

SEPARATE OPINION OF JUDGE KREĆA

TABLE OF CONTENTS

	<i>Paragraphs</i>
I. COMPOSITION OF THE COURT IN THIS PARTICULAR CASE	1-4
II. APPRAISAL OF THE SPANISH RESERVATION TO ARTICLE IX OF THE GENOCIDE CONVENTION	5
III. OTHER RELEVANT ISSUES	6-9

OPINION INDIVIDUELLE DE M. KREČA

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. LA COMPOSITION DE LA COUR EN L'ESPÈCE	1-4
II. COMMENT APPRÉCIER LA RÉSERVE DE L'ESPAGNE À L'ARTICLE IX DE LA CONVENTION SUR LE GÉNOCIDE	5
III. AUTRES QUESTIONS PERTINENTES	6-9

I. COMPOSITION OF THE COURT IN THIS PARTICULAR CASE

1. In the context of the conceptual difference between the international magistrature and the internal judicial system within a State, the institution of judge *ad hoc* has two basic functions:

“(a) to equalize the situation when the Bench already includes a Member of the Court having the nationality of one of the parties; and (b) to create a nominal equality between two litigating States when there is no Member of the Court having the nationality of either party” (S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, Vol. III, pp. 1124-1125).

In this particular case room is open for posing the question as to whether either of these two basic functions of the institution of judge *ad hoc* has been fulfilled at all.

It is possible to draw the line between two things.

The first is associated with equalization of the Parties in the part concerning the relations between the Applicant and the respondent States which have a national judge on the Bench. *In concreto*, of special interest is the specific position of the respondent States. They appear in a dual capacity in these proceedings:

primo, they appear individually in the proceedings considering that each one of them is in dispute with the Federal Republic of Yugoslavia: and,

secondo, they are at the same time member States of NATO under whose institutional umbrella they have undertaken the armed attack on the Federal Republic of Yugoslavia. Within the framework of NATO, these respondent States are acting *in corpore*, as integral parts of an organizational whole. The *corpus* of wills of NATO member States, when the undertaking of military operations is in question, is constituted into a collective will which is, formally, the will of NATO.

2. The question may be raised whether the respondent States can qualify as parties in the same interest.

In its Order of 20 July 1931 in the case concerning the *Customs Régime between Germany and Austria*, the Permanent Court of International Justice established that:

“all governments which, in the proceedings before the Court, come to the same conclusion, must be held to be in the same interest for the purposes of the present case” (*P.C.I.J., Series A/B, No. 41*, p. 88).

The question of qualification of the “same interest”, in the practice of the Court, has almost uniformly been based on a formal criterion, the criterion of “the same conclusion” to which the parties have come in the proceedings before the Court.

In the present case, the question of “the same conclusion” as the relevant criterion for the existence of “the same interest” of the respondent

I. LA COMPOSITION DE LA COUR EN L'ESPÈCE

1. Compte tenu de la différence de principe entre la magistrature internationale et le système judiciaire interne de chaque Etat, l'institution du juge *ad hoc* a fondamentalement un double rôle :

«*a*) rétablir l'égalité quand la Cour comprend d'ores et déjà sur le siège un juge ayant la nationalité de l'une des parties; et *b*) créer une égalité symbolique entre deux Etats en litige quand aucun membre de la Cour n'a la nationalité de l'une des parties» (S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, vol. III, p. 1124-1125).

En l'espèce, on peut se demander si l'institution du juge *ad hoc* a bien exercé l'une quelconque de ces deux fonctions élémentaires.

Il est possible de distinguer deux éléments.

Le premier est lié à ce rétablissement de l'égalité entre les parties en ce qui concerne les relations entre le demandeur et les Etats défendeurs qui ont un juge national sur le siège. *In concreto*, il faut s'intéresser à cet égard à la position particulière des Etats défendeurs. Ces derniers, en effet, comparaissent à un double titre :

primo, ils comparaissent individuellement puisque chacun d'eux est en litige avec la République fédérale de Yougoslavie;

secundo, ce sont en même temps des Etats membres de l'OTAN dans le cadre institutionnel de laquelle ils ont engagé une attaque armée contre la République fédérale de Yougoslavie. Dans ce cadre de l'OTAN, les Etats défendeurs agissent *in corpore*, en tant que parties intégrantes d'une organisation constituant un tout. L'ensemble, le *corpus*, des volontés des Etats membres de l'OTAN, quand il s'agit de mener des opérations militaires, constitue une volonté collective qui est officiellement celle de l'OTAN.

