

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

[Traduction]

## TABLE DES MATIÈRES

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

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

\*

## I. QUESTIONS GÉNÉRALES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

nies pour fonder la compétence de la Cour *ratione personae*» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 613, par. 26). Cette démarche pourrait être appelée la position d'évitement implicite ou, peut-être plus exactement, la position consistant à laisser de côté le *jus standi* de la RFY. (La position d'évitement implicite est pour l'essentiel celle que consacre la déclaration commune des sept juges dans les affaires de la *Licéité de l'emploi de la force ((Serbie-et-Monténégro c. Belgique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 330-334). Car, si la Cour s'était considérée comme incompétente sur la base de considérations *ratione temporis* et *ratione materiae*, comme l'affirmait la déclaration commune, la question du *jus standi* de la RFY serait alors écartée, et ne constituerait plus une condition préalable de fond de la compétence de la Cour.)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

17. Deux autres considérations sont également intéressantes.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

la Cour.» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 99, par. 133.)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

24. L'explication donnée par M<sup>me</sup> Higgins dans son opinion individuelle a été confirmée en plusieurs occasions par la Cour.

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

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

De plus, elle fit l'aveu suivant :

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

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

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

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

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

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

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

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

Ainsi,

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

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

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

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

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

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

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

La Cour disposait de deux possibilités, bien meilleures :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

«Dans ces conditions, même si l'introduction avait été prématurée, parce que le Traité de Lausanne n'était pas encore ratifié, ce fait aurait été couvert par le dépôt ultérieur des ratifications requises.» (*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 34.*)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 3. Nature de la question de la compétence

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

. . . . .

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

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

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

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

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

## II. QUESTIONS SPÉCIFIQUES EN L'ESPÈCE

### 1. *Le jus standi du défendeur*

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Selon la première,

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

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

La deuxième constatation est que

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

91. Le principe d'une bonne administration de la justice n'est manifestement pas omnipotent, pas plus qu'il n'est un principe normatif. Il s'agit plutôt d'une norme qui permet à la Cour, dans les limites de la *discretio legalis*, d'atténuer l'application rigide de la règle de procédure ou de régler une question de procédure qui n'est pas régie par des dispositions du Statut et du Règlement de la Cour. C'est dans ce sens qu'elle est conçue dans la jurisprudence de la Cour<sup>4</sup>. En tant que telle, elle ne saurait fonder l'établissement d'une exception à la règle générale relative à la condition de *jus standi* pour un certain nombre de raisons.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### h) *Effets de la saisine de la Cour*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

109. Premièrement, la majorité conclut comme suit :

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

notoriété publique et appliqué avec constance, est que la RSFY a été dissoute en six parties juridiquement égales, de telle manière que la RFY, selon ce postulat, n'est pas le continuateur de la RSFY et, en conséquence, n'en assure pas la continuité en ce qui concerne la qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies<sup>5</sup>. Et, sans continuation de la qualité de Membre des Nations Unies de la RSFY, la RFY/Serbie ne pouvait tout simplement pas avoir le statut de partie au Statut de la Cour.

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

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

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

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

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

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

La question semble claire et sans équivoque: «La République de Croatie s'élève énergiquement contre le fait que la République fédérative de Yougoslavie (Serbie-et-Monténégro) prétend assurer la continuité de l'Etat et de la personnalité juridique et politique internationale de l'ex-République fédérative socialiste de Yougoslavie.»

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

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

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

## 2. *Compétence ratione materiae*

### a) *Conception générale de la majorité*

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

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

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

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

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

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

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

*A cette fin, font la déclaration suivante:*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

121. Dans les circonstances de l'espèce, un certain nombre d'éléments revêtent une pertinence particulière. Le principal élément extrinsèque concerne la capacité des participants à la session conjointe de l'Assemblée de la RSFY, de l'Assemblée nationale de la République de Serbie et de l'Assemblée de la République du Monténégro d'accomplir des actes unilatéraux au sens du droit international. Cette session conjointe n'a pas été constituée en parlement de la République fédérative de Yougoslavie; il s'agissait d'un corps de représentants *in statu nascendi*. Même si, pour les besoins du débat, elle représentait le parlement, elle n'était pas à l'évidence un organe étatique possédant la capacité d'accomplir des actes unilatéraux au nom de l'Etat. S'agissant de la formulation d'actes juridiques unilatéraux, les représentants de l'Etat sont les chefs d'Etat, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères<sup>6</sup>. Cette règle a été confirmée dans la jurisprudence de la Cour (*Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 269-270, par. 49-51; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 622, par. 44; *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*

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

(*République démocratique du Congo c. Belgique*), arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 21-22, par. 53; *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, *C.I.J. Recueil 2006*, p. 27, par. 46; voir également *Statut juridique du Groënland oriental (Danemark c. Norvège)*, arrêt, 1933, *C.P.J.I. série A/B n° 53*, p. 71). En conséquence, il apparaît que la déclaration, si on l'envisage comme un acte juridique unilatéral *in foro externo*, a été faite par un organe incompétent au regard du droit international et n'a de ce fait produit aucun effet juridique<sup>7</sup>.

122. Certes, la déclaration, comme l'a constaté la Cour, «a été confirmée dans une note officielle du 27 avril 1992 adressée au Secrétaire général par la mission permanente de la Yougoslavie auprès des Nations Unies» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 610, par. 17). Le mot «confirmée» dans le présent contexte peut avoir deux sens: un sens descriptif, à savoir que la lettre du représentant permanent reproduisait le texte de la déclaration, et un sens de «*terminus technicus*», renvoyant à la confirmation d'un acte unilatéral émanant d'un organe d'Etat non autorisé. Aucun de ces deux sens du mot «confirmée» ne peut être accepté *in concreto*. S'agissant du sens descriptif du mot «confirmée», il est évident que la note du représentant permanent<sup>8</sup> ne reproduit le texte de la déclaration qu'en partie, c'est-à-dire qu'il ne cite qu'une petite partie de celle-ci qui a trait exclusivement à l'identité juridique et à la continuité.

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

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

<sup>8</sup> Son texte est le suivant:

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

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



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

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

124. Cette qualification de la note de la mission permanente de la Yougoslavie donne à penser que la déclaration du 27 avril 1992 et cette note sont deux actes distincts mais non totalement séparés, tant par leur nature que par leurs effets. La déclaration quant à elle est pour l'essentiel une déclaration de politique générale en ce qui concerne des questions directement ou indirectement liées à l'identité juridique et à la continuité d'Etat proclamées par la République fédérative de Yougoslavie, alors que la note semble être d'abord une notification au sens ordinaire du terme. Cela est attesté par le fait que le destinataire de la note est le Secrétaire général, qui est prié de distribuer la déclaration et la note comme document officiel de l'Assemblée générale<sup>9</sup>, tandis que la déclaration elle-même est adressée *urbi et orbi*.

#### c) *La question de l'intention*

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

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

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

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

« La République fédérative de Yougoslavie, assurant la continuité

<sup>9</sup> Nations Unies, doc. A/46/915.

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

Cette formule ne pouvait être appliquée à la déclaration.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

e) *Les effets de la déclaration de 1992*

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

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

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

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

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

138. A cet égard, la majorité conclut :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Toutefois, ce dont il s'agit ici est une théorie, une interprétation *de lege ferenda* sans fondement aucun dans la pratique. La pratique constante alléguée à cet égard est le résultat d'une interprétation créative sortant du cadre de ce qui est permis en la matière. Même si la pratique des Etats successeurs était très constante, la question de l'*opinio juris* demeure ouverte, parce qu'une bonne part de cette pratique s'est constituée sous l'influence de la reconnaissance conditionnelle, qui impliquait aussi l'acceptation de la norme en matière de respect des droits de l'homme<sup>10</sup> établie en ce qui concerne ces Etats successeurs.

