrêter à un défaut de forme qu'il dépend[a]it de la seule Partie intéressée de faire disparaître» (*ibid.*, p. 429, par. 83). Toutefois, il ressort clairement de l'extrait cité ci-dessus que la Cour n'avait reconnu dans cette affaire l'existence d'aucun «défaut de forme» dans la requête du demandeur. En outre, il convient de répéter que dans cette affaire, comme dans les autres, il était question du consentement des parties à la compétence et non d'une question objective d'accès à la Cour sans rapport avec le consentement des parties.

4) *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

19. Contrairement aux autres affaires, celle-ci mérite davantage d'attention car elle pouvait toucher à la question précise qui nous intéresse dans la présente affaire. Dans le cadre de cette instance, le défendeur avançait entre autres arguments que la convention sur le génocide, qui était invoquée comme base de compétence, ne pouvait pas être en vigueur entre les Parties au moment où le demandeur avait déposé sa requête, en mars 1993, parce que les deux Etats ne se reconnaissaient alors pas l'un l'autre et que les conditions nécessaires pour fonder la compétence de la Cour n'étaient donc pas réunies. Répondant à cette excep-

tion du défendeur à sa compétence en vertu de la convention sur le génocide, la Cour souligna que

«[t]elle n'[était] cependant plus la situation qui préva[lai]t depuis la signature et l'entrée en vigueur, le 14 décembre 1995, des accords de Dayton-Paris, dont l'article X stipul[ait] que la RFY et la République de Bosnie-Herzégovine se reconnaissaient l'une l'autre en tant qu'Etats souverains indépendants]» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 613, par. 25).

La Cour explicita ensuite ce point dans les termes suivants :

«Aux fins de se prononcer sur sa compétence en l'espèce, la Cour n'a pas à trancher la question de savoir quels peuvent être les effets d'une situation de non-reconnaissance sur les liens contractuels entre parties à un traité multilatéral. Il lui suffira de constater qu'à supposer même que la convention sur le génocide ne soit entrée en vigueur entre les Parties qu'à la signature des accords de Dayton-Paris, toutes les conditions sont à présent réunies pour fonder la compétence de la Cour *ratione personae*.

Certes, la compétence de la Cour doit normalement s'apprécier à la date du dépôt de l'acte introductif d'instance. Cependant la Cour, comme sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale, a toujours eu recours au principe selon lequel elle ne doit pas sanctionner un défaut qui affecterait un acte de procédure et auquel la partie requérante pourrait aisément porter remède.» (*Ibid.*, p. 613, par. 26.)

La Cour appuya cette déclaration sur les passages précités de l'affaire *Mavrommatis* et de l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (voir, ci-dessus, les paragraphes 10 et 16 respectivement), avant de poursuivre comme ceci :

«La présente Cour a fait application de ce principe dans l'affaire du *Cameroun septentrional* (*C.I.J. Recueil 1963*, p. 28), ainsi que dans celle des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*) lorsqu'elle a déclaré : «Il n'y aurait aucun sens à obliger maintenant le Nicaragua à entamer une nouvelle procédure sur la base du traité — ce qu'il aurait pleinement le droit de faire.» (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 428-429, par. 83.)

En l'occurrence, quand bien même il serait établi que les Parties, qui étaient liées chacune par la convention au moment du dépôt de la requête, ne l'auraient été entre elles qu'à compter du 14 décembre 1995, la Cour ne saurait écarter sa compétence sur cette base dans la mesure où la Bosnie-Herzégovine pourrait à tout moment déposer une nouvelle requête, identique à la présente, qui serait de ce point de vue inattaquable.

Au vu de ce qui précède, la Cour estime devoir rejeter la troisième exception préliminaire de la 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. 613-614, par. 26.)

