

CR 99/16

*International Court  
of Justice*

**THE HAGUE**

*Cour internationale  
de Justice*

**LA HAYE**

**YEAR 1999**

*Public sitting*

*held on Monday 10 May 1999, at 4.15 p.m., at the Peace Palace,*

*Vice-President Weeramantry, Acting President, presiding*

*in the case concerning Legality of Use of Force*

*(Yugoslavia v. Canada)*

*Request for the indication of provisional measures*

---

**VERBATIM RECORD**

---

**ANNEE 1999**

*Audience publique*

*tenue le lundi 10 mai 1999, à 16 h 15, au Palais de la Paix,*

*sous la présidence de M. Weeramantry, vice-président  
faisant fonction de président*

*dans l'affaire relative à la Licéité de l'emploi de la force*

*(Yougoslavie c. Canada)*

*Demande en indication de mesure conservatoire*

---

**COMPTE RENDU**

---

Present:	Vice-President	Weeramantry, Acting President	
	President	Schwebel	
	Judges		Oda
			Bedjaoui
			Guillaume
			Ranjeva
			Herczegh
			Shi
			Fleischhauer
			Koroma
			Vereshchetin
			Higgins
		Parra-Aranguren	
	Judges <i>ad hoc</i>		Kooijmans
			Kreća
		Lalonde	
Registrar		Valencia-Ospina	

---

Présents :

- M. Weeramantry, vice-président, faisant fonction de président en l'affaire
- M. Schwebel, président de la Cour
- MM. Oda
  - Bedjaoui
  - Guillaume
  - Ranjeva
  - Herczegh
  - Shi
  - Fleischhauer
  - Koroma
  - Vereshchetin
- Mme Higgins
- MM. Parra-Aranguren
  - Kooijmans, juges
  - Kreća
  - Lalonde, juges *ad hoc*
- M. Valencia-Ospina, greffier

---

***The Government of the Federal Republic of Yugoslavia is represented by:***

Mr. Rodoljub Etinski, Chief Legal Adviser in the Ministry of Foreign Affairs, Professor of International Law, Novi Sad University,

*as Agent;*

H. E. Mr. Milan Grubić, Ambassador of the Federal Republic of Yugoslavia to the Netherlands,

*as Co-Agent;*

Mr. Ian Brownlie, C.B.E., Q.C., Chichele Professor of Public International Law, Oxford,

Mr. Carlos Casillas Velez, Vice-President of the Mexican Academy of International Law and Professor of Law at UNAM University,

Mr. Olivier Corten, Lecturer at the Faculty of Law of the Free University of Brussels,

Mr. Stevan Djordjević, Professor of International Law, Belgrade University,

Mr. Pierre Klein, Lecturer at the Faculty of Law of the Free University of Brussels,

Mr. Miodrag Mitić, Assistant Federal Minister for Foreign Affairs of the Federal Republic of Yugoslavia (Ret.),

Mr. Eric Suy, Professor at the Catholic University of Leuven, former Under-Secretary-General and Legal Counsel of the United Nations,

Mr. Paul J. I. M. de Waart, Professor emeritus of International Law, Free University of Amsterdam,

*as Counsel and Advocates;*

Mrs. Sanja Milinković,

*as Assistant.*

***The Government of Canada is represented by:***

H. E. Mr. Philippe Kirsch, Q.C., Ambassador and Legal Adviser to the Department of Foreign Affairs and International Trade,

*as Agent and Advocate;*

Mr. Alan Willis, Q.C., Department of Justice,

*as Senior Counsel;*

Ms. Sabine Nölke, Department of Foreign Affairs and International Trade,

Ms. Isabelle Poupart, Department of Foreign Affairs and International Trade,

*as Counsel;*

Mr. James Lynch, Embassy of Canada in the Netherlands.

*as Adviser.*

***Le Gouvernement de la République fédérale de Yougoslavie est représenté par :***

M. Rodoljub Etinski, conseiller juridique principal au ministère des affaires étrangères de la République fédérale de Yougoslavie et professeur de droit international à l'Université de Novi Sad,

*comme agent;*

S. Exc. M. Milan Grubić, ambassadeur de la République fédérale de Yougoslavie aux Pays-Bas,

*comme coagent;*

M. Ian Brownlie, C.B.E., membre du barreau d'Angleterre, professeur de droit international public, titulaire de la chaire Chichele à l'Université d'Oxford,

M. Carlos Casillas Velez, vice-président de l'*Academia Mexicana de Derecho Internacional* et professeur de droit international à l'Université nationale autonome du Mexique (UNAM),

M. Olivier Corten, maître de conférences à la faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles,

M. Stevan Djordjević, professeur de droit international à l'Université de Belgrade,

M. Pierre Klein, maître de conférences à la faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles,

M. Miodrag Mitić, ancien ministre fédéral adjoint des affaires étrangères de la République fédérale de Yougoslavie,

M. Eric Suy, professeur à l'Université catholique de Louvain (K. U. Leuven), ancien Secrétaire général adjoint et conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies,

M. Paul J. I. M. de Waart, professeur émérite de droit international à la *Vrije Universiteit* d'Amsterdam,

*comme conseil et avocats;*

Mme Sanja Milinković,

*comme assistante.*

***Le Gouvernement du Canada est représenté par :***

S. Exc. M. Philippe Kirsch, Q.C., ambassadeur et conseiller juridique auprès du ministère des affaires étrangères et du commerce international,

*comme agent et avocat;*

M. Alan Willis, Q.C., ministère de la justice,

*comme conseil principal;*

Mme Sabine Nölke, ministère des affaires étrangères et du commerce international

Mme Isabelle Poupart, ministère des affaires étrangères et du commerce international

*comme conseil;*

M. James Lynch, conseiller à l'ambassade du Canada aux Pays-Bas,

*comme conseiller.*

The VICE-PRESIDENT, acting President: Please be seated. The Court meets now to hear the presentation by the Agent of Canada in the case between Yugoslavia and Canada. I call upon the distinguished Agent of Canada, Mr. Philippe Kirsch.

Mr. KIRSCH:

**Introduction**

1. Mr. President, Members of the Court, I am honoured to represent my country before the International Court of Justice, though one can find no comfort in the circumstances that have brought us here today. With me are Mr. Alan Willis, as Senior Counsel, Ms Sabine Nölke and Ms Isabelle Poupart, as Counsel, and Mr. James Lynch, as Adviser.

2. Canada's representations today fall into two separate categories. First, we contest the jurisdiction of the Court and submit that the test of prima facie jurisdiction to be applied to provisional measures cannot be met. Second, we suggest that provisional measures of any kind — but particularly of the kind sought by the Applicant today — would in any event be fundamentally inappropriate, and indeed counter-productive. Taking account of the Court's discretion under Article 41 of the Statute, therefore, we respectfully submit that no measures should be indicated.

3. Mr. President, a prima facie case for jurisdiction, is more than a formal requirement. It is not enough that one or more instruments of a jurisdictional character should be cited in the Application. The Court should satisfy itself on a preliminary basis that these instruments are validly invoked and relevant to the subject-matter of the claim.

4. We shall argue today that the optional clause declaration filed by the Federal Republic of Yugoslavia on 25 April 1999 is a nullity on its face, because the Federal Republic of Yugoslavia is not a party to the Statute of the Court. It has not fulfilled the requirements stipulated by the political organs of the United Nations in order to gain admission to that Organization, and it cannot automatically continue the membership of the old Yugoslavia. We shall also submit that, even if the declaration were valid, it is inapplicable by the terms of its own temporal restriction. The subject-matter of the Application is a dispute that pre-existed the 25 April declaration, and as such

it is clearly outside the terms of that instrument. And finally, Mr. President, the Genocide Convention is a completely artificial basis for jurisdiction over an issue that has nothing to do with genocide, and it is especially irrelevant to a request for provisional measures that focus exclusively on the use of force.

5. That, Mr. President, is one branch of our argument today. The other is that this is not an appropriate case for the exercise of the Court's authority to grant provisional measures under Article 41. This is a discretionary power. Its exercise should never be automatic but should depend on the circumstances of the case. The Court should accordingly exercise its authority judiciously, taking account of *all* the circumstances under which the request is brought and of the underlying dispute. I respectfully suggest that it would be an inappropriate use of the power under Article 41 to lend aid and comfort to an applicant that comes to the Court, in such a matter as this, without clean hands. It would be a tragically misguided use of the power to lend credence to the unsubstantiated humanitarian accusations of a party whose own humanitarian abuses are at the root of the present dispute. It would turn reality on its head.