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

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



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

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

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

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

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

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

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

De plus, elle n'est même pas devenue *jus perfecta* en tant que règle conventionnelle. Avant l'entrée en vigueur de la Convention en 1978, la succession automatique prévue par son article 34 a été modifiée par la pratique d'Etats successeurs, laquelle a été acceptée par des Etats existants. L'absence d'objections aux notifications de succession formulées de manière indépendante en ce qui concerne les traités multilatéraux auxquels les Etats prédécesseurs étaient parties ainsi que les nombreuses adhésions<sup>11</sup> à ces traités constituent des preuves crédibles à cet égard. En bref, l'article 34 de la Convention est demeuré à l'état de disposition sans effet, de projet conventionnel qui ne s'est pas concrétisé.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

158. Il convient de noter que le demandeur lui-même, excepté aux fins de la présente espèce, ne considérait pas que la RFY fût, sur la base de la déclaration de 1992, partie à la convention sur le génocide ni à d'autres traités multilatéraux. La position générale du demandeur à cet égard a été exprimée dans une lettre datée du 23 août 1993 adressée au président du Conseil de sécurité par le ministre des affaires étrangères. Cette position était la suivante:

«Par suite de la dissolution de l'ancien Etat, l'Etat appelé République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) devra déposer un instrument de succession à tous les traités internationaux auxquels il souhaite continuer d'être partie.» (Nations Unies, doc. S/26349 (1993).)

Cette position, rappelée en un certain nombre d'occasions (Nations Unies, doc. CERD/SP/51 (1994), p. 3; CCPR/SP/40 (1994), p. 3; CCPR/SP/SR.18 (1994), p. 3, par. 2; p. 6, par. 21; p. 7, par. 23; CCPR/SP/SP/SR.19 (1994), p. 3, 4 et 8), a été résumée dans une lettre datée du 30 janvier 1995 adressée au Secrétaire général en sa qualité de dépositaire des traités multilatéraux par le représentant permanent de la Croatie (Nations Unies, doc. A/50/75-E/1995/10).

159. Commentant un document sur l'«état des instruments relatifs aux droits de l'homme en ce qui concerne la succession, l'adhésion ou la ratification par les Etats qui ont succédé à l'ex-Yougoslavie, à l'ex-Union soviétique et à l'ex-Tchécoslovaquie», le représentant permanent de la Croatie rappelait ce qui suit:

«C'est ainsi que les représentants de la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) n'ont pas été autorisés à participer aux réunions et conférences internationales d'Etats parties aux traités multilatéraux dont le Secrétaire général est dépositaire (entre autres, la convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme pro-

duisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination, la convention relative aux droits de l'enfant, la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques) étant donné que cet Etat *ne s'était pas conformé aux règles du droit international régissant la succession d'États. A plusieurs occasions en effet, la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) avait cherché à participer à des rencontres internationales en tant qu'Etat partie sans s'être présentée comme Etat successeur ...*» (Nations Unies, doc. A/50/75-E/1995/10; les italiques sont de moi.)

En conséquence,

«*Si la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) faisait part de son intention d'être considérée, en tant qu'Etat successeur, comme partie aux traités multilatéraux conclus par l'Etat prédécesseur à compter du 27 avril 1992, date à laquelle la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) a assumé, en sa qualité de nouvel Etat, la responsabilité de ses relations internationales, la République de Croatie prendrait bonne note de cette notification de succession.*» (*Ibid.*; les italiques sont de moi.)

- g) *Le défendeur pourrait-il être considéré comme partie à la convention sur le génocide sur la base de la déclaration de 1992 et de son comportement?*

160. Il est exact que, dans l'esprit de la majorité, le défendeur est considéré comme partie à la convention sur le génocide par les effets combinés de la déclaration de 1992 et de son «comportement concordant» en ce qui concerne la Convention. C'est ce que donne à penser la conclusion selon laquelle «la teneur de la déclaration et de la note du 27 avril 1992 ainsi que du comportement concordant de la RFY tant au moment de leur rédaction que tout au long des années 1992 à 2001» (arrêt, par. 117) permet de conclure que la RFY était une partie à la Convention au moment pertinent.

(On mentionnera incidemment que le fait même de se fonder sur le comportement du défendeur afin d'apprécier si celui-ci peut être considéré comme partie à la Convention pour la période pertinente revient à admettre tacitement que la déclaration de 1992 ne pouvait produire les effets que lui attribuent l'arrêt de 1996 et les décisions postérieures de la Cour sur le fondement de cet arrêt.)

Il apparaît donc que le «comportement concordant» de la RFY a des effets sur le fond en l'espèce, que ce «comportement concordant» n'est pas seulement invoqué pour étayer l'interprétation de la déclaration de 1992 comme une notification de succession, mais bien un fondement en



lui-même. C'est également ce que donne à penser le fait que la *conclusio* ne vise pas la déclaration de 1992 comme un acte, mais vise son texte. Qu'entend-on par «comportement concordant» à cet égard? Il semble que ce que l'on entend par là est l'action et l'inaction de la RFY.

161. Les actions en cause sont les suivantes:

- i) dans l'affaire concernant l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (phase des exceptions préliminaires), la RFY «a soutenu que ... la convention sur le génocide ... était entré[e] en vigueur entre les deux Parties le 14 décembre 1995» (arrêt, par. 114);
- ii) la RFY, «le 29 avril 1999, ... a déposé au Greffe de la Cour des requêtes introductives d'instance contre dix Etats membres de l'OTAN, en invoquant notamment la convention sur le génocide comme base de compétence» (*ibid.*, par. 114).

En ce qui concerne l'inaction de la RFY, selon l'opinion de la majorité, les faits pertinents sont les suivants:

- i) la RFY «ne renonça pas à son statut de partie à la Convention même lorsqu'il devint manifeste que cette thèse [celle de la continuité] ne prévaudrait pas» (*ibid.*, par. 111);
- ii) dans la phase des mesures conservatoires de l'affaire concernant l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la RFY, «tout en émettant des doutes sur le fait de savoir si l'Etat demandeur était partie à la convention sur le génocide aux dates pertinentes, n'avait pas contesté la thèse qu'elle y était» (*ibid.*, par. 114);
- iii) après son admission à l'Organisation des Nations Unies en 2000, la RFY «n'a, à l'époque, ni retiré ni prétendu retirer la déclaration et la note de 1992, qui étaient inspirées de sa thèse selon laquelle elle assurait la continuité de la personnalité juridique de la RFSY» (*ibid.*, par. 115).

162. Le comportement de la RFY, selon l'opinion majoritaire, attribuée à la déclaration de 1992 la qualité de «moyen valable et effectif par lequel l'Etat déclarant peut assumer des obligations en vertu de la Convention» (*ibid.*, par. 110). Car, selon cette opinion, la déclaration «n'a pas à être strictement conforme à l'ensemble des formalités requises» (*ibid.*):

«Ainsi, dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark) (République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, la Cour a reconnu qu'un Etat qui ne s'était pas acquitté des formalités d'usage (ratification, adhésion) pour devenir lié par le régime établi par une convention internationale pouvait «n'en [être] pas moins tenu d'une autre façon», encore qu'on «ne saurait présumer à la légère» que ce processus a eu lieu.» (*Ibid.*)

Ainsi, le comportement de la RFY possède en ce qui concerne la déclara-

tion de 1992 un effet convalidant, parce que dans le cas contraire celle-ci serait dénuée de substance. Le raisonnement et la *conclusio* de la majorité appellent certaines observations.

163. La raison qui motive le renvoi aux affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* n'est absolument pas claire, car l'argument des demandeurs selon lequel la République fédérale d'Allemagne était contractuellement liée par la convention de Genève de 1958 sur le plateau continental, et en particulier par son article 6, «en raison notamment de son comportement, de ses déclarations publiques et de ses proclamations» (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 25, par. 27), a été rejeté dans l'arrêt et même dans les opinions des juges annexées à celui-ci (*ibid.*, p. 86, 155, 198 et 242). Comme l'a déclaré la Cour,

«seule l'existence d'une situation d'estoppel pourrait étayer pareille thèse: il faudrait que la République fédérale ne puisse plus contester l'applicabilité du régime conventionnel, en raison d'un comportement, de déclarations, etc., qui n'auraient pas seulement attesté d'une manière claire et constante son acceptation de ce régime mais auraient également amené le Danemark ou les Pays-Bas, se fondant sur cette attitude, à modifier leur position à leur détriment ou à subir un préjudice quelconque» (*ibid.*, p. 26, par. 30).

Il va cependant sans dire que de tels effets d'un comportement passé sont limités à une affaire particulière, de telle manière que ce que la RFY a fait ou n'a pas fait dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* ainsi que dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force* est absolument dénué de pertinence en l'espèce.