20. Il échet de relever que la décision rendue par la Cour sur ce point se limitait à la question de savoir si «les conditions nécessaires pour conférer une base consensuelle à la juridiction de la Cour faisaient ... défaut» (*ibid.*, p. 613, par. 25). Dès lors, cette affaire n'est guère différente des autres instances examinées ci-dessus. On retiendra à cet égard que la Cour a déclaré expressément que, «[a]ux fins de se prononcer sur sa compétence en l'espèce, [elle] n'a[vait] pas à trancher la question de savoir quels p[ouvaient] être les effets d'une situation de non-reconnaissance sur les liens contractuels entre parties à un traité multilatéral» (*ibid.*, p. 613, par. 26). Ainsi, de mon point de vue, il s'en est fallu de peu que la Cour ne statue sur une question qui était par nature très proche de celle qui nous intéresse en l'espèce, à savoir la question du statut juridique de l'une des parties envers l'autre. Toutefois, la Cour s'en est gardée en déclarant qu'«[elle] n'a[vait] pas à trancher la question» (*ibid.*). Elle considérait probablement, dans ce contexte, que le «traité multilatéral» en question était la convention sur le génocide. Cela dit, cette réserve générale exprimée dans l'arrêt pourrait s'appliquer aussi bien au Statut de la Cour, en tant que «traité multilatéral [pertinent]».

J'estime par conséquent que l'arrêt rendu dans cette affaire n'est guère concluant sur la question du statut et qu'il ne peut donc faire autorité dans la présente espèce.

5) *L'affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie/Slovaquie)

21. La question soulevée dans cette affaire-là ne semble avoir aucun rapport, pas même lointain, avec le principe dit *Mavrommatis*, encore qu'un juge se soit réclamé de ce *dictum* dans son opinion dissidente pour justifier un point de droit particulier. Dans cette affaire, la Hongrie s'estimait habilitée à mettre fin à un traité bilatéral qu'elle avait conclu avec la Tchécoslovaquie aux fins de la construction et du fonctionnement du système d'écluses de Gabčíkovo-Nagymaros au motif que celle-ci avait commis une violation substantielle du traité en entreprenant unilatéralement de détourner le cours du Danube en novembre 1991. La Cour conclut toutefois que le traité n'avait pas été violé jusqu'à ce que la Tchécoslovaquie eût effectivement commencé à détourner le fleuve dans un canal de dérivation, en octobre 1992, soit après que la Hongrie eut pris l'initiative de mettre fin au traité.

L'un des juges qui s'inscrivit en faux contre l'arrêt *Gabčíkovo-Nagymaros* affirma dans son opinion, en citant l'affaire *Mavrommatis* et celle relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, que «[le défendeur] aurait pu procéder au retrait de cet acte [tendant à

mettre fin au traité] et lui substituer plus tard une nouvelle notification de terminaison au vu des événements d'octobre 1992» (opinion dissidente du juge Fleischhauer, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 210, par. 2).

S'il est certes possible d'établir une analogie entre la question qui était considérée et le principe dit *Mavrommatis*, il est cependant clair que l'application de ce dernier n'était pas en jeu dans cette affaire-là, laquelle ne revêt aucune pertinence aux fins de celle qui nous occupe ici.

6) *L'affaire des Activités armées sur le territoire du Congo*
(nouvelle requête: 2002) (République démocratique
du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité

22. Il s'agissait dans cette affaire-là de savoir si le retrait allégué, après le dépôt de la requête, des réserves du défendeur concernant notamment l'article IX de la convention sur le génocide, que le demandeur avait invoqué comme base de compétence en l'espèce, pouvait être utilisé pour établir la compétence *ratione materiae* de la Cour.