2. On peut se demander par ailleurs si les Etats défendeurs peuvent être considérés comme faisant cause commune.

Dans l'ordonnance rendue le 20 juillet 1931 dans l'affaire du *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, la Cour permanente de Justice internationale a énoncé le principe suivant :

«tous les gouvernements qui, devant la Cour, arrivent à la même conclusion, doivent être considérés comme faisant cause commune aux fins de la présente procédure» (*C.P.J.I. série A/B n° 41*, p. 89).

Dans sa pratique, la Cour a quasiment toujours établi qu'il y avait «cause commune» en se fondant sur un critère formel, celui de la «même conclusion» à laquelle aboutissent les parties comparissant devant elle.

En l'espèce, il est indubitable que la formulation d'une conclusion identique est le critère pertinent permettant d'établir que les Etats défen-

States is, in my opinion, unquestionable. The same conclusion was, in a way, inevitable in the present case in view of the identical Application which the Federal Republic of Yugoslavia has submitted against ten NATO member States, and was formally consecrated by the outcome of the proceedings before the Court held on 10, 11 and 12 May 1999, in which all the respondent States came to the identical conclusion resting on the foundation of practically identical argumentation which differed only in the fashion and style of presentation.

Hence, the inevitable conclusion follows, it appears to me, that all the respondent States are *in concreto* parties in the same interest.

3. What are the implications of this fact for the composition of the Court in the present case? Article 31, paragraph 2, of the Statute says: "If the Court includes upon the Bench a judge of the nationality of one of the parties, any other party may choose a person to sit as judge."

The Statute, accordingly, refers to the right of "any other party", namely, a party other than the party which has a judge of its nationality, in the singular. But, it would be erroneous to draw the conclusion from the above that "any other party", other than the party which has a judge of its nationality, cannot, under certain circumstances, choose several judges *ad hoc*. Such an interpretation would clearly be in sharp contradiction with *ratio legis* of the institution of judge *ad hoc*, which, in this particular case, consists of the function "to equalize the situation when the Bench already includes a Member of the Court having the nationality of one of the parties" (S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, Vol. III, pp. 1124-1125). The singular used in Article 31, paragraph 2, of the Statute with reference to the institution of judges *ad hoc* is, consequently, but individualization of the general, inherent right to equalization in the composition of the Bench in the relations between litigating parties, one of which has a judge of its nationality on the Bench, while the other has not. *The practical meaning of this principle applied in casum would imply the right of the Applicant to choose as many judges ad hoc to sit on the Bench as is necessary to equalize the position of the Applicant and that of those respondent States which have judges of their nationality on the Bench and which share the same interest. In concreto, the inherent right to equalization in the composition of the Bench, as an expression of fundamental rule of equality of parties, means that the Federal Republic of Yugoslavia should have the right to choose five judges ad hoc, since even five out of ten respondent States (the United States of America, the United Kingdom, France, Germany and the Netherlands) have their national judges sitting on the Bench.*

Regarding the notion of equalization which concerns the relation between the party entitled to choose its judge *ad hoc* and the parties which have their national judges on the Bench, the fact is that the Federal Republic of Yugoslavia, as can be seen from the Order, did not raise any objections to the circumstance that as many as five respondent States have judges of their nationality on the Bench. However, this circumstance surely cannot be looked upon as something making the question

deurs font «cause commune». Il était en quelque sorte inévitable de formuler la même conclusion en l'espèce puisque la République fédérale de Yougoslavie a présenté une requête identique à l'encontre de dix Etats membres de l'OTAN et l'on en a eu la preuve officielle à l'issue de la procédure qui s'est déroulée devant la Cour les 10, 11 et 12 mai 1999, les Etats défendeurs aboutissant tous à une conclusion identique reposant sur une argumentation pratiquement identique dont les seules variations concernent la forme et le mode de présentation.

D'où la conclusion inévitable à mon sens que les Etats défendeurs font tous *in concreto* cause commune.

3. Quelles incidences faut-il en tirer pour la composition de la Cour en l'espèce? L'article 31, paragraphe 2, du Statut, dispose: «Si la Cour compte sur le siège un juge de la nationalité d'une des parties, toute autre partie peut désigner une personne de son choix pour siéger en qualité de juge.»