6. The measures sought today by the Applicant would not *avoid* irreparable harm, which is the principle governing provisional measures; they would *create* irreparable harm. It would be unthinkable that measures should be aimed at the NATO operations without addressing the fundamental root of the dispute, which is the conduct of the Federal Republic of Yugoslavia and its agents on the ground against the Albanian population of Kosovo. Any measures constraining the use of force by the NATO allies — and thus any measures in favour of the Applicant in this proceeding — would, as a matter of political reality, simply postpone the day when the tragedy in Kosovo is brought to an end and a political settlement is achieved. I will touch on some of the facts, but only as they relate to the criteria for indicating provisional measures. The Applicant's argument this morning was addressed on to merits as if we had already reached the merits phase and, while reserving our rights, it would be inappropriate for me to join issue on most of these allegations at this stage.

7. I turn now, Mr. President, to the first of our two principal points — the lack of *prima facie* jurisdiction.

## PART I. JURISDICTION

8. A prima facie case for jurisdiction is an essential precondition for the granting of provisional measures. The Court is not required at this stage to make a final determination of the validity or the applicability of the cited instruments. But if prima facie jurisdiction is to have any real meaning, it requires a reasonably close scrutiny of the alleged basis of jurisdiction.

9. In a nutshell, Mr. President, there is no prima facie jurisdiction here for three reasons: first, because the purported optional clause declaration is a transparent nullity; second, because the declaration is inapplicable by its own terms to disputes in existence before 25 April; and third, because the facts alleged in the Application bear no genuine relation to the Genocide Convention which is invoked as a basis for jurisdiction.

### **1. The purported optional clause declaration of 25 April 1999**

#### *(a) A radical nullity*

10. Mr. President, the purported declaration of 25 April 1999, can have no legal effects whatsoever. The Applicant, the Federal Republic of Yugoslavia, is not a party to the Statute. It cannot therefore make a valid declaration under Article 36, paragraph 2, which begins with the words "[t]he States parties to the present Statute may at any time declare . . ." The Federal Republic of Yugoslavia is not a Member of the United Nations as a successor State. It has never been admitted under Article 4 of the Charter. Nor has the General Assembly or the Security Council made recommendations or fixed conditions for non-Member accession under Article 93, paragraph 2. These are matters of record, uncontested and uncontroversial.

11. In its 1993 Order on provisional measures in the current case concerning *Application of the Genocide Convention*<sup>1</sup> against the Federal Republic of Yugoslavia, the Court did not find it necessary to determine definitively whether Yugoslavia as such is a Member of the United Nations, since jurisdiction was founded on its status as a party to the Genocide Convention. But as regards the question of the status of the Applicant in the present case, the Federal Republic of Yugoslavia

---

<sup>1</sup>*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 8 April 1993, I.C.J. Reports 1993.*

(Serbia and Montenegro), the situation is crystal clear. Security Council resolution 777 of 1992, quoted by the Court in its 1993 Order, declares that the Federal Republic of Yugoslavia cannot continue automatically the membership of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia in the United Nations and recommends to the General Assembly that the Federal Republic of Yugoslavia should apply for membership in the United Nations and that it shall not participate in the General Assembly. Only a few days later General Assembly resolution 47/1 of 1992 — also quoted by the Court in its material part — adopted that recommendation without change.

12. It is true, as the Court noted in paragraphs 17 and 18 of its 1993 Order, that the resolution does not terminate or suspend the membership of Yugoslavia in the Organization, actions that would have to be taken as measures under Articles 5 and 6 of the Charter. The old Yugoslavia is no longer in existence, but, has been done in other transitional situations, it may retain a kind of shadow existence for very limited purposes — the nameplate and the flag among others — all in the pragmatic interests of a smooth transition to a new régime. Because of these residual attributes of statehood, the Court said the solution adopted is not free of legal difficulty.

13. True enough — but those legal difficulties have absolutely no bearing on the matter at issue here. The issue today is not the status of the former Yugoslavia. It is the status of the entity now referred to as the Federal Republic of Yugoslavia, which is the nominal Applicant in these proceedings. And on this narrow question, Mr. President, there is no difficulty and no ambiguity. The principal political organs of the United Nations have spoken with authority and exemplary clarity. The Federal Republic of Yugoslavia — and I quote the language of the relevant United Nations resolutions<sup>2</sup> — "*cannot* automatically continue the membership" of the old Yugoslavia in the United Nations. The Security Council and the General Assembly have ruled that the Federal Republic of Yugoslavia should apply for such membership, and it has never been admitted. On no possible view of the relevant instruments can the present Applicant, the Federal Republic of Yugoslavia, be considered a Member of the United Nations and by that title a party to the Statute.

---

<sup>2</sup>Security Council res. 777/1992, 19 Sept. 1992; General Assembly res. 47/1, 17 Sept. 1992.

14. Article 93 of the United Nations Charter has been supplemented by Security Council resolution 9/1946<sup>3</sup>, specifying the conditions on which the Court may be open to a State which is not a party to the Statute. The declaration filed by the Federal Republic of Yugoslavia is clearly not based on the 1946 resolution, which in any event could only be invoked on the basis of the "explicit agreement" of Canada according to the express terms of this document. The 1946 resolution is therefore irrelevant.

15. Is there then a *prima facie* title of jurisdiction? Not, surely, under the purported optional clause declaration made two weeks ago as a launching pad for this request. Article 36, paragraph 2, is unequivocal. An optional clause declaration can be made at any time by a State party to the Statute — and by no other entity. The paper filed on 25 April is a nullity. It provides no *prima facie* jurisdiction justifying a request for provisional measures under Article 41, as the stated preconditions of Article 41 have not been fulfilled.

*(b) The declaration applies only to disputes arising after 25 April 1999*

16. I turn now, Mr. President and distinguished Members of the Court, to another consideration — admittedly one that strictly need not be considered in the face of the nullity of the declaration, but that should nevertheless be brought to the attention of the Court.

17. The purported declaration contains a time condition. It applies only to disputes arising or which may arise after 25 April 1999. No doubt the Federal Republic of Yugoslavia found this a necessary precaution, following a decade of bloodshed and humanitarian catastrophe. Ordinarily, of course, a temporal restriction of this kind would cause no surprise. And yet here it utterly defeats the whole purpose of the so-called declaration, which is to bring before the Court a *pre-existing* dispute based on a conflict begun over a month prior to the stated effective date of the instrument. So, while the dilemma is easily understood, one is nevertheless perplexed by the self-defeating nature of the whole initiative. There is nothing in the description of the subject-matter of the dispute in the Application against Canada of 29 April that relates specifically to events subsequent to 25 April, or to any change in the character of the dispute subsequent to that

---

<sup>3</sup>Adopted on 15 October 1946.

date. The dispute referred to in the Applicant's own pleading, therefore, is not one arising or that may arise after 25 April 1999.

18. I note in passing that the events alleged in the Application and in the request are referred to not only without specific attribution to Canada — a matter to which I shall return — but without dates. This omission is surely not accidental. Indeed the request refers to a pattern of events "[f]rom the outset of the bombing of the Federal Republic of Yugoslavia . . ." — clear evidence, if any were needed, that the object of the dispute is a campaign that was fully underway several weeks before the declaration was filed.

19. Time restrictions have often been inserted in optional clause declarations. As Rosenne has explained in his recent treatises<sup>4</sup>, their purpose is to exclude *known* dispute.

20. This dispute, Mr. President, was an existing dispute and a *known* dispute on 25 April and well before that date. It is therefore excluded from jurisdiction by the terms of the purported declaration itself. The NATO air operations against the Federal Republic of Yugoslavia began on 24 March 1999, and of course the attitude of the Federal Republic of Yugoslavia regarding those operations was unequivocal from the outset. By the terms of the frequently quoted *Mavrommatis* test<sup>5</sup>, there was a legal dispute in existence from the earliest days of the conflict.

21. It will be alleged, no doubt, that this is a continuing situation — that so long as the bombs continue to fall after the effective date of the declaration the temporal condition is met. Not so, Mr. President. The dispute is not infinitely divisible into the multitude of specific events that occur each and every day in the conduct of a military campaign. In *Right of Passage*<sup>6</sup> the Court insisted on treating a complex dispute *as a unity*, notwithstanding the diversity of facts and situations out of which it arose. There cannot be a new and independent dispute with every bomb that falls.

---

<sup>4</sup>Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court of Justice*, Vol. II, p. 796.

<sup>5</sup>*Readaptation of the Mavrommatis Jerusalem Concessions, Judgment No. 10, 1927, P.C.I.J. Series A, No. 26.*

<sup>6</sup>*Right of Passage over Indian Territory, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1957, p. 125 and Right of Passage over Indian Territory, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1960, p. 6.*

22. It is indeed precisely because complex disputes are composed of a multitude of events, and because they extend over long periods of time, that the concept of the *critical date* has been developed — and why it has such importance.