164. Même si, *arguendo*, l'argument du Danemark et des Pays-Bas est acceptable, la condition d'un «comportement ... absolument net et constant» (*ibid.*, p. 25, par. 28) de la RFY n'aurait pas été satisfaite. En effet, dans la phase des exceptions préliminaires dans les affaires de la *Licéité de l'emploi de la force* ((*Serbie-et-Monténégro c. Belgique*), *exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 292-293, par. 29) ainsi que dans la phase du fond de l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la RFY a clairement souligné qu'elle considérait ne pas avoir été partie à la convention sur le génocide avant d'avoir exprimé son consentement par son adhésion le 6 mars 2001 (avec effet au 10 juin 2001) ((*Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*), *arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I)*, p. 77, par. 81).

165. Un Etat ne peut être lié par un traité en raison de son comportement, actif ou passif, parce que ce comportement n'est tout simplement pas l'expression de sa volonté. Dans ces conditions, celui-ci peut constituer l'expression externe et pertinente d'une certaine intention de l'Etat et, en ce sens, la base d'un engagement unilatéral à s'obliger, comme le montre l'idée qui sous-tend le *dictum* de la Cour dans les affaires des *Essais nucléaires*. Toutefois, assumer unilatéralement une obligation est

une chose, et acquérir le statut de partie à un traité, un acte qui se caractérise essentiellement par la synallagmaticité, en est une autre (par. 134 ci-dessus). Ainsi, le mode d'expression du consentement à être lié par un traité relève toujours de la rencontre des volontés des négociateurs, une partie des clauses finales du traité ayant des effets rétroactifs. Le comportement d'un Etat, qu'il s'agisse de ce qu'il fait ou de ce qu'il ne fait pas, n'est pas prévu dans la convention sur le génocide ni dans aucune autre convention comme moyen d'exprimer son consentement à être lié. Si elles ne peuvent exprimer le consentement à être liées par un traité, les actions ou les omissions d'une partie au différend peuvent conférer, dans une espèce donnée, compétence à la Cour au moyen du mécanisme du *forum prorogatum*.

166. Si, comme le soutient la majorité, on considère que la pratique d'un Etat exprime l'acceptation par celui-ci du régime conventionnel, le rôle de la déclaration de 1992, du point de vue tant de la logique que du droit, n'est pas clair à cet égard.

Du point de vue de la logique, si l'on considère de cette façon la pratique d'un Etat, la déclaration de 1992 doit soit être dénuée de pertinence en tant que telle, soit n'être qu'un élément de la pratique, parmi d'autres actions ou inactions de l'Etat. Toutefois, selon la majorité, le «comportement concordant» de la RFY et la déclaration de 1992 ont été placés sur le même pied, comme deux éléments indépendants et égaux permettant d'attribuer à la RFY la qualité de partie à la convention sur le génocide.

Du point de vue du droit, s'agissant de la déclaration de 1992 et du «comportement concordant» de la RFY, tel que le perçoit la majorité, il semble que celle-ci ait attribué à ce comportement la faculté de remédier aux insuffisances de la déclaration. Il n'est guère possible, dans les circonstances de la présente espèce, que la pratique puisse avoir un tel rôle convalidant. Car, *in concreto*, ce qui est en cause ici est l'incapacité de la déclaration de 1992, à la lumière des règles du droit international général, à produire l'effet juridique approprié, et non les vices de consentement qui, en général, peuvent être couverts par l'action ou l'inaction de l'Etat concerné. La pratique du défendeur, comme la conçoit la majorité, devrait en fait remédier aux vices objectifs de la déclaration de 1992 qui ne relèvent pas du domaine de la volonté de ses auteurs et sur lesquels, dans ces conditions, les actions ou l'inaction du défendeur ne peuvent avoir d'effet.

h) *Effets juridiques de l'admission de la RFY/Serbie à l'Organisation des Nations Unies en tant que nouvel Etat*

167. En l'absence de règle de succession automatique aux traités multilatéraux applicable dans la présente affaire, l'admission à l'Organisation des Nations Unies de la RFY/Serbie a inévitablement eu un effet sur le statut de celle-ci au regard de la convention sur le génocide en raison des circonstances particulières qui ont entouré cette admission. Il ne s'agissait

pas seulement d'une admission en tant que nouveau membre au sens ordinaire, mais d'une admission suivie par la détermination de la personnalité juridique de la RFY du point de vue de la dichotomie Etat continuateur/Etat successeur.

Cet élément est extrêmement pertinent en l'espèce. Si la RFY avait assuré la continuité de la personnalité juridique de la RSFY, elle aurait été partie à la convention sur le génocide sur la base du dépôt des instruments de ratification de la RSFY, sans réserve, le 25 août 1950. Le statut d'Etat successeur de la RFY place la question à un niveau juridique différent, comme le montrent les mesures prises par le Secrétaire général en sa qualité de dépositaire des traités multilatéraux (par. 173 et 176-178 ci-dessous).

168. A la fin de l'an 2000, la RFY a fait deux choses :

- a) elle a renoncé à sa revendication de continuité et accepté le statut d'Etat successeur de l'ex-RSFY ; et
- b) elle s'est placée sur un fondement juridique qualitativement nouveau — en qualité d'Etat successeur — et sur cette base a demandé à être admise à l'Organisation des Nations Unies.

169. L'Etat, en tant que concept du droit international, comprend deux éléments, c'est-à-dire qu'il a deux visages :

- a) la qualité d'Etat du point de vue des attributs pertinents tels qu'un territoire défini, une population stable et un pouvoir souverain ;
- b) la personnalité juridique, c'est-à-dire le statut d'un sujet de droit international pourvu d'un corpus de droits et d'obligations. La personnalité juridique de la RFY, à la lumière des circonstances pertinentes, peut avoir soit un caractère dérivé, être définie par inférence — sur la base de l'identité juridique et de la continuité avec la RSFY —, soit un caractère original inhérent — sur la base du statut de nouvel Etat.

170. En présentant sa demande d'admission à l'Organisation des Nations Unies, la RFY n'a pas seulement renoncé à sa revendication d'identité juridique et de continuité, mais a demandé dans le même temps à être acceptée comme un nouvel Etat doté d'une personnalité juridique différente de celle qu'elle revendiquait jusqu'à 2000 — un Etat successeur et non l'Etat continuateur de l'ex-RSFY.

171. L'admission de la RFY à l'Organisation des Nations Unies à compter du 1<sup>er</sup> novembre 2000 a aussi signifié qu'était acceptée sa demande d'être admise en tant que nouvel Etat ayant une personnalité internationale nouvelle, différente de la personnalité hybride et controversée qui avait été la sienne de 1992 à 2000. Cette demande a été acceptée au moyen d'une série d'accords collatéraux en forme simplifiée, ou d'accord collatéral général en forme simplifiée, entre la RFY d'une part et les Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies et l'Organisation elle-même de l'autre. L'objet de cette série d'accords collatéraux, ou de cet accord collatéral général ainsi que des déclarations expresses, était la reconnaissance de la RFY en tant que nouvelle personnalité, une personnalité d'Etat suc-

cesseur de l'ex-RSFY, et, à ce titre, son admission à l'organisation mondiale en tant que Membre. Ainsi, la RFY, bien qu'étant le «vieil Etat» du point de vue de sa qualité d'Etat, a été universellement reconnue comme un «nouvel Etat» du point de vue de sa personnalité juridique internationale. S'agissant de la RFY après 2000, son existence juridique en tant que nouvelle personnalité juridique internationale a commencé en novembre 2000 à partir de son admission à l'Organisation des Nations Unies.

172. En ce qui concerne la prétention de la RFY à être acceptée en tant qu'Etat successeur, les déclarations expresses ci-après sont pertinentes: les déclarations faites lors de l'admission de la RFY à l'Organisation des Nations Unies le 1<sup>er</sup> novembre 2000 par le Mouvement des pays non alignés; par l'Allemagne, au nom du Groupe des Etats d'Europe occidentale et autres Etats; par la France, au nom de l'Union européenne et des pays d'Europe centrale et orientale associés à l'Union européenne, de Chypre, de Malte et de la Turquie, Etats associés, des membres de l'AELE membres de l'Espace économique européen; et par la Croatie et la Slovénie. Voir également le document A/55/522-S/2000/1028 (lettre datée du 25 octobre 2000 adressée au Secrétaire général par le représentant permanent de l'ex-République yougoslave de Macédoine à l'Organisation des Nations Unies), contenant en annexe la déclaration commune adoptée lors du sommet officieux des chefs d'Etat et de gouvernement des pays participant au processus de coopération d'Europe du Sud-Est:

«Nous avons fortement encouragé la République fédérale de Yougoslavie à adopter une politique de bon voisinage, de réconciliation et de compréhension mutuelles dans la région et à respecter le principe de l'égalité et de la non-discrimination dans les relations entre tous les Etats ayant succédé à l'ex-Yougoslavie.» (Annexe de la lettre datée du 8 décembre 2000 adressée par le conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies au ministre des affaires étrangères de la République fédérative de Yougoslavie, annexe 23 des exceptions préliminaires de la RFY.)

i) *Pertinence de l'action du Secrétaire général/Secrétariat dans l'exercice de la fonction de dépositaire*

173. Bien que le Secrétaire général, en sa qualité de dépositaire de la convention sur le génocide, ne soit pas investi d'une compétence autonome sur le fond pour déterminer si la RFY était considérée, ou pouvait être considérée, comme remplissant les conditions requises pour être partie à la convention sur le génocide, ses actions ne sont pas *a priori* dénuées d'effets, comme pourrait le donner à penser le fait qu'elles n'ont pas du tout été prises en compte. S'il en était ainsi, ses fonctions de dépositaire des traités multilatéraux seraient dénuées de substance.