Après s'être référée au *dictum* figurant dans son arrêt de 1996 en l'affaire relative à la *Convention sur le génocide*, qui a été examinée plus haut (voir le paragraphe 19 ci-dessus), à savoir qu'«elle ne doit pas sanctionner un défaut de procédure auquel la partie requérante pourrait aisément porter remède» (*C.I.J. Recueil 2006*, p. 29, par. 54), la Cour a déclaré que

«si la déclaration du ministre rwandai[s] avait, en cours d'instance, emporté, d'une manière quelconque, retrait de la réserve du Rwanda à l'article IX de la convention sur le génocide, la RDC aurait pu, de sa propre initiative, remédier au défaut procédural affectant sa requête initiale en déposant une nouvelle requête» (*ibid.*, p. 29, par. 54).

Il est clair que, dans cette affaire, la question était de savoir s'il existait entre les Parties un lien consensuel sur la base de l'article IX de la convention sur le génocide pour que la Cour pût exercer sa compétence, lien qui aurait été constaté au stade de l'arrêt si le demandeur avait démontré le retrait de réserves dont il faisait état. Rappelons que la conclusion de la Cour constitue de toute façon un *obiter dictum*, celle-ci ayant déjà conclu que «le contenu de la déclaration du ministre de la justice du Rwanda n'[était] pas suffisamment précis» pour emporter retrait de la réserve du Rwanda à l'article IX de la convention sur le génocide (*ibid.*, p. 28-29, par. 52). Toujours est-il que l'élément crucial aux fins de la présente affaire est que la Cour examinait alors le point de savoir s'il avait été remédié ultérieurement à un défaut de consentement initial, ce qui n'a aucun rapport avec la question qui nous intéresse ici, à savoir celle des défauts procéduraux échappant au consentement des Parties.

7) *L'affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgique c. Espagne), exceptions préliminaires

23. Un argument comparable à celui qui repose sur le principe *Mavrommatis* fut avancé dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (*Belgique c. Espagne*) (*exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1964*, p. 6) (dénommée ci-après l'affaire de la «*Barcelona Traction*»), sans renvoi spécifique à l'affaire *Mavrommatis* à titre de précédent. Le défendeur affirmait dans cette affaire que, puisque celle-ci était fondée sur une clause compromissoire désignant la Cour permanente de Justice internationale et qu'il n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies lorsque le Statut de la Cour internationale de Justice avait été adopté, l'article 37 dudit Statut — selon lequel, en cas de clause compromissoire «prévo[yant] le renvoi ... à la Cour permanente de Justice internationale, la Cour internationale de Justice constituera[it] cette juridiction entre les parties au présent Statut» — ne s'appliquait pas à son endroit et que la Cour n'était donc pas compétente pour connaître de l'affaire. Appliquant une logique qui pourrait sembler analogue à celle du principe *Mavrommatis*, la Cour avait conclu que

«la disparition de la Cour permanente n'a[vait] jamais éteint l'obligation fondamentale de se soumettre à un règlement judiciaire mais l'a[vait] rendue fonctionnellement inapplicable faute d'un tribunal pouvant assurer sa mise en œuvre. Ce qui s'est donc produit en 1955, lorsque cette lacune a été comblée avec l'admission de l'Espagne aux Nations Unies, c'est que l'obligation est redevenue applicable, puisqu'il existait de nouveau un moyen de la mettre en œuvre.» (*Ibid.*, p. 40.)

Toutefois, cette variante du principe *Mavrommatis* qui, à première vue, pourrait être rapprochée de la situation qui nous occupe ici — puisque, comme dans la présente affaire, la Cour a jugé qu'il avait été remédié au défaut procédural en question par l'admission du défendeur à l'Organisation des Nations Unies — est en fait foncièrement différente. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, l'admission de l'Espagne à l'Organisation des Nations Unies donna effet à un consentement préexistant qui découlait des clauses compromissoires ratifiées plus tôt par cet Etat. Le défaut en question ne tenait nullement à l'accès de l'Espagne à la Cour ni à aucune autre question fondamentale touchant à la saisine. Partant, de même que les autres affaires examinées plus haut, celle de la *Barcelona Traction* porte sur le consentement et non sur l'accès. Le principe appliqué dans le cadre de cette instance-là ne peut donc avoir aucune incidence sur la présente espèce.