23. Sometimes the establishment of a critical date can be a matter of controversy and difficulty. We have no such difficulty here. The dispute had crystallized as soon as the air operations were initiated, and the Federal Republic of Yugoslavia had claimed the illegality of the use of force against it. It was the *same* dispute, in all material respects, on 25 April, and long before that date, as it was on 29 April.

24. This is very different from situations where some elements of the dispute may pre-date the declaration, but the dispute itself arose at a later stage. In *Electricity Company of Sofia and Right of Passage*, again for example, the crucial events that finally crystallized the dispute were *subsequent* to the exclusion date. Those comparisons are instructive. If one asks, "what essential, defining element of the *present* dispute was not yet in place by 25 April 1999" there can be only one answer: none at all. Nothing changed between 25 April and 29 April. All the defining elements of the dispute were in place well before 25 April. What has occurred since then is simply a continuation of a course of events already underway.

25. Mr. President, distinguished Members of the Court, the declaration of 25 April uses a time-honoured formula: "disputes arising or which may arise after the signature of the present Declaration, with regard to the situations or facts subsequent to this signature". This formula was freely chosen by the Federal Republic of Yugoslavia for reasons that are only too clear. The Federal Republic of Yugoslavia must now live with the consequences of its own decision. If the declaration were valid, it would confer compulsory jurisdiction with respect to disputes arising after 25 April. It would confer no jurisdiction at all, however, with respect to disputes arising before that date, including the present one.

## **2. Article IX of the Genocide Convention**

26. I turn now to the second purported title of jurisdiction invoked against Canada, Article IX of the Genocide Convention.

27. Genocide is the gravest of international crimes. Canada's participation in the NATO air operation was prompted by a pattern of events in Kosovo that has shocked the conscience of the world. With this background, there is a bitter irony in an accusation of genocide against Canada by the Federal Republic of Yugoslavia. There is also an air of unreality and a transparent cynicism about the Applicant's reliance on the Genocide Convention, which is nothing more than an artificial device aimed at securing a basis of jurisdiction before the Court. All this must be considered by the Court in determining whether a bare, unsubstantiated allegation of genocide can automatically be invoked as a *prima facie* basis of jurisdiction sufficient to justify an indication of provisional measures. Needless to say, these considerations are also highly relevant to how the Court should exercise its jurisdiction if it considers it does have the authority to act: but I shall come to that later in my argument.

28. The use of the Convention as a basis of jurisdiction is artificial, devoid of substance. Not only does the subject-matter of the claim and the allegations have nothing to do with the crime of genocide, but the provisional measures claimed have nothing to do with genocide. The measures requested are aimed exclusively at the cessation of the use of force, which is legally and factually a distinct matter — and for which a separate basis of jurisdiction is invoked. The Genocide Convention cannot, therefore, provide *prima facie* jurisdiction for the measures sought<sup>7</sup>.

29. The key issue here, Mr. President, is when does a treaty constitute a *prima facie* basis of jurisdiction? Obviously it must exist and bind the parties, and it must include a clause vesting jurisdiction in this Court. So far, so good. But that is not sufficient by itself. Jurisdiction under a treaty depends as well on the specific allegations of the claim. There can be no *prima facie* jurisdiction under a treaty if the subject-matter of the dispute is not plausibly related to the subject-matter of the treaty — as the analysis in *Oil Platforms* confirms (para. 16). Specifically, the Court has treaty jurisdiction if — but only if — the facts as alleged would constitute a violation of the treaty if proved.

---

<sup>7</sup>See, for example, *Aegean Sea Continental Shelf*, *I.C.J. Reports* 1976, p. 9, para. 25; *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, *I.C.J. Reports* 1979, p. 19, para. 36; and the case concerning the *Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal)*, *Order of 2 March 1990*, *I.C.J. Reports* 1990.

30. By this standard, the Genocide Convention does nothing to advance the Federal Republic of Yugoslavia position on jurisdiction with respect to Canada. The reliance on the Convention amounts to a generalized paraphrase of Article II (c) of the Convention which defines as genocide "deliberately inflicting on a [national] group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part". Not a single relevant act is cited in support of this broad assertion, which is said to follow from the *totality* of the acts against the Federal Republic of Yugoslavia in which Canada is — in the words of the Application — "taking part".

31. There are two separate reasons why the Court should not treat a sweeping but unsubstantiated allegation of genocide as a *prima facie* basis of jurisdiction in the absence of relevant particulars. The very gravity of the crime means on the one hand that the Court should indeed act where it can to suppress genuine cases of genocide when faced with serious and substantiated allegations. By the same token, however, it should be very cautious before lending credence to accusations that are not only unsupported but that *cannot* be answered because of their utter lack of specificity. Natural justice requires such restraint. An even more compelling consideration is the danger that the moral weight attaching to Orders under Article 41 — a moral weight on which the efficacy of the power ultimately depends — could be gravely impaired by an automatic issuance of provisional measures respecting genocide on the basis of sweeping but unsubstantiated accusations.

32. And it is obvious why we have no particulars that are legally relevant. It is because the Applicant has no evidence. For we all know that if they had any real evidence of the commission of offences amounting to genocide by Canada, they would not have hesitated to provide the details to the Court. The absence of any substantiation leads necessarily to the conclusion that there is simply nothing there.

33. The second reason is that the use of the Genocide Convention as a title of jurisdiction is based on an implicit interpretation of the Convention that is not only bad law, but that threatens the integrity of the concept of genocide and the coherence of the law. The suggestion is that by taking part in the air operations, with the collateral damages and casualties a military campaign inevitably entails, Canada is *automatically* engaged in that form of genocide referred to in Article II (c), the

deliberate infliction of conditions of life calculated to destroy a national group in whole or in part. On this view, any use of force and any act of war is automatically equated with genocide. This, Mr. President, is not only wrong but dangerous. The distinct domains of the law of genocide, the *jus ad bellum* and the *jus in bello*, would all be rolled up into one single ball, muddled and confused. All the recognized distinctions would be lost and with them the coherence — and much of the strength — of this whole body of law. The thrust of much of the argument and the illustration used this morning reflected this assumption that the use of force and genocide are identical concepts covering exactly the same ground in exactly the same way — a fundamental distortion of fundamental principles.

34. Not only are there no relevant particulars; there are no facts specifically imputed to Canada, either in relation to the Genocide Convention or in relation to the use of force. The Court will have noted that all the ten Applications are virtually identical except for the titles of jurisdiction. The result is that there is really *no* factual allegation in the Federal Republic of Yugoslavia Application or in the oral pleadings that Canada itself — Canada as an independent sovereign State and the single Party to this action — has committed acts amounting to genocide. This failure to relate the allegations to Canada itself — or indeed to any of the other Respondents — is sufficient to establish the lack of any *prima facie* jurisdiction under the Genocide Convention.

35. The Court will recall that at the time of the 1993 request for provisional measures by Bosnia-Herzegovina, the Court refused to countenance a variety of requested provisional measures concerned with the conflict but not clearly linked to the Genocide Convention, which of course was the *prima facie* jurisdictional basis for the Order. Applying here the same standard, the very same standard that the Court applied before, it is clear that the requested provisional measures must be rejected as unrelated in substance to the Convention.

36. To summarize on this point, Mr. President: the Genocide Convention has nothing to do with the real subject-matter of the dispute, which is the use of force, and not genocide as defined in the Convention and by the Court in its 1993 Order: "the *intended* destruction of a national, ethnical, racial or religious group" (para. 42). And it is clear from the terms of the Applicant's

request, which refer exclusively to the use of force, not genocide, that the provisional measures sought today can have *no* jurisdictional basis in the Convention.

## PART II: NATURE OF PROVISIONAL MEASURES

37. Mr. President, distinguished Members of the Court, I turn now from the issue of *prima facie* jurisdiction to the second branch of my argument: that regardless of the evident lack of jurisdiction, this would not be an appropriate case for the granting of provisional measures under Article 41 of the Statute.

38. Mr. President, the provision for relief under Article 41 is not automatic. It is a form of equitable relief granted as a result of the exercise of the *discretion* of the Court based on a full range of considerations. A request of this nature therefore requires the Court to take *all* the circumstances into account in the exercise of this discretionary power.

39. First among these, Mr. President, is that the Applicant's own conduct is the essential cause of the dispute. A party should not be granted relief by the Court if its need for such relief is the consequence of its own grave and systematic breaches of international law, particularly of international humanitarian law, and of its own patent failure to comply with any of the relevant binding resolutions of the United Nations Security Council.

40. In her briefing to the United Nations Security Council on 5 May (which my delegation will make available to this Court), the United Nations High Commissioner for Refugees stated that this refugee crisis was "not new", and that her agency was providing assistance to 500,000 Kosovar Albanians in and outside Kosovo *well before* NATO air action began on 24 March. And she added:

"Kosovo is being emptied — brutally and methodically — of its ethnic Albanian population . . . Ethnic cleansing and mass forced expulsions are yielding their tragic results faster . . . than anybody's response."