Dans la présente espèce, les mesures prises par le Secrétaire général en ce qui concerne la situation de la RFY au regard de la convention sur le génocide ont un caractère bien précis. Elles doivent être envisagées eu égard à la totalité des compétences du Secrétaire général en tant qu'il est

un des organes principaux de l'Organisation. Dans une affaire comme la présente affaire, les actions du Secrétaire général en ses qualités d'organe exécutif de l'Organisation et de dépositaire des traités multilatéraux, respectivement, sont inévitablement liées mais peuvent être distinguées.

174. Dans des affaires très proches de la présente espèce, la Cour a fait pleinement fond sur les déclarations du Secrétaire général, par exemple dans l'arrêt qu'elle a rendu à la phase des exceptions préliminaires (1996), lorsqu'elle a jugé, en ce qui concerne la sixième exception préliminaire de la RFY, que

«la Bosnie-Herzégovine pouvait devenir partie à la Convention par l'effet du mécanisme de la succession d'Etats. Du reste, le Secrétaire général des Nations Unies a considéré que tel avait été le cas.» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 611, par. 20.)

La Cour a aussi pris note de cette position du Secrétaire général dans son ordonnance du 8 avril 1993 (*C.I.J. Recueil 1993*, p. 16, par. 25).

175. Au paragraphe 44 du même arrêt, la Cour a rejeté la deuxième exception préliminaire de la RFY, selon laquelle M. Alija Izetbegović «[n'occupait] pas les fonctions de président de la République ... au moment où il a donné l'autorisation d'introduire l'instance» (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 621-622), et dans son raisonnement comme dans le texte de l'arrêt a pratiquement repris l'opinion que M. R. Zacklin, qui était alors l'adjoint du Secrétaire général adjoint chargé du Bureau des affaires juridiques, exprimait dans sa lettre adressée au Greffe de la Cour le 25 mars 1993. On peut lire dans cette lettre que, «[à] l'Organisation des Nations Unies et à la conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie, M. Izetbegović a été considéré et continue d'être considéré comme le président de la Bosnie-Herzégovine» (opinion dissidente de M. Kreća, juge *ad hoc*, *C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 704, par. 37). Cette conclusion figure aussi dans l'ordonnance de la Cour du 8 avril 1993 (*C.I.J. Recueil 1993*, p. 11, par. 13).

Ainsi, dans l'arrêt de 1996, la Cour a pris la décision susmentionnée sur la base de l'opinion d'un fonctionnaire de rang inférieur à celui de Secrétaire général, à propos d'une question qui concerne l'ordre constitutionnel de la Bosnie-Herzégovine, dans lequel il n'y a pas un chef d'Etat unique mais une présidence collective.

176. A la suite de l'admission de la RFY à l'Organisation des Nations Unies le 1<sup>er</sup> novembre 2000, le conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies a, le 8 décembre 2000, adressé au ministre des affaires étrangères de la RFY une lettre dans laquelle il déclarait notamment que «la République fédérative de Yougoslavie devrait à présent accomplir toute formalité conventionnelle qui s'imposerait en ce qui concerne les traités considérés, si son intention est d'assumer les droits et obligations juridiques pertinents en tant qu'Etat successeur».

177. Cette position était exposée en détail dans le document interne émanant du conseiller juridique de l'ONU intitulé «Admission de la République fédérale de Yougoslavie à l'Organisation des Nations Unies le 1<sup>er</sup> novembre 2000: conséquences pour les traités déposés auprès du Secrétaire général». Il y est tout d'abord constaté ce qui suit:

«1.3. Cette admission a soulevé un certain nombre de problèmes concernant les formalités conventionnelles accomplies par la RFY eu égard aux traités multilatéraux dont le Secrétaire général avait accepté le dépôt et qui avaient été enregistrées à l'actif de la «Yougoslavie»;

2.1. Quatre grandes catégories de formalités conventionnelles sont à considérer:

- a) celles que la RFSY a accomplies avant le 27 avril 1992 (annexe A);
- b) celles que la RFY a accomplies entre le 27 avril et le 1<sup>er</sup> novembre 2000, en tant que continuatrice de la personnalité juridique de la RFSY conformément à sa revendication antérieure (annexe B);
- c) celles que la RFY a accomplies en sa qualité propre, et non en rapport avec des formalités accomplies antérieurement par la RFSY (annexe C); et
- d) celles, accomplies par la RFY, pour lesquelles il est impératif que celle-ci ait la qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies ou de l'une de ses institutions spécialisées (annexe D). Les formalités conventionnelles concernant la Cour internationale de Justice et la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé font l'objet d'un examen distinct (voir par. 8 et 9 ci-dessous).

4.1. Compte tenu des circonstances de son admission comme Membre de l'Organisation des Nations Unies le 1<sup>er</sup> novembre 2000, il conviendrait que la République fédérale de Yougoslavie soit considérée comme un Etat nouvellement indépendant par le depositaire des traités.

4.2. *La communauté internationale semble convenir que l'admission de la RFY comme Membre de l'Organisation des Nations Unies le 1<sup>er</sup> novembre 2000 ainsi que sa déclaration en font un Etat successeur tenu de respecter le principe de l'égalité entre les Etats successeurs de l'ancienne RFSY ... En conséquence, la RFY devrait être considérée comme un nouvel Etat ainsi que le prévoit le Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que depositaire de traités multilatéraux (ST/LEG/7/Rev.1, p. 87, par. 289).*

4.3. *[L]a RFY en tant que nouvel Etat créé le 27 avril 1992 voudra sans doute succéder aux formalités conventionnelles accomplies avant cette date par la RFSY. Cela concernerait notamment les traités auxquels la RFSY était partie.» (Annexe 23 des exceptions pré-*

liminaires de la République fédérative de Yougoslavie, 2002; les italiques sont de moi.)

178. La décision même d'admettre, sur la recommandation du Conseil de sécurité, la RFY à l'Organisation des Nations Unies non seulement comme nouveau Membre mais aussi comme Etat successeur implique nécessairement que, selon l'Assemblée générale, la RFY remplissait les conditions requises pour devenir partie à la convention sur le génocide. Car, comme l'a déclaré le Secrétaire général Kofi Annan dans la lettre qu'il a adressée le 27 décembre 2001 au président de l'Assemblée générale des Nations Unies :

«J'ai l'honneur de me référer à la résolution 55/12 de l'Assemblée générale en date du 1<sup>er</sup> novembre 2000, par laquelle l'Assemblée a décidé d'admettre la République fédérale de Yougoslavie à l'Organisation des Nations Unies. Cette décision a mis fin *ipso facto* à la qualité de Membre de l'Organisation de l'*ex*-Yougoslavie, qui avait été admise en 1945.» (Nations Unies, doc. A/56/767; les italiques sont de moi.)

Cette déclaration émane à l'évidence du Secrétaire général en sa qualité d'organe exécutif de l'Organisation. Bien que loin d'être cohérente du point de vue juridique, elle résulte sans aucun doute de la décision prise par les principaux organes politiques de l'Organisation — l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité — en ce qui concerne l'admission d'un Etat à l'Organisation des Nations Unies, qui relève de leur compétence exclusive. (Cette interprétation a été également défendue par la doctrine. Dans un article intitulé «The new United Nations and former Yugoslavia», M<sup>me</sup> Rosalyn Higgins a écrit ce qui suit :

«L'Assemblée a bien recommandé que la *nouvelle République fédérale (Serbie-Monténégro) demande à être admise à l'Organisation des Nations Unies*. Mais cette résolution n'a pas suspendu l'*appartenance* de la Yougoslavie à l'ONU, et n'y a pas non plus mis fin. Ce résultat était extrêmement anormal. Le siège et le nom demeurent les mêmes. Le vieux drapeau yougoslave continue de flotter sur la 42<sup>e</sup> rue. «*La Yougoslavie*» demeure Membre de l'ONU, *c'est-à-dire pas la Serbie-Monténégro, mais la Yougoslavie dans son ensemble.*» (*Op. cit.*, p. 479; les italiques sont de moi.)