IV. CONCLUSION SUR LE PRINCIPE *MAVROMMATIS*

24. Les conclusions auxquelles je suis parvenu après avoir examiné de près dans la jurisprudence de la Cour (et dans celle de sa devancière) les

précédents où le principe dit *Mavrommatis* a été invoqué, soit expressément, soit implicitement, peuvent être résumées de la manière suivante:

- a) En dépit de la formule souvent citée qui figure dans l'arrêt rendu en l'affaire *Mavrommatis*, formule dont il est fait une généralité, cette affaire-là avait été jugée sur une base tout à fait différente, la présente affaire ne faisant intervenir du point de vue juridique aucune situation analogue dans laquelle le principe dit *Mavrommatis* pourrait trouver à s'appliquer.
- b) Dans chacune des affaires ultérieures où ce principe a été invoqué, il était question d'une absence initiale de consentement qui, était-il allégué, avait vicié le fondement de la compétence de la Cour mais à laquelle un acte ou un événement ultérieur avait remédié. Aucun précédent ne peut justifier une généralisation du principe, selon laquelle la jurisprudence issue de l'arrêt *Mavrommatis* s'appliquerait à toutes sortes de défauts procéduraux.
- c) Les raisons de s'écarter d'une application stricte des règles procédurales varient d'une affaire à une autre, et chacune des affaires dans lesquelles la Cour a accepté de s'en écarter se caractérise par des motifs qui lui sont propres et par des limites intrinsèques. Dans toutes les affaires examinées, cependant, le problème fondamental résidait dans l'absence initiale de consentement en tant qu'obstacle à la compétence.
- d) La jurisprudence de la Cour ne comprend aucune affaire dans le cadre de laquelle le principe dit *Mavrommatis* aurait été interprété comme s'étendant à la totalité des «défauts procéduraux» apparus dans les affaires portées devant elle. Les «défauts procéduraux» qui étaient en cause dans les affaires pertinentes tenaient le plus souvent à des vices techniques allégués concernant d'une manière ou d'une autre l'élément du consentement à l'époque de l'introduction de l'instance, sans jamais toucher à des questions telles que celles de la capacité des parties d'ester devant la Cour.
- e) Dans toutes les affaires où le principe a été appliqué, il s'agissait de déterminer si le lien consensuel de compétence établi par la suite était suffisant pour satisfaire à la condition essentielle à l'exercice par la Cour de sa juridiction — ce qui va de soi, puisque la juridiction internationale tient en elle-même au consentement des parties et que même l'expression de ce consentement à un stade ultérieur de l'instance a toujours été reconnue comme une exception au principe fondamental selon lequel la base juridique de la compétence de la Cour doit exister à la date de l'introduction de l'instance. L'institution du *forum prorogatum* en est la preuve.

25. Cette situation n'a rien d'étonnant. Le principe fondamental qui sous-tend la compétence d'une juridiction internationale est, comme la Cour l'a souligné à maintes reprises, que «sa compétence doit s'apprécier au moment du dépôt de l'acte introductif d'instance» (*Mandat d'arrêt du*

11 avril 2000 (*République démocratique du Congo c. Belgique*), arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 12-13, par. 26), principe d'autant plus fondamental que, «si elle est compétente à la date à laquelle une affaire lui est soumise, elle le demeure quels que soient les événements survenus ultérieurement» (*ibid.*) et que pareils événements «ne sauraient ... priver la Cour de sa compétence» (*ibid.*; voir également les affaires citées dans cet extrait). A titre d'exception légitime à ce principe, il a été reconnu que l'inverse n'est pas nécessairement vrai. Ainsi, si le lien consensuel fondant la compétence peut être établi postérieurement à l'introduction de l'instance, un acte ou un événement constituant pareil lien peut toujours être source de compétence puisque, contrairement à la juridiction interne, la juridiction internationale repose principalement sur le consentement des parties. Telle est en fait la base juridique sur laquelle la compétence peut être établie en vertu du paragraphe 5 de l'article 38 du Règlement de la Cour ou sur laquelle l'institution du *forum prorogatum* est reconnue dans la jurisprudence de celle-ci.