Le Statut, donc, définit ainsi le droit de «toute autre partie», c'est-à-dire une partie autre que celle qui compte un juge de sa nationalité sur le siège, et il parle de cette autre partie au singulier. Mais il serait erroné d'en déduire que «toute autre partie» que celle qui compte un juge de sa nationalité sur le siège ne peut pas, dans certains cas, désigner plusieurs juges *ad hoc*. Retenir cette interprétation serait manifestement contraire à la *ratio legis* de l'institution du juge *ad hoc*, lequel en l'espèce a pour objet «de rétablir l'égalité quand la Cour comprend d'ores et déjà sur le siège un juge ayant la nationalité de l'une des parties» (S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, vol. III, p. 1124-1125). L'usage du singulier à l'article 31, paragraphe 2, du Statut, quand il est question de l'institution du juge *ad hoc*, permet donc simplement d'individualiser ce droit général, intrinsèque, au rétablissement de l'égalité entre les parties en litige en ce qui concerne la composition de la Cour, quand l'une des parties compte un juge de sa nationalité sur le siège tandis que l'autre n'en a pas. *Concrètement, appliqué à la présente instance, ce principe signifie implicitement que le demandeur a le droit de désigner autant de juges ad hoc qu'il le faut pour rétablir l'égalité entre le demandeur et les Etats défendeurs qui comptent un juge de leur nationalité sur le siège et qui font cause commune. Concrètement, ce droit fondamental au rétablissement de l'égalité dans la composition de la Cour, qui répond à la règle fondamentale de l'égalité des parties, signifie que la République fédérale de Yougoslavie doit avoir le droit de désigner cinq juges ad hoc, puisque, sur les dix Etats défendeurs, il y en a cinq (les Etats-Unis d'Amérique, le Royaume-Uni, la France, l'Allemagne et les Pays-Bas) qui comptent un juge national sur le siège.*

S'agissant de ce rétablissement de l'égalité entre la partie autorisée à désigner un juge *ad hoc* de son choix, d'une part, et, de l'autre, les parties qui comptent un juge national sur le siège, le fait est que la République fédérale de Yougoslavie, comme on peut le constater dans l'ordonnance, n'a soulevé aucune objection au cas de figure qui se présentait et qui était que cinq Etats défendeurs, pas moins, comptaient un juge de leur nationalité sur le siège. Mais il n'est certainement pas possible de considérer

irrelevant, or, even as the tacit consent of the Federal Republic of Yugoslavia to such an outright departure from the letter and spirit of Article 31, paragraph 2, of the Statute.

The Court has, namely, the obligation to take account *ex officio* of the question of such a fundamental importance, which directly derives from, and vice versa, may directly and substantially affect, the equality of the parties. The Court is the guardian of legality for the parties to the case, for which *presumptio juris et de jure* alone is valid — to know the law (*jura novit curia*). As pointed out by Judges Bedjaoui, Guillaume and Ranjeva in their joint declaration in the *Lockerbie* case: “that is for the Court — not the parties — to take the necessary decision” (*Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, *I.C.J. Reports 1998*, p. 36, para. 11).

A contrario, the Court would risk, in a matter which is *ratio legis* proper of the Court’s existence, bringing itself into the position of a passive observer, who only takes cognizance of the arguments of the parties and, then, proceeds to the passing of a decision.

4. The other function is associated with equalization in the part which is concerned with the relations between the Applicant and those respondent States which have no national judges on the Bench.

The respondent States having no judge of their nationality on the Bench have chosen, in the usual procedure, their judges *ad hoc* (Belgium, Canada, Italy and Spain). Only Portugal has not designated its judge *ad hoc*. The Applicant successively raised objections to the appointment of the respondent States’ judges *ad hoc* invoking Article 31, paragraph 5, of the Statute of the Court. The responses of the Court with respect to this question invariably contained the standard phrase “that the Court . . . found that the choice of a judge *ad hoc* by the Respondent is justified in the present phase of the case”.

Needless to say, the above formulation is laconic and does not offer sufficient ground for the analysis of the Court’s legal reasoning. The only element which is subject to the possibility of teleological interpretation is the qualification that the choice of a judge *ad hoc* is “justified in the present phase of the case”. *A contrario*, it is, consequently, possible that such an appointment of a judge *ad hoc* would “not be justified” in some other phases of the case. The qualification referred to above could be interpreted as the Court’s reserve with respect to the choice of judges *ad hoc* by the respondent States, a reserve which could be justifiable on account of the impossibility for the Court to perceive the nature of their interest — whether it is the “same” or “separate” — before the parties set out their positions on the case.

The meanings of equalization as a *ratio legis* institution of judges *ad hoc*, in the case concerning the Applicant and respondent States which

que ce cas de figure ôte toute pertinence à la question, même si la République fédérale de Yougoslavie a tacitement admis une telle dérogation flagrante à la lettre et à l'esprit de l'article 31, paragraphe 2, du Statut.