Cela signifie nécessairement, comme l'a fait observer le conseiller juridique de l'ONU dans le document informel susvisé intitulé «Admission de la République fédérale de Yougoslavie à l'Organisation des Nations Unies le 1<sup>er</sup> novembre 2000: conséquences pour les traités déposés auprès du Secrétaire général», que «la RFY, en tant que nouvel Etat créé le 27 avril 1992, *voudra sans doute succéder aux formalités conventionnelles accomplies avant cette date par la RSFY*» (les italiques sont de moi). En ce qui concerne la convention sur le génocide, la RSFY a accompli une formalité conventionnelle le 29 août 1950 sous la forme d'une ratification en application de l'article XI de la Convention.



179. Dans ces conditions, le défendeur était pleinement habilité à exprimer son consentement à être lié par la convention sur le génocide en y accédant comme un certain nombre d'autres Etats successeurs (note 11).

Le droit d'un Etat successeur d'accéder à un traité comme la convention sur le génocide dérive de la nature même de celle-ci, qui est un traité international de caractère général exprimant les intérêts de la communauté internationale dans son ensemble. Comme la Cour l'a déclaré dans l'avis consultatif qu'elle a rendu dans l'affaire des *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, «[d]ans une telle convention, les Etats contractants n'ont pas d'intérêts propres; ils ont seulement, tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention» (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 23). Ce caractère de la convention sur le génocide implique

«chez l'Assemblée générale et chez les Etats qui l'ont adoptée l'intention d'y voir participer le plus grand nombre possible d'Etats. L'exclusion complète de la Convention d'un ou de plusieurs Etats, outre qu'elle restreindrait le cercle de son application, serait une atteinte à l'autorité des principes de morale et d'humanité qui sont à sa base.» (*Ibid.*, p. 24.)

180. L'adhésion d'un Etat à la Convention semble donc répondre à l'impératif d'une participation aussi large que possible à la Convention. Il en est ainsi quelle que soit la nature de l'adhésion aux traités multilatéraux exprimant les intérêts de la communauté internationale dans son ensemble dans le cadre du droit positif.)

En ce qui concerne ces traités, le droit d'adhésion doit être considéré comme une règle du *jus cogens*. En réalité, l'exercice de ce droit, eu égard aux effets des dispositions de fond des traités en question, a des effets constitutifs uniquement en ce qui concerne les autres dispositions.

181. L'adhésion du défendeur à la convention sur le génocide est par certains côtés inhabituelle. La notification d'adhésion proprement dite est assortie d'une explication de la situation juridique de la RFY du point de vue de la dichotomie Etat continuateur/Etat successeur et de ses conséquences pour le statut de la RFY au regard de la convention sur le génocide.

Il est tout d'abord relevé dans cette explication que la RFY a déclaré ce qui suit le 27 avril 1992:

«en assurant la continuité de l'Etat et de la personnalité juridique et politique internationale de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, [elle] respectera strictement tous les engagements que la République fédérative socialiste de Yougoslavie a pris à l'échelon international» (notification d'adhésion de la RFY, exceptions préliminaires de la Serbie, annexe 5).

Il y est en outre précisé que

«cette prétention et ce postulat de continuité n'ont finalement été

acceptés ni par l'Organisation des Nations Unies, ni par les autres Etats successeurs de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, et sont donc restés sans effet» (notification d'adhésion de la RFY, exceptions préliminaires de la Serbie, annexe 5).

Il y est enfin indiqué que

«il est maintenant établi que la République fédérale de Yougoslavie n'a pas succédé le 27 avril 1992, ni à aucune autre date ultérieure, à la République fédérative socialiste de Yougoslavie en sa qualité de partie à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et dans ses droits et obligations découlant de cette convention conformément au postulat selon lequel elle lui succédait en qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies et assurait la continuité de l'Etat et de la personnalité juridique et politique internationale de la République fédérative socialiste de Yougoslavie» (*ibid.*).

Quelques observations semblent s'imposer *in concreto*:

Premièrement, cette explication fait partie intégrante de la notification d'adhésion de la RFY à la convention sur le génocide, car elle est logiquement et juridiquement liée à la déclaration d'adhésion;

Deuxièmement, cette explication correspond en substance à la position juridique objective de la RFY telle qu'établie par l'admission de celle-ci à l'Organisation des Nations Unies le 1<sup>er</sup> novembre 2000;

Troisièmement, cette explication correspond en substance à la décision prise par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies en sa qualité de dépositaire des traités multilatéraux;

Quatrièmement, la notification d'adhésion de la RFY est généralement acceptée par les parties contractantes à la convention sur le génocide, à trois exceptions près (objections de la Croatie, de la Suède et de la Bosnie-Herzégovine): elle a été acceptée dans son ensemble, avec l'explication fournie.

182. L'adhésion est un moyen valide pour un Etat d'exprimer son consentement à être lié par un traité au regard du droit des traités, et elle est en outre expressément prévue à l'article XI de la convention sur le génocide.

Etant donné que la succession automatique aux traités ne fait pas partie du droit international positif, les Etats successeurs sont libres, agissant en leur nom propre en ce qui concerne les traités multilatéraux des Etats prédécesseurs, de choisir parmi les moyens prévus par un traité comment exprimer leur consentement à être liés par ce traité. Cela étant, il n'y a pas de différence quant au fond entre l'adhésion et la notification de succession telle que celle-ci s'est constituée dans la pratique des Etats successeurs. Car, agissant en son nom propre, l'Etat successeur, dans sa notification de succession, décide également de la date à compter de laquelle il se considère comme lié par le traité en cause, une date qui ne doit pas nécessairement correspondre à celle de la succession (par. 148 ci-dessus).

183. L'article XI de la convention sur le génocide dispose que :

«[L]a présente convention sera ouverte jusqu'au 31 décembre 1949 à la signature au nom de tout Membre de l'Organisation des Nations Unies et de tout Etat non membre à qui l'Assemblée générale aura adressé une invitation à cet effet.

La présente convention sera ratifiée et les instruments de ratification seront déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

A partir du 1<sup>er</sup> janvier 1950, il pourra être adhéré à la présente convention au nom de tout Membre de l'Organisation des Nations Unies et de tout Etat non membre qui aura reçu l'invitation susmentionnée.

Les instruments d'adhésion seront déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.» (Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 78, 1951; notes de bas de page omises.)

Il semble que l'adhésion ne soit pas seulement établie comme moyen d'expression du consentement à être lié par la Convention, mais que c'est un moyen spécifiquement conçu pour les Etats qui n'étaient pas parmi les parties contractantes originaires, c'est-à-dire pour ceux qui consentent à être liés par la Convention après le 1<sup>er</sup> janvier 1950.

184. Demeure donc la question de savoir si les dispositions de l'article XI de la Convention sont également applicables aux Etats successeurs. L'article XI ne contient aucune indication, et encore moins une disposition expresse, à l'effet que l'adhésion, comme moyen d'exprimer son consentement à être lié par la Convention, n'est pas ouverte aux Etats successeurs. Il n'existe pas de limitation correspondante dans le droit de la succession en matière de traités non plus. De plus, les règles pertinentes du droit de la succession semblent indiquer tout à fait le contraire, en accordant à l'Etat successeur un droit d'option à cet égard. Car, si un Etat successeur a, selon l'article 17 de la Convention, le droit de choisir de devenir partie à des traités multilatéraux «indépendamment du consentement des autres parties aux traités et *en faisant absolument abstraction des clauses finales du traité*» (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1974, vol. II (première partie), p. 215, par. 2; les italiques sont de moi), ce droit appartient *a fortiori* à un Etat successeur s'il est prévu dans le traité.