The evidence from the most authoritative United Nations sources demonstrates, Mr. President, that it was the oppression of the Applicant's military and security forces, not the NATO campaign to stop the repression, which generated the refugee crisis.

41. The latest figures from the United Nations High Commissioner for Refugees<sup>8</sup> indicate that more than 800,000 Kosovar Albanians, a full 67 per cent of the population of Kosovo, have fled the repression of Federal Republic of Yugoslavia forces. As of 7 May, more than 400,000 of these unfortunate subjects of the Federal Republic of Yugoslavia were sheltering in Albania, the poorest country in Europe. Another 330,000 are in overflowing camps in Macedonia, where they now form 10 per cent of the population and where the crushing burden is threatening to destabilize that country. Almost 18,000 sought safety in Bosnia, itself still recovering from Federal Republic of Yugoslavia actions that are now under this Court's scrutiny in the *Genocide* case. Yet another 124,000 have applied for asylum in other countries, including Canada and the other respondent States.

42. The repression carried out by the Federal Republic of Yugoslavia against ethnic Albanian civilians in Kosovo which triggered this mass exodus ranks among the worst crimes against humanity this century has seen. The acts of repression and serious violations of international humanitarian law committed against the Kosovar Albanians by the Federal Republic of Yugoslavia include — as stated by the Commission on Human Rights four weeks ago<sup>9</sup> — large-scale killings, systematic and planned massacres, summary executions, mass forced exoduses, destruction of personal identity documents, records, homes and property, as well as agricultural capacity, with a view to preventing their return. And I would emphasize, Mr. President, that all these violations relate to international legal obligations that constitute obligations *erga omnes*.

43. The Security Council of the United Nations has demanded, in resolutions 1160, 1199 and 1203 of 1998, that the Federal Republic of Yugoslavia stop any repressive action against the civilian population of Kosovo; that its security forces stop attacks on the civilian population; that it withdraw all security units used for civilian repression; that it co-operate fully with international efforts to improve the humanitarian situation in Kosovo; that it take immediate steps to avert the humanitarian catastrophe; that it comply with its responsibility to create the conditions which would

---

<sup>8</sup>As of 7 May; daily updates available from the UNHCR's website at [www.unhcr.ch](http://www.unhcr.ch).

<sup>9</sup>Resolution 1999/2, adopted on 16 April 1999.

allow all refugees and displaced persons to return to their homes in safety; and that it co-operate fully with the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.

44. The Federal Republic of Yugoslavia has done none of this. And that is why we believe this Court ought not to entertain its request to be protected against its own violations.

45. There is another consideration that goes straight to the heart of the "irreparable harm" test which this Court has so assiduously applied throughout the years. The provisional measures sought today would leave the security forces of the Federal Republic of Yugoslavia free to continue, or even accelerate, the massive repression and expulsion of the ethnic Albanian population of Kosovo. Far from *avoiding* "irreparable harm", the effect of the provisional measures sought by the Federal Republic of Yugoslavia would be devastating — above all for the one affected group that has no voice before this Court, the Albanian population of Kosovo.

46. This is a matter in which the international community has sought to develop a political solution to this intrinsically political problem. Now, as a direct result of the intransigence of the Applicant and its refusal to consider a peaceful solution that, in the words of the Security Council, "takes into account the rights of the Kosovar Albanians and all who live in Kosovo" (Security Council resolution 1160, 31 March 1998, OP5), the political problem has exploded. It has turned into the humanitarian catastrophe of tragic proportions that binding international legal instruments such as Security Council resolution 1199 had vainly sought to prevent. Not only is the Federal Republic of Yugoslavia seeking to obtain from this Court relief from the consequences of a problem of its own making; it is also seeking to evade its responsibility of ending the current crisis through the good-faith negotiations demanded by the Security Council more than a year ago.

47. Against this backdrop of active international diplomacy and politics, Canada submits the imposition of measures by this Court, following a determination that by its very nature is summary and based on limited consideration, would more likely add to the complexities of the situation than assist.

48. Mr. President, a final point. Provisional measures under Article 41 are intended to be *conservatory*. The essence of the request before the Court today is constraint on the use of force by NATO and the cessation of the air operations began by the North Atlantic Alliance some weeks

ago. This is not a preservation of rights or a conservation of the status quo. It would simply give full satisfaction to one of the Parties, and free the Federal Republic of Yugoslavia to continue its programme of ethnic cleansing without fear of reprisal. It would amount not to a provisional measure but to an anticipatory judgment on the merits in favour of the Applicant — a result clearly outside the intended scope of Article 41. And not only anticipatory, but irreversible; for in this time-critical situation, any attempt to tie the hands of NATO would have permanent consequences that even a final judgment could never alter or reverse.

49. The Applicant's goal in this request for provisional measures is to end the NATO air campaign, without conditions, without a political settlement, and — above all — without repatriation or relief for the Kosovar Albanians. Long before the final judgment, Kosovo would be emptied of Kosovars, and the economic and social structure of the surrounding countries in the region would be forever altered. That indeed would be a tragic misapplication of Article 41, a tragic abuse of the process of this Court by a party whose record cannot inspire confidence.

### **Conclusion**

50. Mr. President, distinguished Members of the Court, in conclusion, Canada believes that this Court lacks *prima facie* jurisdiction on any of the heads of jurisdiction advanced by the Applicant. There are also compelling reasons why provisional measures would be inappropriate and counter-productive in the circumstances of this case.

51. If, and only if, despite all these considerations, the Court were nevertheless to exercise its powers under Article 41, we would simply note that the Court has the authority to consider, *proprio motu*, measures ensuring that the rights of all interested parties to the dispute are safeguarded. It would, as I said at the outset, be unthinkable to envisage provisional measures in this matter that fail to address, as the first priority, the real cause of the dispute — *not* the NATO air operation, but the grave and persistent oppression of the Kosovar Albanians by the forces of the Federal Republic of Yugoslavia.

52. Mr. President, distinguished Members of the Court, I thank the Court for its courteous attention. I now conclude my presentation with the following submission on behalf of the Government of Canada:

Canada respectfully requests the Court to reject the request for provisional measures made by the Federal Republic of Yugoslavia on 29 April 1999.

Thank you very much for your attention.

The VICE-PRESIDENT, acting President: Thank you, Mr. Kirsch, for your presentation. The Court will now adjourn for a few minutes and resume to consider the case between Yugoslavia and France.

*The Court rose at 4.50 p.m.*

---

Non-Corrigé  
Uncorrected

Traduction  
Translation

**CR 99/16 (traduction)**

**CR 99/16 (translation)**

**Lundi 10 mai 1999 à 16 h 15**

**Monday 10 May 1999 at 4.15 p.m.**

006

Le VICE-PRESIDENT, faisant fonction de président : Veuillez vous asseoir. La Cour va maintenant entendre une déclaration de l'agent du Canada sur la requête présentée par la Yougoslavie contre le Canada. Je donne la parole à l'agent du Canada, M. Philippe Kirsch.

M. KIRSCH :

### **Introduction**

1. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, je suis très honoré de représenter mon pays devant la Cour internationale de Justice malgré les circonstances difficiles dans lesquelles nous sommes amenés ici aujourd'hui. Avec moi se trouvent M. Alan Willis, en tant que conseil principal, Mme Sabine Nölke et Mme Isabelle Poupard, en tant que conseils, et M. James Lynch, en tant que conseiller.

2. Les observations que va formuler le Canada aujourd'hui sont de deux ordres. Tout d'abord, nous contestons la compétence de la Cour et nous soutenons que, s'agissant de mesures conservatoires, la condition nécessaire pour que la Cour soit compétente *prima facie* fait défaut. En second lieu, nous suggérons que des mesures conservatoires quelles qu'elles soient — mais en particulier celles du genre que demande le demandeur aujourd'hui — seraient en tout cas essentiellement impropres et iraient même à l'encontre du but recherché. Eu égard au pouvoir discrétionnaire revenant à la Cour au titre de l'article 41 de son Statut, nous estimons donc que la Cour ne devrait indiquer aucune mesure.

3. Monsieur le président, la condition d'une compétence *prima facie* représente plus qu'une exigence formelle. Il ne suffit pas qu'un ou plusieurs instruments de caractère juridictionnel soient cités dans la requête. La Cour doit s'assurer, à partir d'un examen préliminaire, que de tels instruments sont valablement invoqués et concernent l'objet de la demande.

