

CR 2004/9

International Court
of Justice

THE HAGUE

Cour internationale
de Justice

LA HAYE

YEAR 2004

Public sitting

held on Monday 19 April 2004, at 4 p.m., at the Peace Palace,

President Shi presiding,

*in the case concerning the Legality of Use of Force
(Serbia and Montenegro v. Portugal)*

VERBATIM RECORD

ANNÉE 2004

Audience publique

tenue le lundi 19 avril 2004, à 16 heures, au Palais de la Paix,

sous la présidence de M. Shi, président,

*en l'affaire relative à la Licéité de l'emploi de la force
(Serbie et Monténégro c. Portugal)*

COMPTE RENDU

Present: President Shi
Vice-President Ranjeva
Judges Guillaume
Koroma
Vereshchetin
Higgins
Parra-Aranguren
Kooijmans
Rezek
Al-Khasawneh
Buergenthal
Elaraby
Owada
Tomka
Judge *ad hoc* Kreća
Registrar Couvreur

Présents : M. Shi, président
M. Ranjeva, vice-président
MM. Guillaume
Koroma
Vereshchetin
Mme Higgins
MM. Parra-Aranguren
Kooijmans
Rezek
Al-Khasawneh
Burgenthal
Elaraby
Owada
Tomka, juges
M. Kreća, juge *ad hoc*

M. Couvreur, greffier

The Government of Serbia and Montenegro is represented by:

Mr. Tibor Varady, S.J.D. (Harvard), Chief Legal Adviser at the Ministry of Foreign Affairs of Serbia and Montenegro, Professor of Law at the Central European University, Budapest and Emory University, Atlanta;

as Agent, Counsel and Advocate;

Mr. Vladimir Djerić, LL.M. (Michigan), Adviser to the Minister for Foreign Affairs of Serbia and Montenegro,

as Co-agent, Counsel and Advocate;

Mr. Ian Brownlie, C.B.E., Q.C., F.B.A., Chichele Professor of Public International Law (Emeritus), University of Oxford, Member of the International Law Commission, member of the English Bar, member of the Institut de droit international,

as Counsel and Advocate;

Mr. Slavoljub Carić, Counsellor, Embassy of Serbia and Montenegro, The Hague,

Mr. Saša Obradović, First Secretary, Embassy of Serbia and Montenegro, The Hague,

Mr. Vladimir Cvetković, Third Secretary, International Law Department, Ministry of Foreign Affairs of Serbia and Montenegro,

Ms Marijana Santrač,

Ms Dina Dobrković,

as Assistants;

Mr. Vladimir Srećković, Ministry of Foreign Affairs,

as Technical Assistant.

The Government of Portugal is represented by:

Mr. Luís Serradas Tavares, Director of the Department of Legal Affairs, Ministry of Foreign Affairs, Lecturer in Law at the University Lusíada,

as Agent;

H.E. Mr. João Salgueiro, Ambassador of the Portuguese Republic to the Kingdom of the Netherlands,

as Co-Agent;

Mr. Miguel Galvão Teles, from *Miguel Galvão Teles, João Soares da Silva & Associados*, member of the Portuguese Bar,

as Counsel and Advocate;

Le Gouvernement de la Serbie et Monténégro est représenté par :

M. Tibor Varady, S.J.D. (Harvard), conseiller juridique principal au ministère fédéral des affaires étrangères de la Serbie et Monténégro, professeur de droit à l'Université d'Europe centrale de Budapest et à l'Université Emory d'Atlanta,

comme agent, conseil et avocat;

M. Vladimir Djerić, LL.M. (Michigan), conseiller du ministre fédéral des affaires étrangères de la Serbie et Monténégro,

comme coagent, conseil et avocat;

M. Ian Brownlie, C.B.E., Q.C., F.B.A., professeur émérite de droit international public à l'Université d'Oxford, ancien titulaire de la chaire Chichele, membre de la Commission du droit international, membre du barreau d'Angleterre, membre de l'Institut de droit international,

comme conseil et avocat;

M. Saša Obradović, premier secrétaire à l'ambassade de Serbie et Monténégro à La Haye,

M. Vladimir Cvetković, troisième secrétaire, département de droit international, ministère des affaires étrangères de Serbie et Monténégro,

Mme Marijana Santrač, LL.B. M.A. (Université d'Europe centrale),

Mme Dina Dobrković, LL.B.,

comme assistants;

M. Vladimir Srećković, ministère des affaires étrangères de Serbie et Monténégro,

comme assistant technique.