185. Il n'a été tenu aucun compte de la réserve de la RFY à l'article IX de la Convention, alors qu'elle revêt, au regard des règles pertinentes du droit des traités, une importance considérable en ce qui concerne la compétence de la Cour en l'espèce. La RFY a adressé une notification d'adhésion au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies en sa qualité de dépositaire le 6 mars 2001, qui contient une réserve à l'article IX de la Convention ainsi libellée :

«La RFY ne se considère pas liée par l'article IX de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide: c'est pour-

quoi, pour qu'un différend auquel la RFY est partie puisse être valablement soumis à la Cour internationale de Justice en vertu dudit article, le consentement spécifique et exprès de la RFY est nécessaire dans chaque cas.» (Nations Unies, doc. C.N.945.2006. TREATIES-2 (notification dépositaire).)

Dans une note datée du 21 mars 2001, le Secrétaire général a notamment indiqué «qu'il a été dûment pris note de la réserve figurant dans l'instrument» (*ibid.*).

Le 18 mai 2001, le représentant permanent de la Croatie a adressé au Secrétaire général une communication dans laquelle il déclarait notamment:

«Le Gouvernement de la République de Croatie formule une objection contre le dépôt de l'instrument d'adhésion de la République fédérale de Yougoslavie à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide au motif que la République fédérale de Yougoslavie est déjà liée par la Convention depuis qu'elle est devenue l'un des cinq Etats successeurs égaux de l'ex-République socialiste fédérative de Yougoslavie.

. . . . .

Le Gouvernement de la République de Croatie fait en outre une objection à la réserve formulée par la République fédérale de Yougoslavie à l'égard de l'article IX de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et considère que cette réserve est incompatible avec l'objet et le but de la Convention. Le Gouvernement de la République de Croatie considère que la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide est pleinement en vigueur et applicable entre la République de Croatie et la République fédérale de Yougoslavie, y compris son article IX.» (*Traité multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général, état au 31 décembre 2002*, Nations Unies, doc. ST/LEG/SER.E/21, p. 129.)

186. Ainsi, l'objection de la Croatie est double en ce qu'elle vise:

- i) l'adhésion comme moyen d'exprimer le consentement de la RFY à être liée par la convention sur le génocide; et
- ii) la réserve de la RFY à l'article IX de la Convention.

*In concreto*, l'objection à la réserve concernant l'article IX est intéressante, si l'on songe que la Croatie considère que «la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide est pleinement en vigueur et applicable entre la République de Croatie et la République fédérale de Yougoslavie, y compris son article IX».

A cet égard, il semble clair que l'objection à l'article IX, étayée par le fait que la Croatie n'est pas opposée à l'entrée en vigueur de la Convention entre elle-même et le défendeur, rend le paragraphe 3

de l'article 21 de la convention sur le droit des traités automatiquement applicable :

«Lorsqu'un Etat qui a formulé une objection à une réserve ne s'est pas opposé à l'entrée en vigueur du traité entre lui-même et l'Etat auteur de la réserve, les dispositions sur lesquelles porte la réserve ne s'appliquent pas entre les deux Etats, dans la mesure prévue par la réserve.»

187. Les mesures prises par le Secrétaire général par l'intermédiaire du conseiller juridique en ce qui concerne les traités multilatéraux dont il est le dépositaire, y compris la convention sur le génocide, sont de nature essentiellement administrative; elles constituent en quelque sorte un rappel des conséquences nécessaires découlant du fait que, par son admission, la RFY était en même temps acceptée et reconnue, implicitement et expressément, comme une nouvelle personnalité tant par l'Organisation elle-même que par ses Etats Membres (par. 167-173 ci-dessus), et ce à l'échelle de l'Organisation dans son ensemble. Cette action correspond donc parfaitement à la fonction de dépositaire au sens de l'alinéa *e*) du paragraphe 1 de l'article 77 de la convention de Vienne sur le droit des traités, qui consiste à «[i]nformer les parties au traité et les Etats ayant qualité pour le devenir des actes, notifications et communications relatifs au traité» (Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1155).

### 3. *Exception préliminaire à la compétence de la Cour et à la recevabilité ratione temporis*

188. Cette exception du défendeur est considérée par la majorité «à la fois comme une exception d'incompétence et comme une exception d'irrecevabilité des demandes» (arrêt, par. 120), donc comme soulevant, «en la présente affaire, deux questions indissociables» (*ibid.*, par. 129).

L'innovation que représente un tel traitement des questions d'étendue de la compétence de la Cour *ratione temporis* et de recevabilité des demandes s'accompagne d'un raisonnement contradictoire. En effet, si la caractéristique d'une exception à la compétence est que, «lorsqu'elle est retenue, [elle] a pour effet de mettre fin à la procédure en ce qui concerne la demande visée» (*ibid.*, par. 120) et si une exception à la recevabilité, comme la Cour le relève en renvoyant à l'affaire des *Plates-formes pétrolières*, «[n]ormalement, ... consiste à affirmer que, quand bien même la Cour serait compétente et les faits exposés par l'Etat demandeur seraient tenus pour exacts» (*ibid.*), elle refuse néanmoins de connaître de l'affaire, on voit mal comment ces deux exceptions peuvent être considérées comme indissociables. Car, si l'exception à la compétence concerne l'existence de la compétence de la Cour en l'espèce, l'exception à la recevabilité, telle qu'acceptée par la majorité, a trait à l'exercice de la compétence qui est établie.

189. Il est exact que le défendeur a formulé cette exception au sens où «les demandes fondées sur les agissements et les omissions antérieurs au

27 avril 1992 ne relèvent pas de la compétence de la Cour et sont irrecevables» (CR 2008/12, p. 68). Il est toutefois également exact que c'est à une partie au différend, en l'espèce au défendeur, de *présenter* son ou ses exceptions à la compétence, et que c'est à la Cour de statuer sur la base des conclusions finales et, si nécessaire, d'autres éléments pertinents, sur le sens véritable de l'exception à sa compétence. Il ne s'agit pas d'une question liée au pouvoir de la Cour de «se substituer [aux Parties] pour en formuler de nouvelles sur la base des seules thèses avancées et faits allégués» (C.P.J.I. série A n° 7, p. 35)» (*Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 466, par. 30), mais d'une question juridique qui doit être tranchée objectivement.

Il semble, d'après le libellé de cette exception de la RFY, de même que d'après les raisons avancées par celle-ci, qu'il s'agit plutôt d'une exception à l'étendue de la compétence *ratione temporis*, tandis que celle qui concerne la recevabilité pourrait être une exception subsidiaire.

190. Il apparaît que la majorité ne tient pas dûment compte de ce fait, auquel tout raisonnement juridique devrait déférer, étant donné qu'il exprime la loi d'airain de la logique et le bon sens lui-même, à savoir que toute personne juridique, y compris un Etat, peut voir sa responsabilité engagée ou faire l'objet d'une procédure judiciaire uniquement s'il existe et pendant qu'il existe. *In concreto*, il semble évident que la Cour a peut-être compétence à partir du 27 avril 1992 seulement, la date à laquelle le défendeur a été constitué en personne juridique au regard du droit international — pour les actes ou omissions qui peuvent lui être attribués.

Dans les articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (annexés à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001), le terme «Etat» a un sens clair et précis. Il ne s'agit assurément pas d'un Etat au sens abstrait ou métaphysique, mais d'un Etat réel, un Etat qui existe. Seul un Etat qui existe et est lié par une obligation internationale peut commettre un fait internationalement illicite qui engage sa responsabilité internationale. Il en va de même, *mutatis mutandi*, du terme «Etat» ou «partie» utilisé dans le Statut et le Règlement de la Cour. La compétence de la Cour, que ce soit *stricto* ou *lato sensu*, ne peut être établie à l'égard d'un Etat inexistant.

191. Dans le droit de la responsabilité de l'Etat, la seule exception à cette règle de la logique est le mécanisme de succession en matière de traités relatifs à la responsabilité délictuelle. Le demandeur renvoie à la règle énoncée au paragraphe 2 de l'article 10 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat, selon laquelle «[l]e comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre qui parvient à créer un nouvel Etat ... est considéré comme un fait de ce nouvel Etat d'après le droit international» (arrêt, par. 125).