La Cour a, quant à elle, l'obligation de prendre en considération, ès qualité, cette question qui est à ce point cruciale, qui découle directement de l'égalité des parties et, à l'inverse, qui risque en outre de porter directement et sensiblement atteinte à l'égalité des parties. La Cour est le gardien de la légalité pour les parties, et, à cette fin, seule est valable la *presumptio juris et de jure* — il faut savoir le droit (*jura novit curia*). Comme l'ont dit trois membres de la Cour, MM. Bedjaoui, Guillaume et Ranjeva, dans la déclaration commune qu'ils ont faite dans l'affaire *Lockerbie*: «il appartient à la Cour et non aux parties de prendre la décision requise» (*Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, C.I.J. Recueil 1998, p. 36, par. 11).

A contrario, la Cour risquerait, alors que la question relève véritablement de sa raison d'être, de se cantonner dans l'attitude de l'observateur passif, qui se contente de prendre connaissance des thèses des parties, puis se prononce.

4. Le second élément à étudier est celui du rétablissement de l'égalité dans les relations entre le demandeur et les Etats défendeurs qui ne comptent pas de juge national sur le siège.

Les Etats défendeurs ne comptant pas de juge national sur le siège ont, suivant la procédure habituelle, désigné un juge *ad hoc* de leur choix (Belgique, Canada, Espagne et Italie). Seul le Portugal n'a pas désigné de juge *ad hoc*. Le demandeur a successivement soulevé des objections à la désignation de ces juges *ad hoc* des Etats demandeurs en invoquant le paragraphe 5 de l'article 31 du Statut de la Cour. Chaque fois, la Cour a répondu par la formule habituelle: «La Cour, ... est parvenue à la conclusion que la désignation d'un juge *ad hoc* par [le défendeur] se justifiait dans la présente phase de l'affaire».

Certes, la formule est laconique, trop peu détaillée pour permettre d'analyser le raisonnement juridique suivi par la Cour. Le seul élément qui se prête à une interprétation téléologique est le membre de phrase servant à qualifier la désignation d'un juge *ad hoc*, laquelle serait «justif[ée] dans la présente phase de l'affaire». *A contrario*, il est donc possible que cette désignation de juges *ad hoc* ne soit «pas justifiée» dans certaines autres phases de l'affaire. Cette qualification peut s'interpréter comme une réserve, de la part de la Cour, quant à la désignation de juges *ad hoc* par les Etats défendeurs, réserve qui s'expliquerait par l'impossibilité où se trouverait la Cour de voir, avant qu'elles définissent leur position, quel est l'intérêt des parties — font-elles ou non cause commune?

Le sens à donner au rétablissement de l'égalité entre les parties, puisque c'est la raison d'être de l'institution du juge *ad hoc* dans le cas de figure

are parties in the same interest, and which do not have a judge *ad hoc* of their nationality on the Bench, have been dealt with in the practice of the Court, in a clear and unambiguous manner.

In the *South West Africa* case (1961) it was established that, if neither of the parties in the same interest has a judge of its nationality among the Members of the Court, those parties, acting in concert, will be entitled to appoint a single judge *ad hoc* (*South West Africa, I.C.J. Reports 1961*, p. 3).

If, on the other hand, among the Members of the Court there is a judge having the nationality of even one of those parties, then no judge *ad hoc* will be appointed (*Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder, P.C.I.J., Series C, No. 17-II*, p. 8; *Customs Régime between Germany and Austria, 1931, P.C.I.J., Series A/B, No. 41*, p. 88).

This perfectly coherent jurisprudence of the Court applied to this particular case, means that none of the respondent States were entitled to appoint a judge ad hoc.

Consequently, it may be said that in the present case neither of the two basic functions of the institution of judge *ad hoc* has been applied in the composition of the Court in a satisfactory way. In my opinion, it is a question of the utmost specific weight in view of the fact that, obviously, its meaning is not restricted to the procedure, but that it may have a far-reaching concrete meaning.

II. APPRAISAL OF THE SPANISH RESERVATION TO ARTICLE IX OF THE GENOCIDE CONVENTION

5. In the particular case of Spain, relevant conditions for the jurisdiction of the International Court of Justice have not concurred.

However, it should be pointed out that a reservation such as the one made by Spain with respect to Article IX of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide surely does not contribute to the implementation of the concept of an organized, *de jure*, international community.