Le Gouvernement du Portugal est représenté par :

M. Luís Miguel Serradas de Sousa Tavares, directeur du département des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères, maître de conférence en droit à l'Université Lusíada,

comme agent;

S. Exc. M. João Manuel Guerra Salgueiro, ambassadeur de la République portugaise auprès du Royaume des Pays-Bas,

comme coagent;

M. Miguel Galvão Teles, cabinet Miguel Galvão Teles, João Soares da Silva & Associés, membre du barreau du Portugal,

comme conseil et avocat;

Ms Patrícia Galvão Teles, Consultant of the Department of Legal Affairs, Ministry of Foreign Affairs of Portugal, Professor of International Law at the Autonomous University of Lisbon,

as Counsel;

Mr. Luís de Barros, Counsellor at the Portuguese Embassy in The Hague,

Ms Filipa Marques Júnior, from *Miguel Galvão Teles, João Soares da Silva & Associados*,

as Assistants.

Mme Patrícia Galvão Teles, consultant auprès du département des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères, professeur de droit international à l'Université autonome de Lisbonne,

comme conseil;

M. Luís de Barros, conseiller à l'ambassade du Portugal à La Haye,

Mme Filipa Marques Júnior, cabinet Miguel Galvão Teles, João Soares da Silva & Associés,

comme assistants.

The PRESIDENT: The Court will now hear the oral pleadings of Portugal. I give the floor to Mr. Luís Tavares, the Agent of Portugal.

Mr. TAVARES:

1. Mr. President, distinguished Members of the Court. It is an immense honour for me to appear before you today as the Agent of the Portuguese Republic.

Let me begin by presenting my compliments to you, Mr. President, and to the Members of the Court. I would also like to extend my greetings to the Serbia and Montenegro delegation as well as to all the other Respondents' delegations.

2. Mr. President, Members of the Court. The present case has taken an unusual path. The Federal Republic of Yugoslavia — now Serbia and Montenegro — filed with the Registrar of the Court Applications against several NATO Member States, including Portugal. With regard to the Portuguese Republic, Yugoslavia has invoked, as the ground for the Court's jurisdiction, paragraph 2 of Article 36 of the Statute and Article IX of the Genocide Convention.

Subsequently, Yugoslavia filed its Memorial and Portugal raised preliminary objections.

3. Serbia and Montenegro presented its response in written observations and submissions. On that occasion, Serbia and Montenegro remained silent on all the preliminary objections made by Portugal, except one — the one concerning the invalidity of the Yugoslav declaration of acceptance of the Court's jurisdiction. Regarding this objection, Serbia and Montenegro stated that "it was not and could not have been a party to the Statute of this Court by way of United Nations membership". The consequence of this is that the declaration of acceptance of jurisdiction could not have been valid at the time it was deposited. Serbia and Montenegro stated, likewise, that it was not a party to the Genocide Convention during the period concerning the events that are the subject-matter of these proceedings.

On its submissions, Serbia and Montenegro requested the Court to decide on its jurisdiction considering the pleadings formulated in those written observations. In other words, Serbia and Montenegro requested the Court to decide that it has no jurisdiction to adjudicate on the merits of the case.

4. The Portuguese Republic agrees with Serbia and Montenegro: the Court does not have jurisdiction to decide on the merits of the case.

Portugal respects the present position of Serbia and Montenegro. But that position entails certain legal consequences: Serbia and Montenegro no longer has a legal interest in settling the dispute that it submitted to the Court and the purpose of this procedure has, therefore, become moot.

5. Mr. President, Members of the Court. Portugal will still start its presentation, precisely, with an analysis of the legal consequences of the position adopted by Serbia and Montenegro in its written observations and submissions.

There is no longer a dispute between the Parties on the question of the Court's lack of jurisdiction. Nevertheless, *ex abundanti cautela*, Portugal will develop at this stage certain aspects of its written preliminary objections.

Portugal shall not comment again on the invalidity of the declaration of acceptance of jurisdiction by the Federal Republic of Yugoslavia, because on that point Serbia and Montenegro's agreement is explicit. The Portuguese written pleadings, the written observations made by Serbia and Montenegro and the documents that were annexed in this case by Portugal are sufficient to demonstrate such invalidity.