192. Deux observations semblent pertinentes à cet égard :

Premièrement, le mécanisme de succession en matière de responsabilité délictuelle ne fait pas partie de la *lex lata*;

Deuxièmement, cette affirmation particulière du demandeur semble

manifestement absurde car totalement contraire au sens commun et à des considérations juridiques extrêmement convaincantes. L'affirmation selon laquelle la RFY — laquelle est, en fait, la partie de la RSFY qui a subsisté après les sécessions successives des quatre ex-entités fédérales, y compris la Croatie, et dont la situation juridique du point de vue de l'identité juridique et de la continuité avec la RSFY a fait l'objet de très vifs débats politiques et juridiques au sein de la communauté internationale — a vu le jour parce qu'un mouvement insurrectionnel est parvenu à créer un Etat ne peut guère être qualifiée autrement. Par ailleurs, ce «mouvement insurrectionnel» est devenu le plus jeune Etat successeur sur le territoire de l'ex-RSFY, à la suite des quatre sécessions successives des ex-républiques yougoslaves, mettant fin au processus de dissolution.

Il semble que cette affirmation relève de la stratégie judiciaire du demandeur. Selon la majorité, pour trancher les questions que soulève l'affirmation du demandeur relative au caractère insurrectionnel de la RFY, il faudrait «se livrer à un examen des points de fait relatifs aux événements qui ont conduit à la dissolution de la RSFY et à la création de la RFY» (arrêt, par. 127). Il semble toutefois que l'examen des questions de fait pertinentes *in concreto* ne suffit pas pour décider que cette exception particulière du défendeur n'a pas exclusivement un caractère préliminaire.

193. La question de la dissolution de la RSFY est une question mélangée, à la fois une *questio juris* et une *questio facti*, puisqu'elle concerne les principes du droit international servant à définir les conditions dans lesquelles une entité constitue un Etat ou disparaît en tant qu'Etat. En ce qui concerne l'aspect factuel de la dissolution de la RSFY, les faits pertinents ont été clairement établis par la Commission d'arbitrage et acceptés par la communauté internationale ainsi que par les Etats successeurs de la RSFY.

Selon l'avis n° 1 de la Commission d'arbitrage (*International Legal Materials*, vol. 31, novembre 1992, p. 1496), lorsque «la volonté d'indépendance des républiques [plus précisément la Slovénie, la Croatie, la Bosnie-Herzégovine et la Macédoine] s'est exprimée», la «composition et le fonctionnement des organes essentiels de la Fédération ... ne satisfont plus aux exigences de participation et de représentativité inhérentes à un Etat fédéral» et, en conséquence, «la République socialiste fédérative de Yougoslavie est engagée dans un processus de dissolution». Ce processus s'est achevé — comme l'a constaté la Commission dans son avis n° 8 (*ibid.*, p. 1523), adopté sur la question posée le 18 mai 1992 par lord Carlington — avec la création de la République fédérale de Yougoslavie en tant que nouvel Etat qui, le 27 avril 1992, a adopté une nouvelle Constitution (92 *International Law Reports (ILR)* 167). Ainsi, ces faits étaient établis et acceptés, aucun examen spécial n'était même nécessaire et il fallait simplement en tenir compte ou en prendre acte.

Enfin, même si ces faits auraient dû faire l'objet d'un examen, à l'évidence ils n'étaient pas de nature à constituer un obstacle. En tant que telles, ces questions «ne [peuvent] être dissociées du fond. Il arrive sou-

vent qu'une décision sur la compétence doive aborder le fond ou du moins comporter un certain examen au fond.» (*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI, arrêt, C.I.J. Recueil 1972, p. 56, par. 18 c.*) On pourrait dire qu'elles touchent

«à un point de fond, mais ... à titre provisoire et dans la mesure nécessaire pour décider la question soulevée par l'exception. Toute déclaration sur le point de fond constitue donc simplement un motif de la décision sur l'exception et non l'objet de celle-ci.» (*Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966, p. 37, par. 59.*)

194. L'extension du champ de la compétence de la Cour *ratione temporis* aux événements qui se sont produits avant le 27 avril 1992 a radicalement modifié la qualification de l'affaire du point de vue de la responsabilité. Comme avant le 27 avril 1992 le défendeur n'existait pas en tant qu'Etat, l'extension du champ de la compétence de la Cour *ratione temporis* peut signifier deux choses:

- i) que l'action en responsabilité visait un Etat défunt, inexistant; ou
- ii) que, même à supposer qu'il existe une règle de droit international positif concernant la succession en matière de responsabilité délictuelle, l'action en responsabilité du demandeur, outre l'aspect de la question touchant la compétence, représente en fait une action en responsabilité solidaire et conjointe visant la Serbie et le Monténégro, auxquels il faudrait ajouter, selon le moment où se sont produits les événements allégués par le demandeur dans son mémoire, la Bosnie-Herzégovine et la Macédoine ou la Macédoine seule, en leur qualité d'Etats successeurs présents dans le territoire réduit qui constituait la RSFY à l'époque.

*4. Exception préliminaire à la recevabilité des demandes relatives à la traduction de certaines personnes en justice, la communication de renseignements sur les citoyens croates portés disparus et la restitution de biens culturels*

195. Etant donné la conception inhabituelle de la compétence de la Cour *ratione personae* et *materiae* (par. 18-20 ci-dessus), cette exception particulière demeure simplement une «exception préliminaire» et est traitée comme telle.

En fait, les trois questions visées dans cette exception sont par excellence des questions touchant à la compétence *ratione materiae* de la Cour, qu'il conviendrait d'apprécier en cherchant à établir s'il existe entre les parties un différend relevant du champ d'application de l'article IX de la convention sur le génocide. Cet article se lit comme suit:

«Les différends entre les Parties contractantes relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente convention, y com-



pris ceux relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III, seront soumis à la Cour internationale de Justice, à la requête d'une partie au différend.»

196. En ce qui concerne la traduction de certaines personnes en justice, il est évidemment essentiel que certaines conditions soient remplies pour que le différend sur ce point puisse être considéré comme relevant de l'article IX de la Convention. Premièrement, il faut que les personnes accusées de génocide ou de tous autres actes visés à l'article III de la Convention aient été précisément identifiées selon la procédure régulière prévue par le droit du TPIY. De plus, il faut qu'il soit établi que les personnes accusées par le procureur du TPIY d'actes de génocide commis en Croatie se trouvent sur le territoire du défendeur ou sur un territoire sous son contrôle. Enfin, il faut que le demandeur n'ait pas pris de mesures effectives pour remettre ces personnes au TPIY, qui a qualité de «cour criminelle internationale ... compétente» au sens de l'article VI de la Convention. Il semble qu'aucune de ces conditions n'ait été satisfaite.

197. Il est de notoriété publique que pas un seul national du défendeur n'a été accusé de génocide ni d'autres actes visés à l'article III de la Convention, commis sur le territoire de la Croatie. (S'agissant de la partie de la conclusion concernant l'ancien président Milosević, elle est non seulement caduque mais elle implique sous sa forme actuelle l'existence d'une sorte d'*actio popularis*, ce qui manifestement est tout à fait erroné (voir *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud)*, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966, p. 47, par. 88).)

C'est dans ce sens que le demandeur a invoqué la convention sur le génocide, puisqu'il vise la traduction en justice «devant l'autorité judiciaire compétente» (mémoire, conclusion 2 a)) et non la «cour criminelle internationale» aux termes de l'article VI de la Convention.

Ainsi, c'est uniquement en cas d'accumulation de certains éléments du différend en ce qui concerne la «traduction de certaines personnes en justice» au sens de la convention sur le génocide que la Cour serait compétente *ratione materiae*.

Le demandeur songeait probablement à la traduction en justice devant ses tribunaux pénaux nationaux de certaines personnes accusées de génocide par ses organes, des accusations qui ne sont pas confirmées par le procureur du TPIY ni par celui-ci. Si tel est le cas, la conclusion du demandeur concerne davantage l'application des règles conventionnelles en vigueur entre la Croatie et la Serbie sur l'entraide judiciaire en matière pénale.

198. Il est toutefois exact que lors de la procédure orale le conseil de la Croatie a, entre autres, également mentionné le TPIY lorsqu'il a déclaré: «les personnes, en Serbie, sur lesquelles pèse de manière certaine une présomption d'avoir commis des actes de génocide en Croatie peuvent néanmoins être traduites en justice devant le TPIY — il s'agit là d'un tri-

bunal —, et la Serbie aurait toujours, dans de telles circonstances, des obligations à honorer» (CR 2008/13, p. 35 (Crawford); les italiques sont de moi). En fait, le défendeur supposait qu'un certain nombre de personnes ainsi accusées se trouvaient en Serbie (CR 2008/10, p. 15 (Šimonović)).