4. Nous montrerons aujourd'hui pourquoi la déclaration, faite par la République fédérale de Yougoslavie le 25 avril 1999, et portant acceptation de la clause facultative, est manifestement entachée de nullité, étant donné que la République fédérale de Yougoslavie n'est pas partie au Statut de la Cour. La Yougoslavie n'a pas rempli les conditions requises par les organes politiques de l'Organisation des Nations Unies pour être admise au sein de cette organisation et ne saurait

007  
automatiquement bénéficiaire de la qualité de membre du précédent Etat de Yougoslavie. Nous sommes d'autre part d'avis que, même si cette déclaration était valable, elle serait inapplicable du fait des limites qu'elle comporte *ratione temporis*. L'objet de la requête est en effet un différend qui existait avant la déclaration du 25 avril et qui se trouve ainsi bien en dehors du champ d'application de cet instrument. Et enfin, Monsieur le président, la convention sur le génocide constitue une base de compétence entièrement artificielle à l'égard d'une question qui n'a rien à voir avec le génocide et elle ne présente particulièrement aucune pertinence, s'agissant d'une demande en indication de mesures conservatoires concernant exclusivement l'emploi de la force.

5. Il s'agit là, Monsieur le président, d'une partie de l'argumentation que nous présenterons aujourd'hui. Nous montrerons, par ailleurs, qu'en l'occurrence la Cour ne saurait, de manière appropriée, exercer son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires au titre de l'article 41 de son Statut. Ce pouvoir est discrétionnaire. Son exercice ne saurait jamais être automatique mais doit dépendre des circonstances en cause. La Cour doit donc exercer le pouvoir en question de manière judiciaire en tenant compte de *toutes* les circonstances au vu desquelles une requête a été introduite ainsi que du différend correspondant. Qu'il me soit permis de suggérer qu'en se prêtant aux prétentions d'un demandeur qui ne se présente pas, en l'occurrence, les mains nettes devant elle, la Cour ne ferait pas un usage approprié du pouvoir qui lui est reconnu à l'article 41. Il serait tragique que ce pouvoir soit exercé mal à propos pour ajouter foi aux accusations humanitaires sans fondement d'une Partie, dont les exactions commises par elle sur le plan humanitaire sont à l'origine du présent différend. Cela reviendrait à prendre les choses à l'envers.

6. Les mesures demandées aujourd'hui par le demandeur *n'éviteraient* pas un préjudice irréparable, contrairement au principe même qui est à la base des mesures conservatoires; elles *créeraient* un préjudice irréparable. Il serait impensable que de telles mesures visent les opérations de l'OTAN sans tenir compte de l'origine même du différend, qui est la conduite de la République fédérale de Yougoslavie et de ses agents au sol contre la population albanaise du Kosovo. Toutes mesures qui limiteraient l'emploi de la force par les alliés de l'OTAN — et donc toutes mesures favorables au demandeur dans cette instance — ne feraient, sur le plan des réalités politiques, que retarder le moment où la tragédie du Kosovo prendra fin et où l'on parviendra à un règlement

politique. J'évoquerai certains faits dans la mesure seulement où ils concernent des critères d'indication de mesures conservatoires. Les arguments présentés ce matin par le demandeur ont eu trait au fond comme si nous avions déjà atteint cette phase. Tout en réservant nos droits à cet égard, je ne pense pas que je doive pour le moment examiner la plupart de telles allégations.

7. Je présenterai maintenant, Monsieur le président, le premier de nos deux arguments principaux, à savoir le fait que la Cour n'est pas *prima facie* compétente.

0 0 8

## I. COMPETENCE DE LA COUR

8. L'existence d'une compétence *prima facie* de la Cour est une condition préalable essentielle à l'indication de mesures conservatoires. La Cour n'est pas tenue au stade actuel de se prononcer de manière définitive sur la validité ou l'applicabilité des instruments cités. Mais si la compétence *prima facie* de la Cour veut vraiment dire quelque chose, elle appelle un examen raisonnablement attentif de la base de compétence invoquée.

9. En un mot, Monsieur le président, il n'y a pas de compétence *prima facie* de la Cour pour les trois raisons suivantes. Premièrement, parce que la prétendue déclaration portant acceptation de la clause facultative est manifestement entachée de nullité; deuxièmement, parce que cette déclaration est inapplicable, conformément aux termes mêmes dans lesquels elle est rédigée, aux différends survenus avant le 25 avril; et troisièmement, parce que les faits invoqués dans la requête n'ont pas de lien réel avec la convention sur le génocide qui est invoquée comme base de compétence.

### **1. La prétendue déclaration du 25 avril 1999 portant acceptation de la clause facultative**

#### **a) Nullité manifeste**

10. Monsieur le président, la prétendue déclaration du 25 avril 1999 ne saurait avoir d'effet juridique. La République fédérale de Yougoslavie, Etat demandeur, n'est pas en effet partie au Statut. Elle ne saurait donc faire de déclaration valable au titre du paragraphe 2 de l'article 36 dont le libellé commence comme suit : «[l] es Etats parties au présent Statut pourront, à n'importe quel moment...». La République fédérale de Yougoslavie n'est pas un membre de l'Organisation des Nations Unies en tant qu'Etat successeur. Elle n'a jamais acquis la qualité de membre au titre de

l'article 4 de la Charte. Ni l'Assemblée générale ni le Conseil de sécurité n'ont fait de recommandation ni déterminé de conditions à cet égard en vertu du paragraphe 2 de l'article 93 de la Charte concernant la possibilité pour un Etat non-membre de l'Organisation de devenir partie au Statut. Il s'agit là de faits avérés, incontestés et ne prêtant pas à controverse.

0 0 9 11. Dans son ordonnance de 1993 sur la demande en indication de mesures conservatoires dans l'affaire relative à l'*Application de la convention sur le génocide*<sup>1</sup> contre la République fédérale de Yougoslavie, la Cour n'a pas jugé nécessaire de statuer définitivement sur la question de savoir si la Yougoslavie est Membre des Nations Unies, étant donné que la compétence de la Cour était fondée, pour la Yougoslavie, sur sa qualité de partie à la convention sur le génocide. Pour ce qui est cependant de la qualité du demandeur en la présente espèce, à savoir la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro), la situation est tout à fait claire. Dans la résolution 777 de 1992 du Conseil de sécurité, que cite la Cour dans son ordonnance de 1993, le Conseil a déclaré que la République fédérale de Yougoslavie ne pouvait pas assurer automatiquement la continuité de la qualité de Membre de l'ancienne République fédérative de Yougoslavie aux Nations Unies et a recommandé à l'Assemblée générale de décider que la République fédérale de Yougoslavie devrait présenter une demande d'adhésion aux Nations Unies et qu'elle ne participerait pas aux travaux de l'Assemblée générale. Quelques jours plus tard, l'Assemblée générale, par sa résolution 47/1 de 1992, — également citée par la Cour dans son ordonnance — a adopté cette recommandation du Conseil de sécurité sans changement.

12. Il est certes vrai, comme la Cour l'a noté aux paragraphes 17 et 18 de son ordonnance de 1993, que la résolution n'a pas mis fin à l'appartenance de la Yougoslavie à l'Organisation et ne l'a pas suspendue, mesures qui auraient dû être prises conformément aux articles 5 et 6 de la Charte. L'ancien Etat de Yougoslavie n'existe plus mais, comme cela a été le cas dans d'autres situations de transition, cet Etat peut garder un semblant d'existence à des fins très limitées — comme la plaque et le drapeau — dans l'intérêt pragmatique d'une transition sans à coup vers un nouveau

---

<sup>1</sup>*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993.*

régime. Compte tenu de ces attributs résiduels de l'ancien Etat, la Cour a déclaré que la solution adoptée ne laissait pas de susciter des difficultés juridiques.

13. Cela est indéniable, mais ces difficultés juridiques n'ont absolument rien à voir avec l'objet de la présente affaire. La question aujourd'hui n'est pas de savoir quelle est la qualité de l'ex-Yougoslavie. C'est la qualité de l'entité actuellement dénommée République fédérale de Yougoslavie, qui est le nom du demandeur en l'espèce, et cette question précise ne présente, Monsieur le président, aucune difficulté ni ambiguïté. Les principaux organes politiques de l'Organisation des Nations Unies se sont prononcé avec l'autorité voulue et avec une clarté exemplaire. La République fédérale de la Yougoslavie — et je cite les termes des résolutions pertinentes de l'Organisation des Nations Unies<sup>2</sup> — «*ne peut pas* assurer automatiquement la continuité de la qualité de Membre» de l'ex-Yougoslavie aux Nations Unies. Le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale ont décidé que la République fédérale de Yougoslavie devrait présenter une demande d'adhésion et la République fédérale de Yougoslavie n'a jamais été admise aux Nations Unies. Les instruments pertinents ne sauraient aucunement permettre de considérer le présent demandeur, à savoir la République fédérale de Yougoslavie, comme un Membre des Nations Unies, partie, en tant que tel, au Statut.