Moreover, all pleadings concerning the preliminary objections are subsidiary in relation to the previous questions regarding the loss of legal interest by Serbia and Montenegro and the disappearance of the purpose of these proceedings.

6. In conclusion, I would like to add that the non-repetition of arguments made in the written pleadings can by no means signify that these have been abandoned.

I would also like to underline that nothing of what is said by Portugal at this stage of the proceedings shall be considered as an admission with regard to the merits.

7. Mr. President, I would kindly ask you to give the floor now to our Co-Agent, Ambassador João Salgueiro and, afterwards, to our counsel, Mr. Miguel Galvão Teles, who will present and develop the oral pleadings of the Portuguese Republic.

Thank you very much, Mr. President and Members of the Court.

The PRESIDENT: Thank you, Mr. Tavares. I now give the floor to His Excellency Mr. Salgueiro.

Mr. SALGUEIRO:

1. Mr. President, honourable Members of the Court. Let me begin by expressing my sincere respects and my privilege to appear before you today. As Ambassador of Portugal to the Kingdom of the Netherlands, let me convey some brief words on behalf of my Government.

2. Allow me, also, to greet the Serbia and Montenegro delegation. Portugal is very keen on intensifying the bilateral relationship between the two States. This relationship has been recently reinforced by the visit of the President of Serbia and Montenegro to our country just last November. The Portuguese Republic also welcomes Serbia and Montenegro's efforts towards peace, democracy and progressive integration in the Euro-Atlantic institutions and looks forward to the stabilization of the situation in the region.

3. Mr. President, Members of the Court. As mentioned before, Portugal will not come into the merits of this case. Let me just point out that Portugal contributed to NATO for "Allied Force" Operation in 1999 with three F-16 reconnaissance planes and its pilots and support staff (in a total of 53 persons). It was a contribution however small to a collective effort aimed at stopping an ongoing humanitarian catastrophe. Portugal regrets the human losses caused by that operation. We remain nevertheless convinced that the losses would have been far greater if the humanitarian disaster in Kosovo had continued.

4. Mr. President, Members of the Court, Portugal is a State that fully respects international law. We accepted the Court's jurisdiction when becoming a Member of the United Nations in 1955 and we remain committed to the idea that the International Court of Justice has a vital role to play in upholding respect for international law.

5. Portugal submits, however, that it is improper to entertain this case, that the Court does not have jurisdiction and that the claims are inadmissible. I, therefore, kindly request you, Mr. President, to give the floor to our counsel, Mr. Miguel Galvão Teles who, as announced by the Agent, will present and develop Portugal's arguments on such issues.

The PRESIDENT: Thank you, Excellency. I now give the floor to Mr. Miguel Teles.

M. GALVÃO TELES :

Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, l'honneur me revient de plaider, à nouveau, devant la Cour internationale de Justice. Je vous présente mes salutations distinguées, à vous, Monsieur le président, à vous, Monsieur le vice-président, et à vous tous, Madame et Messieurs les juges.

Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, permettez-moi deux remarques à titre préliminaire.

Puisque les faits et les pièces de procédure sont tous antérieurs au mois de février 2003, quand le demandeur a adopté une nouvelle constitution et un nouveau nom, pour lui faire mention je parlerai indifféremment de Serbie et Monténégro, de Yougoslavie ou de République fédérale de Yougoslavie.

Je ne reproduirai pas ici les références qui se trouvent au texte écrit déposé au Greffe de la Cour ou je ne les reproduirai pas entièrement. Je prie, toutefois, que, comme d'habitude, elles soient insérées au compte rendu.

I. ABSENCE D'INTERET JURIDIQUE DANS UN REGLEMENT DU DIFFEREND ET NON-POURSUITE DU BUT DE LA PROCEDURE

1.1. La position adoptée par la Serbie et Monténégro dans ses observations et conclusions écrites soulève une question liée à l'intégrité de la fonction judiciaire de la Cour, qui est préalable par rapport aux exceptions préliminaires soulevées par le Portugal. Il appartient, bien sûr, à la Cour elle-même, et non aux Parties, comme elle l'a dit à plusieurs reprises, de veiller à l'intégrité de sa fonction judiciaire (par exemple, *Nottebohm, C.I.J. Recueil 1953*, p. 122, *Cameroun Septentrional, C.I.J. Recueil 1963*, p. 29-31 et 37-38, et *Essais nucléaires, C.I.J. Recueil 1974*, p. 271, par. 57-58). A ce propos, le Portugal ne prétend qu'attirer votre attention, Monsieur le président et Madame et Messieurs les juges, sur quelques points.