Par cette mention qui est faite du TPIY, un lien est présomptivement établi entre la question et la convention sur le génocide. Ce lien a toutefois une nature hypothétique et, en tant que tel, ne relève pas de la compétence de la Cour. Sur ce point particulier, en fait, il n'existe pas de différend réel et effectif, condition préalable à l'exercice de la fonction judiciaire de la Cour, mais un différend hypothétique.

En effet, le différend entre les parties est une chose, le différend devant la Cour en est une autre. Qu'affirme donc le requérant? D'une part, qu'il existe une *présomption* que les personnes accusées d'actes de génocide par les autorités croates résident en Serbie et, de l'autre, que ces personnes, qui résident *peut-être* en Serbie, *pourraient peut-être* être accusées dans le cadre d'une procédure régulière devant le TPIY, qui a qualité de cour criminelle internationale compétente, ce qui *pourrait* activer l'obligation de la Serbie de coopérer avec le TPIY. Le défendeur rejette cette prétention, avançant des arguments qui semblent pertinents.

199. Il est donc incontestable qu'il y a des opinions clairement opposées, un désaccord au sujet de la conclusion de la Croatie. Mais un tel désaccord ne suffit pas pour faire du différend porté devant la Cour un différend qui relève de la compétence de celle-ci *in casu*.

Ce différend est en effet de nature abstraite et hypothétique, car la conclusion du demandeur est assujettie aux trois conditions suivantes:

- a) que les personnes accusées de génocide par les autorités croates résident sur le territoire de la Serbie;
- b) que le TPIY mette ces personnes en accusation; et
- c) que la Serbie, expressément ou tacitement, refuse de coopérer avec le TPIY.

200. Il apparaît ainsi qu'en fait il n'y a pas de différend entre les Parties au sens de la définition bien connue formulée dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*. Selon cette définition, un différend est «un désaccord sur un point de droit ou de fait, ou une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes» (*arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2*, p. 11).

Fondamentalement, les Parties ne s'opposent pas sur un point de droit, parce que le défendeur ne nie pas l'obligation de coopérer avec le TPIY au sens de l'article VI de la Convention. Pour sa part, le demandeur ne nie pas qu'aucun national du défendeur n'a été accusé par le TPIY du crime de génocide qui aurait été commis sur le territoire de la Croatie.

C'est pourquoi ce qui demeure un sujet possible de désaccord devant la Cour est un désaccord sur un point de fait. Toutefois, *in concreto*, il n'y a pas en l'occurrence de «fait», c'est-à-dire une chose qui arrive ou qui

est arrivée. Ce à quoi la Cour est en réalité confrontée n'est pas un «fait» mais un fait présumé ou hypothétique. Or il ne relève pas de la fonction judiciaire de la Cour, pour des raisons juridiques puissantes, de connaître de faits présumés ou hypothétiques. Ainsi que la Cour l'a déclaré dans l'affaire concernant le *Cameroun septentrional*:

«La fonction de la Cour est de dire le droit, mais elle ne peut rendre des arrêts qu'à l'occasion de cas concrets dans lesquels il existe, au moment du jugement, *un litige réel* impliquant un conflit d'intérêts juridiques entre les parties. *L'arrêt de la Cour doit avoir des conséquences pratiques* en ce sens qu'il doit pouvoir affecter les droits ou obligations juridiques existants des parties, dissipant ainsi toute incertitude dans leurs relations juridiques.» (*Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1963, p. 33-34.*)

Il serait incompatible avec la fonction judiciaire de la Cour que celle-ci rende des arrêts dépendant de l'existence de faits ou de situations invoqués par une partie.

201. La conclusion de la majorité concernant l'obligation de poursuivre et de punir, selon laquelle «ces questions relèvent clairement de l'interprétation ou de l'application de la convention sur le génocide» (arrêt, par. 136), semble correcte mais abstraite, car elle n'est pas suivie par une *conclusio* appropriée. La convention sur le génocide n'énonce pas le principe de la répression universelle. Les Etats sont «tenus de punir les personnes accusées d'avoir commis des actes relevant de la Convention pour autant que ces actes aient été commis sur leur territoire» (N. Robinson, *The Genocide Convention, its Origins and Interpretation*, 1949, p. 31).

Dans son arrêt dans l'affaire de la *Bosnie*, la Cour a clairement déclaré ce qui suit:

«Quand bien même le droit interne de la Serbie attribuerait compétence aux tribunaux répressifs de cet Etat pour juger les personnes concernées, et même dans la mesure où un tel jugement serait compatible avec les autres obligations internationales de la Serbie, notamment son obligation de coopération avec le TPIY, sur laquelle la Cour reviendra ci-après, on ne saurait déduire de l'article VI précité une obligation de traduire devant les tribunaux de la Serbie les auteurs du génocide de Srebrenica. L'article VI n'oblige les Etats contractants qu'à instituer et exercer une compétence pénale territoriale; s'il n'interdit certes pas aux Etats de conférer à leurs tribunaux pénaux, en matière de génocide, une compétence fondée sur d'autres critères que le lieu de commission du crime compatibles avec le droit international, en particulier la nationalité de l'accusé, il ne leur impose pas d'agir ainsi.» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 226-227, par. 442.*)

L'idée qui sous-tend la conclusion de la majorité semble être que, si

une personne accusée par un Etat A d'actes de génocide commis sur son territoire est découverte sur le territoire d'un Etat B partie à la convention sur le génocide, ce dernier sera tenu de coopérer à l'arrestation et l'extradition de la personne en cause. Cette interprétation semble erronée pour deux raisons principales :

Premièrement, l'obligation de coopérer énoncée dans la Convention est limitée à la coopération avec les cours criminelles internationales (art. VI de la Convention) ;

Deuxièmement, elle va à l'encontre du principe général du droit pénal international à cet égard — *aut dedere, aut punire*. L'obligation d'extraire ne peut être établie que sur la base d'un traité, bilatéral ou multilatéral, d'entraide judiciaire en matière pénale !

202. On ne voit absolument pas comment le différend sur l'information relative aux personnes disparues relève de la compétence de la Cour *ratione materiae* en vertu de la convention sur le génocide. La Convention n'envisage pas de coopération à cet égard entre les parties contractantes. Dans le cas concret qui nous occupe, ce sont les instruments conventionnels bilatéraux qui sont en cause, et il s'agit donc d'un différend relatif à leur respect.

203. Le raisonnement de la majorité en ce qui concerne la restitution de biens culturels (conclusion 2 *c*) n'est pas semble-t-il en harmonie avec sa *conclusio*. Si la majorité « ne voit pas de raison de s'écarter de la conclusion qu'elle a précédemment formulée quant à la question générale d'interprétation de la Convention sur ce point » (arrêt, par. 141), on voit mal comment elle en arrive à sa conclusion selon laquelle l'exception soulevée par la Serbie n'a pas un caractère exclusivement préliminaire.

Dans l'affaire de la *Bosnie*, la Cour a notamment jugé que la destruction délibérée du patrimoine historique, culturel et religieux « ne peut pas être considérée comme un acte de génocide au sens de l'article II de la convention sur le génocide » (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 185-186, par. 344). Cette conclusion est *a fortiori* valide en ce qui concerne la saisie de biens culturels. S'il en est ainsi, le différend concernant la restitution de biens culturels ne peut être considéré comme relevant de la compétence *ratione materiae* de la Cour sur la base de l'article IX de la Convention, qui conçoit le génocide comme la destruction physique ou biologique du groupe considéré.

204. L'observation de la majorité selon laquelle la demande de la Croatie porte sur « les éléments de fait en litige » (arrêt, par. 143) semble dénuée de pertinence puisqu'en droit le génocide dit « culturel » ne relève pas du champ d'application de la convention sur le génocide.

La majorité juge que les deux exceptions du défendeur n'ont pas un caractère exclusivement préliminaire au motif qu'elles soulèvent des questions de fait en litige qu'il serait inapproprié d'examiner lors de la présente phase de la procédure.

A cet égard, il semble évident que les questions de fait en litige qui se

posaient dans des affaires étroitement liées à la présente espèce ont été traitées différemment. Je songe au traitement réservé aux faits contestés dans l'ordonnance du 8 avril 1993 (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1993, p. 25), suivie par l'ordonnance du 13 septembre 1993 (*ibid.*, p. 349-350), ainsi que par les ordonnances du 2 juin 1999 dans les dix affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique)*, mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 138, par. 39) en ce qui concerne des faits impliquant une manifestation suffisamment claire de l'intention de commettre un génocide, une question beaucoup plus exigeante que celle qui se pose dans la présente espèce.

(Signé) Milenko KREĆA.