26. En revanche, il n'existe aucune raison logique, et donc aucun précédent dans la jurisprudence examinée ci-dessus, qui permette de dire que la Cour ait été prête à appliquer à titre d'exception à la règle générale gouvernant sa compétence ce principe à rebours d'une manière si générale qu'il soit permis d'affirmer de manière catégorique que «[m]ême si la base de l'introduction d'instance était défectueuse..., ce ne serait pas une raison suffisante pour débouter le demandeur de sa requête» (*Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 34). Cette déclaration a été formulée dans un contexte bien précis, c'est-à-dire dans le cas d'un traité (le protocole XII) qui revêtait une importance centrale pour déterminer la portée substantielle «des obligations internationales acceptées par le mandataire» dans le cadre de l'article 11 du mandat — un instrument juridique qui fondait la compétence de la Cour (*ibid.*, p. 17). C'est dans ce contexte que fut mise en doute l'applicabilité de l'article 11 du mandat, déclaré en vigueur non pas à la date du dépôt de la requête mais deux mois et demi plus tard.

27. Pour résumer, il est clair que le principe tenant son nom de la jurisprudence *Mavrommatis* ne consiste pas à estimer d'une manière générale que tout «défaut procédural» faisant obstacle à la saisine de la Cour peut être corrigé dès lors qu'il «[est] toujours possible, pour la partie demanderesse, de présenter à nouveau sa requête, dans les mêmes termes» (*ibid.*, p. 34; arrêt, par. 82), mais qu'il se limite à la question précise de savoir si le «défaut procédural» considéré touche à la question du consentement des parties à la compétence de la Cour et peut donc être corrigé puisque le consentement des parties peut toujours constituer la base juridique nécessaire pour que la Cour exerce sa compétence. Si j'adhère au présent arrêt en ce qu'il rappelle que la Cour a «fait preuve de réalisme et de souplesse dans certaines hypothèses où les conditions de [s]a compétence ... n'étaient pas toutes remplies à la date de l'introduction de l'instance mais l'avaient été postérieurement» (*ibid.*, par. 81), les raisons de

cette pratique et la jurisprudence consacrée à la question démontrent toutefois clairement que pareilles exceptions sont à appliquer avec parcimonie. Comme il ressort de mon analyse de la jurisprudence de la Cour, la souplesse dont il a pu être fait preuve à l'égard du consentement juridictionnel n'a jamais été appliquée à la question de l'accès à la Cour, qui échappe au consentement des parties, et ne devrait pas être ainsi appliquée dans le présent arrêt.

V. LE DÉFAUT DE PERTINENCE DE LA DISTINCTION ENTRE DEMANDEUR ET DÉFENDEUR

28. Ainsi qu'exposé au paragraphe 7 ci-dessus, la seconde question à examiner est celle de savoir si le fait que la RFY/Serbie est ici en qualité de défendeur, alors qu'elle était le demandeur dans les affaires de l'*OTAN* jugées en 2004, doit en l'espèce faire une différence du point de vue juridique.

29. Je n'ai pas besoin de m'étendre sur cette question. Étant donné le sens naturel et ordinaire du paragraphe 1 de l'article 35, il n'est pas nécessaire de se pencher sur la genèse de cette disposition. En réponse à la question que leur avait posée le juge Abraham, le demandeur et le défendeur ont l'un comme l'autre refusé d'attacher de l'importance à une telle distinction, encore que la réponse à cette question doive évidemment être laissée à la Cour.

L'essentiel à mes yeux est que le fait d'établir pareille distinction en interprétant le paragraphe 1 de l'article 35 donnerait lieu à une inégalité de traitement entre le demandeur et le défendeur du point de vue de l'accès à la Cour et de la capacité d'ester devant elle.