1.2. Conformément à l'article 40, paragraphe 1, du Statut, l'existence d'un différend est un présupposé essentiel de la juridiction de la Cour dans une affaire contentieuse. La procédure a pour but de régler des différends (*Essais nucléaires, C.I.J. Recueil 1974*, p. 270, par. 55) — et de les régler *au fond*. Evidemment, il se peut que des différends d'ordre juridictionnel se soulèvent en

cours de procédure et que le règlement au fond ne soit pas possible. Il reste, néanmoins, que tel est le but juridique de la procédure; et que c'est au demandeur qu'il appartient de le poursuivre.

Dans le cas d'espèce — et en considérant la situation en des termes purement objectifs — la Serbie et Monténégro, de par ses observations et conclusions sur les exceptions préliminaires, prétend à une décision qui sera exclusivement juridictionnelle et au contenu négatif, puisqu'elle reconnaît que la Cour ne possède pas de compétence pour trancher au fond. Elle ne poursuit donc plus le but d'obtenir une décision sur le fond de l'affaire.

1.3. Certes, dans l'affaire de l'*Or monétaire pris à Rome en 1943*, la Cour a admis que le demandeur soulève une question préliminaire d'incompétence et c'est en tranchant cette question que la Cour a décidé qu'elle ne pouvait pas statuer sur les demandes de l'Italie. Mais les circonstances y étaient toutes particulières — comme la Cour l'a bien souligné (*C.I.J. Recueil 1954*, p. 28-29).

L'Italie avait un intérêt juridique et légitime pour saisir la Cour, même à fin d'obtenir une décision négative de juridiction. La position prise par le Royaume-Uni au cours de la procédure le démontre clairement (remarquons, d'ailleurs, que la question ou exception préliminaire soulevée par l'Italie ne concernait que sa première demande, quoique la Cour ait estimé qu'elle ne pouvait pas statuer aussi sur la seconde).

Conformément à la déclaration de Washington du 25 avril 1951, la saisine de la Cour par l'Italie représentait une *condition* pour que puisse se maintenir sa prétention à recevoir l'or en satisfaction partielle des dommages qui lui avaient été causés par la loi albanaise du 13 janvier 1945. La déclaration de Washington, à laquelle l'Italie n'était pas partie, lui imposait la *charge* de saisir la Cour avec des demandes prédéterminées.

1.4. Rien de semblable ne se passe dans le cas d'espèce. La Serbie et Monténégro ne maintient aucun intérêt juridique et aucun intérêt légitime dans la saisine de la Cour. L'enjeu n'est pas celui de savoir si des exceptions préliminaires soulevées par le demandeur sont recevables. Ce qui importe, c'est tout simplement que le but de la procédure, un règlement au fond d'un différend, n'est plus poursuivi par le demandeur et qu'il a, tout simplement, disparu.

1.5. Au demeurant, les moyens de droit sur lesquels le demandeur prétend fonder la compétence de la Cour n'existent plus (article 38, paragraphe 2, du Règlement): ni le

paragraphe 1, combiné avec l'article IX de la convention sur le génocide, ni le paragraphe 2 de l'article 36 du Statut. La Serbie et Monténégro a renoncé à ces fondements.

1.6. Même si, comme M. l'agent l'a dit, le Portugal reprendra, *ex abundanti cautela*, quelques aspects des exceptions préliminaires qu'il a soulevées, il se fie en l'accord de la Serbie et Monténégro quant à l'absence de compétence de la Cour et en son admission des exceptions préliminaires qui n'ont pas été explicitement considérées dans ses observations et conclusions. La Serbie et Monténégro n'est plus en mesure, par renonciation et par *estoppel*, de changer de position.

Tout ce que le Portugal dira par la suite est sans préjudice de ce point, et donc plaidé à titre subsidiaire.