As the Court set out in its Opinion of 28 May 1951, "the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation" (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951*, p. 23) and

"In such a convention the contracting States do not have any interests of their own; they merely have, one and all, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the *raison d'être* of the convention." (*Ibid.*)

States do not express verbally their belief in international law by

où le demandeur et les Etats défendeurs qui font cause commune ne comptent pas de juge *ad hoc* de leur nationalité sur le siège, a été défini dans la pratique de la Cour de façon très claire, sans la moindre ambiguïté.

Dans l'affaire du *Sud-Ouest africain* (1961), il a été décidé que, au cas où ni l'une ni l'autre des Parties faisant cause commune ne compterait de juge de sa nationalité sur le siège, lesdites Parties auraient la faculté de désigner d'un commun accord un seul juge *ad hoc* (*Sud-Ouest africain, C.I.J. Recueil 1961*, p. 3).

Si, en revanche, la Cour compte parmi ses membres un juge ayant la nationalité d'une des parties, ne serait-ce que de l'une d'elles, il ne sera pas désigné de juge *ad hoc* (*Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder, C.P.J.I. série C n° 17 (II)*, p. 8; *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche, 1931, C.P.J.I. série A/B n° 41*, p. 88).

Si l'on applique à la présente instance cette jurisprudence parfaitement cohérente de la Cour, aucun des Etats défendeurs n'était habilité à désigner un juge ad hoc.

On peut donc dire qu'en l'espèce, ni l'une ni l'autre des deux fonctions élémentaires de l'institution du juge *ad hoc* n'a été remplie de façon satisfaisante du point de vue de la composition de la Cour. A mon sens, la question revêt un intérêt tout particulier parce que, manifestement, son importance ne se limite pas à la procédure et pourrait avoir une portée concrète de très grande ampleur.

II. COMMENT APPRÉCIER LA RÉSERVE DE L'ESPAGNE À L'ARTICLE IX DE LA CONVENTION SUR LE GÉNOCIDE

5. Dans le cas particulier de l'Espagne, les conditions permettant de conférer compétence à la Cour internationale de Justice n'ont pas été réunies.

Mais il convient de faire observer qu'une réserve telle que celle que l'Espagne a formulée à l'article IX de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ne favorise certainement pas la mise en place d'une communauté internationale organisée selon le droit.

Comme la Cour l'a dit dans l'avis consultatif qu'elle a rendu le 28 mai 1951, «les principes qui sont à la base de la convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel» (*Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil, 1951*, p. 23) et

«Dans une telle convention, les Etats contractants n'ont pas d'intérêts propres; ils ont seulement, tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention.» (*Ibid.*)

Les Etats ne choisissent pas de parler pour exprimer leur foi dans le

making declaratory vows but by taking effective measures aimed at the implementation of human rights and fundamental freedoms.

In an eminently political commonwealth, such as the international community, judicial protection of those rights and liberties is almost the only way of realization of Grotius' dream of the international community as a true *genus humanum*.

III. OTHER RELEVANT ISSUES

6. In paragraph 15 of the Order the Court states:

“Whereas the Court is deeply concerned with the human tragedy, the loss of life, and the enormous suffering in Kosovo which form the background of the present dispute, and with the continuing loss of life and human suffering in all parts of Yugoslavia.”

The phrasing of the statement seems to me unacceptable for a number of reasons. First, the formulation introduces dual humanitarian concern. The Court is, it is stated, “deeply concerned”, while at the same time the Court states “the loss of life”. So, it turns out that in the case of “all parts of Yugoslavia” the Court technically states “the loss of life” as a fact which does not cause “deep concern”. Furthermore, the wording of the formulation may also be construed as meaning that Kosovo is not a part of Yugoslavia. Namely, after emphasizing the situation in Kosovo and Metohija, the Court uses the phrase “in all parts of Yugoslavia”. Having in mind the factual and legal state of affairs, the appropriate wording would be “in all other parts of Yugoslavia”. Also, particular reference to “Kosovo” and “all parts of Yugoslavia”, in the present circumstances, has not only no legal, but has no factual basis either. Yugoslavia, as a whole, is the object of attack. Human suffering and loss of life are, unfortunately, a fact, generally applicable to the country as a whole; so, the Court, even if it had at its disposal the accurate data on the number of victims and the scale of suffering of the people of Yugoslavia, it would still have no moral right to discriminate between them. Further, the qualification that “human tragedy and the enormous suffering in Kosovo . . . form the background of the present dispute” not only is political, by its nature, but has, or may have, an overtone of justification of the armed attack on Yugoslavia. Suffice it to recall the fact that the respondent State refers to its armed action as humanitarian intervention.