010

14. La teneur de l'article 93 de la Charte des Nations Unies a été complétée par la résolution 9/1946<sup>3</sup> du Conseil de sécurité, qui précise les conditions dans lesquelles la Cour est ouverte à tout Etat qui n'est pas partie au Statut. La déclaration déposée par la République fédérale de Yougoslavie n'est manifestement pas basée sur la résolution de 1946 qui, en tout cas, ne pourrait être invoquée que sur la base d'une «convention expresse» avec le Canada, conformément aux termes même de cette résolution.

15. Y a-t-il dès lors un titre de compétence *prima facie* de la Cour ? Sûrement pas en vertu de la prétendue déclaration portant acceptation de la clause facultative, faite il y a deux semaines pour permettre le dépôt de la présente requête. Le paragraphe 2 de l'article 36 est sans ambiguïté.

---

<sup>2</sup>Résolution 777/1992 du Conseil de sécurité du 19 septembre 1992; résolution 47/1 de l'Assemblée générale du 17 septembre 1992.

<sup>3</sup>Adoptée le 15 octobre 1946.

Une déclaration portant acceptation de la clause facultative peut, à tout moment, être faite par un Etat partie au Statut, à l'exclusion de toute autre entité. Le document déposé le 25 avril est entaché de nullité. Il n'établit aucune compétence *prima facie* de la Cour, qui justifierait une demande en indication de mesures conservatoires en vertu de l'article 41 du Statut puisque les conditions préalables à l'application de cet article n'ont pas été réunies.

**b) La déclaration ne s'applique qu'aux différends survenant après le 25 avril 1999**

16. J'en viens maintenant, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, à une autre considération — qu'il n'y aurait sans doute pas lieu d'examiner eu égard à la nullité de la déclaration, mais qui peut être néanmoins portée à l'attention de la Cour.

17. La prétendue déclaration comporte une condition temporelle. Elle ne s'applique qu'aux différends survenant ou pouvant survenir après le 25 avril 1999. La République fédérale de Yougoslavie a sans doute jugé cette précaution nécessaire au bout d'une décennie de bains de sang et de catastrophes humanitaires. D'ordinaire, une restriction *ratione temporis* de ce genre ne provoque naturellement pas de surprise. Elle va cependant ici directement à l'encontre de l'objet même de la prétendue déclaration, qui est de porter devant la Cour un différend *préexistant* ayant trait à un conflit qui s'est déclenché un mois avant la date expresse d'application de ladite déclaration. Si l'on comprend bien le dilemme en cause, le caractère autodestructeur de cette initiative ne peut cependant manquer de susciter la perplexité. La description de l'objet du différend dont il est question dans la requête introduite le 29 avril contre le Canada ne vise expressément aucun événement survenu après le 25 avril ni aucun changement du caractère du différend postérieur à cette date. Le différend auquel se réfère le demandeur dans sa plaidoirie n'est donc aucunement un différend survenu ou qui pouvait survenir après le 25 avril 1999.

0 1 1

18. Je note en passant que les événements invoqués dans la requête et la demande en indication de mesures conservatoires non seulement ne sont pas attribués spécifiquement au Canada — question sur laquelle je reviendrai — mais ne sont pas datés. Cette omission n'est sûrement pas fortuite. La demande vise un ensemble d'événements «[d]epuis le début des bombardements contre la République fédérale de Yougoslavie...» — ce qui montre clairement, s'il

en était besoin, que l'objet du différend concerne une campagne qui suivait pleinement son cours plusieurs semaines avant le dépôt de la déclaration.

19. Des restrictions *ratione temporis* sont souvent insérées dans les déclarations portant acceptation de la clause facultative. Comme M. Rosenne l'a expliqué dans son récent ouvrage<sup>4</sup>, de telles restrictions visent à exclure les différends *connus*.

20. Le différend en cause, Monsieur le président, est un différend existant et un différend *connu* le 25 avril et bien avant cette date. Il ne relève donc pas de la compétence reconnue à la Cour selon les termes mêmes de la prétendue déclaration. L'OTAN a déclenché ses opérations aériennes contre la République fédérale de Yougoslavie le 24 mars 1999 et, dès le début, l'attitude de la République fédérale de Yougoslavie à leur égard a été sans équivoque. Conformément au critère souvent cité de l'affaire *Mavrommatis*<sup>5</sup>, il existait un différend juridique depuis les tout premiers jours du conflit.

21. On pourra sans doute soutenir qu'il s'agit en la présente espèce d'une situation continue, et que tant que des bombes continueront de tomber après la date d'application de la déclaration la condition temporelle sera remplie. Tel n'est cependant pas le cas, Monsieur le président. Le différend n'est pas divisible à l'infini en une multitude d'événements spécifiques survenant chaque jour au cours d'une campagne militaire. Dans l'affaire du *Droit de passage*<sup>6</sup>, la Cour a adopté une approche *unitaire* pour traiter un différend complexe, malgré la diversité des faits et des situations à l'origine de ce différend. Chaque bombe qui tombe ne saurait faire l'objet d'un différend nouveau et indépendant.

0 1 2

22. C'est précisément parce que les différends complexes sont composés d'une multitude d'événements et qu'ils s'étendent sur de longues périodes de temps que le concept de *date critique* a été mis au point et qu'il revêt une telle importance.

---

<sup>4</sup>Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court of Justice*, Vol. II, p. 796.

<sup>5</sup>Affaire des *Concessions Mavrommatis à Jérusalem (réadaptation)*, arrêt n° 10, 1927, C.P.J.I. série A n° 11.

<sup>6</sup>Affaire du *Droit de passage sur territoire indien, exceptions préliminaires*, arrêt, C.I.J. Recueil 1957, p. 125 et *Droit de passage sur territoire indien, fond*, arrêt, C.I.J. Recueil 1960, p. 6.

23. La détermination d'une date critique peut parfois faire l'objet de controverses et soulever des difficultés. Aucune difficulté ne se pose cependant en l'occurrence. Le différend a pris corps dès le déclenchement des opérations aériennes, et la République fédérale de Yougoslavie a invoqué alors l'illicéité de l'emploi de la force à son encontre. Le *même* différend se présentait, dans tous ses aspects matériels, le 25 avril, et bien avant cette date, et c'est la situation qui existait le 29 avril.

24. Cette situation est très différente de situations où certains éléments d'un différend existent avant la déclaration bien que le différend ne survienne qu'à un stade ultérieur. Si l'on se réfère, par exemple, aux affaires de la *Compagnie d'électricité de Sofia* et du *Droit de passage*, les événements cruciaux qui ont en définitive cristallisé le différend étaient postérieurs à la date d'exclusion. Ces comparaisons sont instructives. Si l'on se demande «quel élément essentiel caractérisant le *présent* différend n'était pas encore en place le 25 avril 1999», une seule réponse est possible : aucun. Rien n'a changé entre le 25 avril et le 29 avril. Tous les éléments caractérisant le différend étaient en place bien avant le 25 avril. Ce qui est arrivé depuis n'a été qu'une simple continuation des événements en cours.

25. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, le demandeur utilise, dans sa déclaration du 25 avril, la formule consacrée suivante : «les différends, survenant ou pouvant survenir après la signature de la présente déclaration, qui ont trait à des situations ou à des faits postérieurs à la présente signature». Cette formule a été librement choisie par la République fédérale de Yougoslavie pour des raisons très claires. La République fédérale de Yougoslavie doit maintenant subir les conséquences de sa propre décision. Si sa déclaration était valable, elle ne conférerait cependant une compétence obligatoire qu'à l'égard des différends survenant après le 25 avril. Elle ne conférerait aucune compétence pour ce qui est de différends survenus avant cette date, y compris le présent différend.

## **2. Article IX de la convention sur le génocide**

26. J'en viens maintenant au second titre de compétence invoqué contre le Canada, à savoir, l'article IX de la convention sur le génocide.

27. Le génocide est le plus grave des crimes internationaux. Le Canada a été amené à participer aux opérations aériennes de l'OTAN par une série d'événements survenus au Kosovo qui ont bouleversé la conscience du monde. Dans ce contexte, l'accusation de génocide formulée par la République fédérale de Yougoslavie contre le Canada est amèrement ironique. De même, il y a quelque chose d'irréel et de clairement cynique dans le fait que le demandeur se réclame de la convention sur le génocide, ce qui ne constitue rien d'autre qu'un stratagème visant à s'assurer une base de compétence devant la Cour. Celle-ci aura à tenir compte de tout cela pour déterminer si une allégation sommaire et non fondée de génocide peut automatiquement être invoquée comme une base de compétence suffisante *prima facie* pour justifier une demande en indication de mesures conservatoires. Il va sans dire que ces considérations sont aussi très importantes au regard de la manière dont la Cour devrait exercer sa juridiction si elle considère qu'elle est compétente pour ce faire. Mais je reviendrai plus tard sur ce point dans mon intervention.