30. Comme elle l'a clairement déclaré dans ses arrêts de 2004, la Cour ne peut exercer sa fonction judiciaire qu'à l'égard des États auxquels elle est ouverte en vertu de l'article 35 du Statut. Et seuls les États qui ont accès à elle peuvent lui conférer compétence (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 298-299, par. 46). La raison de ce principe tient à ce que la Cour, en tant que cour de justice, ne peut s'acquitter de sa tâche que lorsque les deux parties au différend ont qualité pour ester devant elle.

Il convient de rappeler à cet égard que, dans ses arrêts de 2004, la Cour a considéré qu'«il y a[vait] lieu d'établir une distinction entre une question de compétence liée au consentement d'une partie et celle du droit d'une partie [d']ester devant [elle] conformément aux prescriptions du Statut, qui n'implique pas un tel consentement» (*ibid.*, p. 295, par. 36). C'est sur la base de cette distinction que la Cour releva que «[l]a question qui se pos[ait était] celle de savoir si, *en droit*, au moment où elle a[vait] introduit les présentes instances, la Serbie-et-Monténégro était habilitée à [la] saisir ... en tant que partie au Statut» (*ibid.*; les italiques sont dans l'original). C'est la distinction entre ces deux questions différentes qui

revêt une importance cruciale pour l'examen de la Cour sur ce point. Ce raisonnement s'applique naturellement aussi bien au défendeur qu'au demandeur.

31. Il peut en outre être relevé que non seulement cette position exprimée dans les arrêts de 2004 s'inscrit dans la logique selon laquelle la Cour envisage généralement la question de sa compétence, mais qu'elle est également celle que presque toutes les parties à ces instances ont adoptée (y compris, en particulier, les défendeurs) — un fait qui a parfois du mal à bien s'inscrire dans l'esprit de ceux qui n'y ont pas participé. Ainsi les Etats de l'OTAN, alors défendeurs, ont-ils tenté de faire valoir à des degrés divers que la RFY n'avait pas le *locus standi* voulu pour saisir la Cour en tant que demandeur, dans la mesure où elle n'était pas partie au Statut. Les défendeurs n'ont en l'occurrence opéré aucune distinction dans l'applicabilité de ce principe selon que la partie considérée était comme demandeur ou comme défendeur. Rappelons que cet argument a été formulé bien après novembre 2000, lorsque la Serbie avait été admise à l'Organisation des Nations Unies et était devenue partie au Statut de la Cour. La Cour elle-même s'en est tenue strictement au principe général selon lequel sa compétence devait s'apprécier à la date du dépôt de l'acte introductif d'instance.

32. L'argument avancé dans le présent arrêt, selon lequel «[i]l était clair, en effet, que la Serbie-et-Monténégro [en tant que demandeur] n'avait pas l'intention de maintenir ses demandes sous la forme de nouvelles requêtes» (arrêt, par. 89), comme s'il s'agissait d'un facteur décisif dans le raisonnement de la Cour, manque singulièrement de convaincre étant donné que, contrairement aux autres aspects de la compétence tenant à leur volonté, la capacité de l'une ou l'autre des parties de saisir la Cour est un élément dont celle-ci doit s'assurer, si nécessaire de sa propre initiative, indépendamment de leur volonté ou de leurs motivations. Le fait que, dans les affaires de l'OTAN, la Cour n'ait pas adopté «l'élément de souplesse» introduit à d'autres occasions démontre simplement que, pour elle, cette question n'est pas de celles qui permettent de remédier avec souplesse à un «défaut procédural» mais touche à sa vocation même, en tant que cour de justice chargée de connaître de différends entre un demandeur et un défendeur qui doivent tous deux avoir le *locus standi* exigé pour ester devant elle, que ce soit comme demandeur ou comme défendeur.

(Signé) Hisashi OWADA.