It is up to the Court to establish, at a later stage of the proceedings, the real legal state of affairs, namely, the relevant facts. At the present stage, the question of the underlying reasons for the armed attack on the Fed-

droit international, ils ne vont pas se contenter d'exposer leurs vœux, ils prennent des mesures concrètes pour réaliser les droits de l'homme et les libertés fondamentales.

Dans une association aussi éminemment politique que la communauté internationale, la protection judiciaire de ces droits et de ces libertés est quasiment le seul moyen de réaliser ce à quoi Grotius rêvait, une communauté internationale qui fût véritablement le *genus humanum*.

III. AUTRES QUESTIONS PERTINENTES

6. Au paragraphe 15 de son ordonnance, la Cour dit :

« Considérant que la Cour est profondément préoccupée par le drame humain, les pertes en vies humaines et les terribles souffrances que connaît le Kosovo et qui constituent la toile de fond du présent différend, ainsi que par les victimes et les souffrances humaines que l'on déplore de façon continue dans l'ensemble de la Yougoslavie. »

Le libellé de cette déclaration me paraît inacceptable pour plusieurs raisons. La première est que cet énoncé fait part d'une préoccupation humanitaire double. La Cour dit être « profondément préoccupée » et évoque en même temps « les pertes en vies humaines » et « les victimes ». De sorte qu'en ce qui concerne « l'ensemble de la Yougoslavie », la Cour évoque techniquement « les victimes » comme un fait qui ne cause pas de « préoccupation profonde ». En outre, l'énoncé permet également de l'interpréter comme signifiant que le Kosovo ne fait pas partie de la Yougoslavie. C'est-à-dire qu'après avoir mis en relief la situation au Kosovo-Metohija, la Cour utilise l'expression « dans l'ensemble de la Yougoslavie ». Compte tenu de la situation de fait et de la situation de droit, il aurait fallu dire « dans le reste de la Yougoslavie ». De surcroît, faire allusion au « Kosovo » et à « l'ensemble de la Yougoslavie » non seulement n'a aucun fondement juridique dans la situation actuelle, mais ne repose pas sur les faits non plus. C'est l'ensemble de la Yougoslavie qui est attaqué. Les souffrances et les pertes en vies humaines sont malheureusement un fait s'appliquant en général au pays tout entier ; dans ces conditions, même si elle avait eu à sa disposition des chiffres précis concernant le nombre des victimes et l'ampleur des souffrances de la population de la Yougoslavie, la Cour n'aurait de toute façon pas eu le droit moral d'établir la moindre discrimination à cet égard. De plus, dire que « le drame humain ... et les terribles souffrances que connaît le Kosovo et qui constituent la toile de fond du présent différend » non seulement est une indication de caractère politique mais représente, ou pourrait représenter, une sorte de justification de l'attaque armée menée contre la Yougoslavie. Il suffit de rappeler à ce propos que l'Etat défendeur qualifie son action armée d'intervention humanitaire.

Il appartient à la Cour d'établir à un stade ultérieur de la procédure quelle est véritablement la situation en droit, c'est-à-dire quels sont les faits pertinents. Au stade actuel, la question des raisons profondes de

eral Republic of Yugoslavia is the object of political allegations. While the Respondent argues that what is involved is a humanitarian intervention provoked by the “human tragedy and the enormous suffering”, the Applicant finds that *sedes materiae* the underlying reasons are to be sought elsewhere — in the support to the terrorist organization in Kosovo and in the political aim of secession of Kosovo and Metohija from Yugoslavia.

Consequently, we are dealing here with opposed political qualifications in which the Court should not, and, in my view, must not, enter except in the regular court proceedings.

7. The formulation of paragraph 39 of the Order leaves the impression that the Court is elegantly attempting to drop the ball in the Security Council’s court. Essentially, it is superfluous because, as it stands now, it only paraphrases a basic fact that “the Security Council has special responsibilities under Chapter VII of the Charter”. It can be interpreted, it is true, also as an appeal to the United Nations organ, specifically entrusted with the duty and designed to take measures in case of threat to the peace, breach of the peace or act of aggression; but, in that case the Court would need to stress also another basic fact — that a legal dispute should be referred to the International Court of Justice on the basis of Article 36, paragraph 3, of the United Nations Charter.

8. The Court, by using the term “Kosovo” instead of the official name of “Kosovo and Metohija”, continued to follow the practice of the political organs of the United Nations, which, by the way, was also strictly followed by the respondent States.