28. L'utilisation de la convention comme base de compétence est artificielle et dénuée de fondement. Non seulement l'objet de la demande et les allégations formulées n'ont rien à voir avec le crime de génocide, mais les mesures conservatoires demandées sont sans rapport avec le génocide. Les mesures demandées visent exclusivement à obtenir la cessation de l'emploi de la force, ce qui en droit et dans les faits constitue une question distincte pour laquelle une autre base de compétence est invoquée. La convention sur le génocide ne saurait donc constituer *prima facie* une base de compétence pour les mesures sollicitées<sup>7</sup>.

29. La question essentielle qui se pose ici, Monsieur le président, est de savoir quand un traité constitue une base de compétence *prima facie*. Il est clair que ce traité doit exister et lier les parties en cause et doit contenir une clause attribuant compétence à la Cour. Toutefois cela ne suffit pas. La juridiction aux termes d'un traité dépend également des allégations spécifiques formulées dans la demande. Il ne peut y avoir de compétence *prima facie* en vertu d'un traité si l'objet du différend n'a pas de relation plausible avec l'objet du traité — comme le confirme l'analyse contenue dans

---

<sup>7</sup>Voir par exemple *Plateau continental de la mer Egée*, C.I.J. Recueil 1976, p. 9, par. 25; *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, C.I.J. Recueil 1979, p. 19, par. 36 et *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c. Sénégal)*, ordonnance du 2 mars 1990, C.I.J. Recueil 1990.

l'arrêt rendu dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières* (par. 16). Plus précisément, la Cour a compétence dans le cadre d'un traité si — et seulement si — les faits allégués, s'ils étaient prouvés, constituaient une violation du traité.

0 1 2

30. Selon ce critère, la convention sur le génocide ne peut en aucune façon étayer la position de la République fédérale de Yougoslavie en ce qui concerne la juridiction de la Cour à l'égard du Canada. La façon dont la convention est invoquée équivaut à une paraphrase généralisée de l'alinéa *c)* de l'article II, de cet instrument qui définit comme acte de génocide la «soumission intentionnelle du groupe [national] à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle». Pas un seul acte de ce genre n'est cité à l'appui de cette affirmation vague qui paraît se référer à la *totalité* des actes commis contre la République fédérale de Yougoslavie et auxquels le Canada — selon les termes de la requête — «prend part».

31. Il existe deux raisons distinctes pour lesquelles la Cour ne devrait pas traiter une allégation de génocide généralisée mais non fondée comme base de compétence *prima facie*, en l'absence d'arguments pertinents. La gravité même de ce crime implique d'une part que la Cour devrait en fait prendre des mesures lorsqu'elle le peut pour mettre fin à des actes authentiques de génocide en cas d'allégations graves et fondées. Elle devrait de même faire preuve d'autre part d'une grande prudence avant d'accorder crédit à des accusations qui non seulement ne sont pas fondées mais auxquelles il *ne peut* être apporté de réponse, en raison de leur absence totale de spécificité. La justice naturelle exige une telle discipline. Une considération plus importante encore vient du risque que l'autorité morale qui s'attache aux ordonnances rendues au titre de l'article 41, autorité morale dont dépend en définitive l'efficacité du pouvoir décisionnel, ne soit sérieusement compromise par l'indication automatique de mesures conservatoires en matière de génocide sur la base d'accusations générales mais non fondées.

32. La raison pour laquelle il n'est pas donné de précisions pertinentes sur le plan juridique est évidente. L'Etat demandeur en effet ne possède aucune preuve. S'il avait des preuves réelles d'actes commis par le Canada relevant d'un génocide, le demandeur n'aurait pas hésité à fournir des détails à la Cour. L'absence de telles preuves conduit nécessairement à conclure à l'inexistence des actes allégués.

015

33. La deuxième raison est que cette façon d'invoquer la convention sur le génocide comme base de compétence est fondée sur une interprétation implicite de la convention qui est non seulement viciée en droit mais qui menace l'intégrité de la notion de génocide et la cohérence du droit. Il est suggéré qu'en prenant part à des opérations aériennes qui s'accompagnent inévitablement, comme toute campagne militaire, de dommages collatéraux et de victimes, le Canada participe *automatiquement* à la forme de génocide visée à l'alinéa c) de l'article II, à savoir la soumission intentionnelle d'un groupe national à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle. Sur cette base, tout recours à l'emploi de la force et tout acte de guerre devraient être automatiquement considérés comme équivalant à un génocide. Cette thèse, Monsieur le président, est non seulement erronée mais dangereuse. Elle confond en un même amalgame les domaines distincts du droit en matière de génocide, de *jus ad bellum* et de *jus in bello*. Toutes les distinctions reconnues seraient ainsi supprimées et par la même occasion la cohérence et une grande partie de l'efficacité de cet ensemble de principes juridiques disparaîtraient. Les arguments et les illustrations présentés ce matin procédaient de l'hypothèse que l'emploi de la force et le génocide sont des notions identiques qui correspondent exactement aux mêmes domaines et qui s'appliquent exactement de la même manière — ce qui constitue une altération fondamentale de principes fondamentaux.

34. Non seulement il n'est pas fourni de précisions pertinentes mais aucun acte spécifique n'est imputé au Canada, que ce soit au titre de la convention sur le génocide ou à l'égard de l'emploi de la force. La Cour aura relevé que les dix requêtes sont virtuellement identiques sauf en ce qui concerne les titres de compétence. En conséquence, il n'existe *aucune* allégation de fait, tant dans la requête que dans les exposés oraux du demandeur, selon laquelle le Canada — Etat souverain indépendant et partie à cette procédure — aurait commis des actes assimilables à un génocide. Cette impossibilité d'imputer les actes allégués au Canada lui-même — ni d'ailleurs à l'un quelconque des autres défendeurs — suffit à établir l'absence de toute compétence *prima facie* au titre de la convention sur le génocide.

35. La Cour se souviendra qu'à l'époque où la Bosnie-Herzégovine a formulé sa demande en indication de mesures conservatoires, en 1993, elle avait refusé d'envisager une série de mesures

conservatoires sollicitées concernant le conflit mais non clairement liées à la convention sur le génocide, qui était bien entendu la base de compétence *prima facie* de l'ordonnance. Si la Cour appliquait aujourd'hui ce même principe, les mesures conservatoires demandées devraient être manifestement rejetées au motif qu'au fond elles sont sans rapport avec la convention.

36. En résumé, Monsieur le président, la convention sur le génocide n'a rien à voir avec l'objet réel du différend, qui est le recours à l'emploi de la force et non pas le génocide tel qu'il est défini dans la convention et par la Cour dans son ordonnance de 1993, comme étant «la destruction *intentionnelle* d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux» (par. 42). Il est évident, de par les termes de la requête qui se réfère exclusivement à l'emploi de la force et non au génocide, que les mesures conservatoires sollicitées aujourd'hui ne sauraient trouver une base juridictionnelle dans la convention.

0 1 6

## PARTIE II : NATURE DES MESURES CONSERVATOIRES

37. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, je passe maintenant de la question de la compétence *prima facie* à la deuxième partie de mon argumentation, à savoir que, mis à part le défaut évident de compétence, il ne conviendrait pas en l'espèce, d'indiquer des mesures conservatoires en vertu de l'article 41 du Statut.

38. Monsieur le président, l'indication de mesures au titre de l'article 41 n'est pas automatique. Cette disposition reconnaît à la Cour le pouvoir d'appréciation discrétionnaire d'indiquer des mesures équitables, sur la base de toute une série de considérations. Une demande à cet effet exige donc que la Cour tienne compte de *toutes* les circonstances lorsqu'elle exerce ce pouvoir discrétionnaire.

39. La première de ces circonstances, Monsieur le président, réside dans le fait que la propre conduite du demandeur constitue la cause essentielle du différend. La Cour ne devrait pas indiquer de mesures conservatoires en faveur d'une partie qui les réclame à la suite de ses propres violations graves et systématiques du droit international et notamment du droit humanitaire international et de sa non-observation manifeste des résolutions obligatoires pertinentes du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies.

40. Dans l'exposé qu'elle a présenté au Conseil de sécurité le 5 mai (et dont ma délégation communiquera le texte à la Cour), la Haut-Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés a souligné que la présente crise des réfugiés n'était « pas nouvelle » et que le HCR fournissait déjà une assistance à 500 000 Albanais kosovars à l'intérieur et à l'extérieur du Kosovo *bien avant* que les frappes aériennes de l'OTAN ne commencent le 24 mars. Elle a ajouté :

« Le Kosovo est actuellement vidé — brutalement et méthodiquement — de sa population de souche albanaise ... la purification ethnique et les expulsions massives produisent leurs effets tragiques trop rapidement ... pour que quiconque puisse y faire face. »

Les preuves recueillies par les sources les plus autorisées des Nations Unies montrent, Monsieur le président, que c'est l'oppression exercée par les forces militaires et les services de sécurité du demandeur, et non pas la campagne entreprise par l'OTAN pour arrêter cette répression, qui est à l'origine de la crise des réfugiés.