It is hard to find a justifiable reason for such a practice. Except of course if we assume political opportuneness and involved practical, political interests to be a justified reason for this practice. This is eloquently shown also by the practice of the designation of the Federal Republic of Yugoslavia. After the succession of the former Yugoslav federal units, the organs of the United Nations, and the respondent States themselves, have used the term Yugoslavia (Serbia and Montenegro). However, since 22 November 1995, the Security Council uses in its resolutions 1021 and 1022 the term “Federal Republic of Yugoslavia” instead of the former “Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro)” without any express decision and in a legally unchanged situation in relation to the one in which it, like other organs of the United Nations, employed the term “Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro)”. The fact that this change in the practice of the Security Council appeared on the day following the initialling of the Peace Agreement in Dayton gives a strong basis for the conclusion that the concrete practice is not based on objective, legal criteria but rather on political criteria.

By using the word “Kosovo” instead of the name “Kosovo and Metohija”, the Court, in fact, is doing two things:

l'attaque armée dirigée contre la République fédérale de Yougoslavie fait l'objet d'allégations politiques. Le défendeur soutient qu'il s'agit d'une intervention humanitaire provoquée par «le drame humain et les terribles souffrances», tandis que le demandeur estime que *sedes materiae* les raisons profondes sont à chercher ailleurs — dans le soutien apporté à l'organisation terroriste à l'œuvre au Kosovo et dans la volonté politique de sécession qui anime le Kosovo-Metohija.

Nous avons donc affaire ici à des qualifications politiques opposées dans lesquelles la Cour ne devrait pas entrer, cela lui est même interdit à mon avis, si ce n'est dans le cadre d'une procédure judiciaire normale.

7. L'énoncé du paragraphe 39 de l'ordonnance donne l'impression que la Cour cherche assez élégamment à renvoyer la balle dans le jardin du Conseil de sécurité. Pour l'essentiel, c'est inutile, parce que, sous sa forme actuelle, cet énoncé n'est qu'une simple paraphrase d'une donnée élémentaire qui est que «le Conseil de sécurité est investi de responsabilités spéciales en vertu du chapitre VII de la Charte». Il est possible, certes, de l'interpréter aussi comme un appel lancé à l'organe des Nations Unies qui est très précisément chargé de prendre des mesures en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix ou d'acte d'agression et qui a d'ailleurs été conçu à cet effet; mais, en l'occurrence, la Cour devrait rappeler aussi une autre donnée élémentaire: en vertu de l'article 36, paragraphe 3, de la Charte des Nations Unies, un différend juridique doit être soumis à la Cour internationale de Justice.

8. En utilisant l'appellation «Kosovo» au lieu de l'appellation officielle de «Kosovo-Metohija», la Cour a continué de suivre la pratique des organes politiques des Nations Unies, pratique dont, d'ailleurs, les Etats défendeurs ne se départissent jamais.

Il est difficile de justifier pareille pratique, sauf, bien entendu, si nous admettons que l'opportunité politique, les intérêts politiques et concrets sont à cet égard des arguments valables. C'est ce que montre également de façon éloquente la pratique suivie pour désigner la République fédérale de Yougoslavie. A la suite de la sécession de certaines parties de l'ancienne Fédération yougoslave, les organes des Nations Unies et les Etats défendeurs eux-mêmes ont utilisé la formule «Yougoslavie (Serbie et Monténégro)». Mais, depuis le 22 novembre 1995, le Conseil de sécurité utilise, dans ses résolutions 1021 et 1022, la formule «République fédérale de Yougoslavie» au lieu de l'ancienne formule «République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro)», sans qu'il y ait eu de décision expresse à cet égard et dans une situation de droit inchangée par rapport à celle dans laquelle le Conseil, comme d'autres organes des Nations Unies, se servait de la formule «République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro)». Le fait que ce changement de pratique du Conseil de sécurité date du lendemain du jour où a été paraphé l'accord de paix de Dayton autorise à soutenir avec assez de fermeté que cette pratique concrète ne s'inspire pas de critères juridiques objectifs mais plutôt de critères politiques.

En utilisant le terme «Kosovo» au lieu du nom «Kosovo-Metohija», la Cour, en fait, fait deux choses à la fois:

- (a) it gives in to the colloquial use of the names of territorial units of an independent State; and
- (b) it ignores the official name of Serbia's southern province, a name embodied both in the constitutional and legal acts of Serbia and of the Federal Republic of Yugoslavia. Furthermore, it runs contrary to the established practice in appropriate international organizations. *Exempli causa*, the official designation of the southern Serbian province "Kosovo and Metohija" has been used in the Agreement concluded by the Federal Republic of Yugoslavia and the Organisation for Security and Co-operation in Europe (*International Legal Materials*, 1999, Vol. 38, p. 24).

Even if such a practice — which, in my opinion, is completely inappropriate not only in terms of the law but also in terms of proper usage — could be understood when resorted to by entities placing interest and expediency above the law, it is inexplicable in the case of a judicial organ.

9. A certain confusion is also created by the term "humanitarian law" referred to in paragraphs 18 and 37 of the Order. The reasons for the confusion are dual: on the one hand, the Court has not shown great consistency in using this term. In the *Genocide* case the Court qualified the Genocide Convention as a part of humanitarian law, although it is obvious that, by its nature, the Genocide Convention falls within the field of international criminal law (see dissenting opinion of Judge Kreča in the case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, I.C.J. Reports 1996 (II)*, para. 108, p. 774-775).

On the other hand, it seems that in this Order the term "humanitarian law" has been used with a different meaning, more appropriate to the generally accepted terminology. The relevant passage in the Order should be mentioned precisely because of the wording of its paragraphs 18 and 37. The singling out of humanitarian law from the rules of international law which the Parties are bound to respect may imply low-key and timid overtones of vindication or at least of diminishment of the legal implications of the armed attack on the Federal Republic of Yugoslavia.

Humanitarian law, in its legal, original meaning implies the rules of *jus in bello*. If, by stressing the need to respect the rules of humanitarian law, which I do not doubt, the Court was guided by humanitarian considerations, then it should have stressed *expressis verbis* also the fundamental importance of the rule contained in Article 2, paragraph 4, of the Charter, which constitutes a dividing line between non-legal, primitive international society and an organized, *de jure*, international community.

(Signed) Milenko KREČA.

- a) elle adopte l'appellation courante et populaire servant à désigner les unités territoriales d'un Etat indépendant;
- b) elle laisse de côté l'appellation officielle de la province méridionale de Serbie, appellation consacrée par les actes constitutionnels et juridiques tant de la Serbie que de la République fédérale de Yougoslavie. En outre, la Cour agit ainsi contrairement à la pratique établie par les organisations internationales compétentes. Par exemple, la désignation officielle de la province méridionale de Serbie «Kosovo-Metohija» est celle qui figure dans l'accord conclu par la République fédérale de Yougoslavie et l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (*International Legal Materials*, 1999, vol. 38, p. 24).

Même si pareille pratique, laquelle, à mon sens, est totalement incorrecte, non seulement sur le plan du droit mais aussi du point de vue du bon usage, pouvait se défendre quand elle émane d'entités qui situent l'intérêt et la commodité au-dessus de la loi, elle est inexplicable quand elle émane d'un organe judiciaire.

9. L'expression «droit humanitaire» que la Cour utilise aux paragraphes 18 et 37 de son ordonnance prête également à confusion, pour une double raison: d'un côté, la Cour ne manifeste pas une parfaite cohérence dans l'emploi de cette formule. Dans l'affaire de *l'Application de la convention sur le génocide*, la Cour a dit que ladite convention faisait partie du droit humanitaire, alors qu'il est manifeste qu'en raison de sa nature même, ladite convention relève du droit pénal international (voir l'opinion dissidente de M. Kreća dans l'affaire relative à *l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 774-775, par. 108).

D'un autre côté, il me semble que dans la présente ordonnance, la formule «droit humanitaire» est employée en un sens différent plus proche du sens généralement accepté aujourd'hui. Et il convient de faire précisément état de l'extrait pertinent de l'ordonnance en raison même du libellé des paragraphes 18 et 37. En isolant le droit humanitaire parmi les règles de droit international que les parties sont tenues de respecter, il est possible que la Cour veuille, discrètement, voire timidement, justifier implicitement l'attaque armée dirigée contre la République fédérale de Yougoslavie ou tout au moins en atténuer les conséquences sur le plan du droit.

Dans son premier sens juridique, le droit humanitaire correspond implicitement aux règles du *jus in bello*. Si la Cour s'inspirait, comme je n'en doute nullement, de considérations humanitaires quand elle a souligné la nécessité de respecter les règles du droit humanitaire, elle aurait dû souligner expressément aussi l'importance fondamentale que revêt la règle énoncée à l'article 2, paragraphe 4, de la Charte, laquelle trace la ligne de démarcation entre une société internationale primitive, où le droit fait défaut, et une communauté internationale organisée où règne le droit.

(Signé) Milenko KREĆA.