0 1 7

41. Les derniers chiffres émanant du HCR<sup>8</sup> indiquent que plus de 800 000 Albanais kosovars, soit 67 % de la population du Kosovo ont fui la répression exercée par les forces de la République fédérale de Yougoslavie. Le 7 mai, plus de 400 000 de ces infortunés ressortissants de la République fédérale de Yougoslavie avaient trouvé refuge en Albanie, le pays le plus pauvre d'Europe. D'autre part, 330 000 autres personnes vivent dans des camps surpeuplés en Macédoine dont elles constituent maintenant 10 % de la population et où elles représentent un fardeau écrasant qui menace de déstabiliser le pays. Près de 18 000 personnes ont trouvé refuge en Bosnie, région qui se remet à peine des exactions de la République fédérale de Yougoslavie, que la présente Cour examine actuellement dans l'affaire du *Génocide*. Par ailleurs, 124 000 autres personnes ont demandé asile à d'autres pays, y compris le Canada et d'autres Etats défendeurs.

42. La répression exercée par la République fédérale de Yougoslavie contre les civils albanais de souche au Kosovo, qui a déclenché cet exode massif, est un des plus graves crimes contre l'humanité qu'ait connu ce siècle. Les actes de répression et les graves violations du droit humanitaire international perpétrés contre les Albanais kosovars par la République fédérale de Yougoslavie comprennent — comme la Commission des droits de l'homme l'a souligné il y a

---

<sup>8</sup>Au 7 mai; mise à jour quotidienne au site Internet du HCR ([www.unhcr.ch](http://www.unhcr.ch)).

un mois<sup>9</sup> — des tueries à grande échelle, des massacres planifiés et systématiques, des exécutions sommaires, des exodes massifs forcés, la destruction de documents d'identité et de dossiers personnels, d'habitations et de biens ainsi que de la capacité de production agricole, visant à empêcher le retour des intéressés. Je tiens à souligner, Monsieur le président, que toutes ces violations enfreignent des obligations juridiques internationales qui constituent des obligations *erga omnes*.

43. Dans ses résolutions 1160, 1199 et 1203 de 1998, le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies a demandé à la République fédérale de Yougoslavie de cesser toute action répressive contre la population civile du Kosovo; de mettre fin aux attaques perpétrées par ses forces de sécurité contre la population civile; d'évacuer toutes les unités de sécurité utilisées pour la répression des civils; de coopérer pleinement aux efforts entrepris au plan international pour améliorer la situation humanitaire au Kosovo; de prendre des mesures immédiates pour éviter une catastrophe humanitaire; d'assumer sa responsabilité de créer des conditions permettant à tous les réfugiés et à toutes les personnes déplacées de regagner leurs foyers en toute sécurité et de coopérer pleinement avec le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

0 1 8

44. La République fédérale de Yougoslavie n'a rien fait de tout cela. C'est pourquoi nous estimons que la Cour ne devrait pas donner suite à la demande de la République fédérale de Yougoslavie tendant à ce qu'on la protège contre ses propres violations.

45. Il existe une autre considération qui se rapporte directement au critère de «préjudice irréparable» que la Cour a constamment retenu. Les mesures conservatoires sollicitées aujourd'hui laisseraient les forces de sécurité de la République fédérale de Yougoslavie libres de continuer voire même d'accélérer la répression massive et l'expulsion de la population albanaise de souche du Kosovo. Loin d'éviter un «préjudice irréparable», l'effet des mesures conservatoires sollicitées par la République fédérale de Yougoslavie serait dévastateur — surtout pour le seul groupe affecté qui ne peut s'exprimer devant cette Cour, à savoir la population albanaise du Kosovo.

---

<sup>9</sup>Résolution 1999/2 du 16 avril 1999.

46. A cet égard, la communauté internationale cherche à trouver une solution politique à ce problème intrinsèquement politique. Aujourd'hui, comme conséquence directe de l'intransigeance du demandeur et de son refus d'envisager une solution pacifique qui, selon les termes du Conseil de sécurité, doit «respecter les droits des Albanais kosovars et de tous ceux qui vivent au Kosovo» (résolution 1160 du Conseil de sécurité, du 31 mars 1998), le problème politique a explosé. Il s'est transformé en une catastrophe humanitaire de proportions tragiques que des instruments juridiques internationaux obligatoires tels que la résolution 1199 du Conseil de sécurité ont vainement tenté de prévenir. Non seulement la République fédérale de Yougoslavie cherche à obtenir de la Cour une protection contre les conséquences d'un problème qu'elle a elle-même créé, mais elle tente aussi d'échapper à la responsabilité qui lui incombe de mettre fin à la crise actuelle par le biais de négociations de bonne foi que le Conseil de sécurité a exigées il y a plus d'un an.

47. Dans le contexte de ces intenses activités internationales, sur les plans diplomatique et politique, le Canada estime que toute indication de mesures par la Cour à la suite d'une détermination qui, par sa nature même, serait sommaire et fondée sur un examen restreint risquerait de compliquer encore une situation complexe au lieu d'y remédier.

48. Je tiens à faire une dernière remarque, Monsieur le président. Les mesures conservatoires visées à l'article 41 sont censées avoir un caractère *conservatoire*. La demande présentée aujourd'hui à la Cour tend essentiellement à limiter l'emploi de la force par l'OTAN et à mettre fin aux opérations aériennes entreprises depuis plusieurs semaines par l'Alliance de l'Atlantique Nord. Elle ne vise pas à préserver des droits ou à maintenir un statu quo. Elle donnerait simplement toute satisfaction à l'une des Parties et laisserait la République fédérale de Yougoslavie libre de poursuivre son programme de purification ethnique en toute impunité. Il s'agirait là non pas d'une mesure conservatoire mais d'une décision rendue par anticipation quant au fond en faveur du demandeur — résultat qui serait tout à fait en dehors des prévisions de l'article 41. Une telle décision serait non seulement anticipée mais irréversible puisque dans une situation où le facteur temps est essentiel, toute tentative visant à entraver l'action de l'OTAN aurait des conséquences permanentes que même un arrêt définitif de la Cour ne pourrait ni modifier ni infirmer.

49. Dans sa demande en indication de mesures conservatoires, l'Etat demandeur tente d'obtenir la fin de la campagne aérienne de l'OTAN sans conditions, sans règlement politique et — surtout — sans garantir le rapatriement des Albanais kosovars ni la protection de ces derniers. Bien avant l'arrêt définitif, le Kosovo serait vide de Kosovars et la structure économique et sociale des pays limitrophes de la région s'en trouverait modifiée à jamais. Il s'agirait là en fait d'une application tragiquement erronée de l'article 41 et d'un abus tragique du droit de saisir cette Cour par une Partie dont les antécédents ne sauraient inspirer confiance.

### **Conclusion**

50. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, le Canada estime en conclusion que la Cour n'est pas *prima facie* compétente au regard de chacun des titres de compétence invoqués par l'Etat demandeur. Il existe en outre des raisons décisives d'estimer que des mesures conservatoires seraient appropriées et iraient à l'encontre de leur but dans les circonstances de l'espèce.

51. Si, et seulement si, malgré toutes ces considérations, la Cour décidait néanmoins d'exercer ses pouvoirs en vertu de l'article 41, nous aimerions simplement noter qu'il est loisible à la Cour d'examiner d'office des mesures propres à garantir les droits de toutes les parties au différend. Il serait impensable, comme je l'ai souligné d'emblée, d'envisager dans cette affaire des mesures conservatoires qui ne porteraient pas en priorité sur la cause réelle du différend — à savoir *non pas* les opérations aériennes engagées par l'OTAN, mais l'oppression grave et persistante exercée par les forces de la République fédérale de Yougoslavie contre les Albanais kosovars.

0 2 0

52. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, je tiens à remercier la Cour de sa courtoise attention. Je terminerai mon exposé en présentant la conclusion suivante au nom du Gouvernement du Canada :

Le Canada prie respectueusement la Cour de rejeter la demande en indication de mesures conservatoires présentée par la République fédérale de Yougoslavie le 29 avril 1999.

Je vous remercie de votre attention.

Le VICE-PRESIDENT, faisant fonction de président : Je vous remercie M. Kirsch, de votre exposé. La Cour va maintenant suspendre quelques minutes ses audiences avant de les reprendre pour examiner la requête présentée par la Yougoslavie contre la France.

*L'audience est levée à 16 h 50.*

---