II. INCOMPÉTENCE *RATIONE TEMPORIS* DE LA COUR AUX TERMES DE L'ARTICLE 36, PARAGRAPHE 2, DU STATUT

2.1. Comme M. l'agent l'a aussi signalé, le Portugal ne reviendra pas sur l'invalidité de la déclaration yougoslave d'acceptation de la juridiction de la Cour. A cet égard, il renvoie à sa pièce écrite, ainsi qu'aux observations et conclusions de la Serbie et Monténégro, et même, il prend bénéfice de ce qui a été dit, et de ce qui a été et sera plaidé par les autres défendeurs dans les affaires parallèles à celle-ci.

Ce que la République portugaise plaidera par la suite n'est ainsi que doublement subsidiaire, par rapport, premièrement, à l'absence d'intérêt juridique de la Serbie et Monténégro et à la non-poursuite du but de la procédure, et, deuxièmement, par rapport à l'invalidité de la déclaration yougoslave d'acceptation de la juridiction de la Cour.

2.2. Conformément à l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour, «[l]es Etats parties ... pourront ... déclarer reconnaître comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale, à l'égard de tout autre Etat *acceptant la même obligation*, la juridiction de la Cour sur tous les différends d'ordre juridique...».

Le paragraphe 2 de l'article 36 établit lui-même une condition de réciprocité : la reconnaissance de la juridiction de la Cour ne vaut qu'à l'égard des Etats qui acceptent la même obligation (*Phosphates du Maroc, exceptions préliminaires, C.P.J.I. série A/B n° 74*, p. 22; *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, exceptions préliminaires, C.P.J.I. série A/B n° 77*,

p. 80-81; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, exceptions préliminaires*, C.I.J. Recueil 1998, p. 300, par. 45). Comme la Cour l'a affirmé dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co. (exception préliminaire)*, «[p]ar ces déclarations, compétence est conférée à la Cour seulement dans la mesure où elles coïncident pour la lui conférer» (C.I.J. Recueil 1952, p. 103; voir aussi *Certains emprunts norvégiens*, C.I.J. Recueil 1957, p. 23).

2.3. La déclaration de la République fédérale de Yougoslavie, signée le 25 avril 1999, contient une réserve *ratione temporis*. Il y est précisé qu'elle reconnaît la juridiction de la Cour «pour tous les différends, surgissant ou pouvant surgir [*arising or which may arise*], dans l'original anglais] après la signature de la présente déclaration, qui ont trait à des situations ou à des faits postérieurs à ladite signature...».

Le propos de la République fédérale de Yougoslavie en établissant une limitation temporelle dans sa déclaration était évidemment celui de se protéger, par rapport à l'article 36, paragraphe 2, du Statut, contre les demandes éventuelles qui pourraient être introduites par d'autres Etats, ayant trait à ses agissements dans le cadre du démembrement de la République socialiste fédérale de Yougoslavie et de ses suites.

Dès lors que la compétence de la Cour dépend de la coïncidence des déclarations du Portugal et de la Serbie et Monténégro, il faut que les conditions établies dans la déclaration de cette dernière soient remplies pour que la Cour puisse statuer au fond.

2.4. Dans son ordonnance sur la demande en indication de mesures conservatoires dans la présente affaire, la Cour affirma

«qu'un «différend d'ordre juridique» ... a «surgi» entre la Yougoslavie et l'Etat défendeur, comme avec les autres Etats membres de l'OTAN, bien avant le 25 avril 1999, au sujet de la licéité de ces bombardements comme tels, pris dans leur ensemble»,

et que

«la circonstance que ces bombardements se soient poursuivis après le 25 avril 1999 et que le différend les concernant ait persisté depuis lors n'est pas de nature à modifier la date à laquelle le différend avait surgi; que des différends distincts n'ont pu naître par la suite à l'occasion de chaque attaque aérienne...».

Comme la Cour l'a remarqué, il est clair que le différend s'est cristallisé lors des séances du Conseil de sécurité du 24 et du 26 mars 1999.

2.5. A l'égard de la question de la préexistence ou non du différend par rapport à la «date critique» (25 avril 1999), la République fédérale de Yougoslavie formula deux lignes d'argumentation.

La première est apparue lors des plaidoiries orales relatives à la procédure incidente au sujet des mesures conservatoires. Selon le conseil de la République fédérale de Yougoslavie, M. Corten, chaque acte de l'OTAN constituerait un *délit instantané*; et chacun de ces actes donnerait lieu à un différend spécifique (CR 99/25, 12 mai 1999, p. 18-19).

L'autre ligne se retrouve dans le mémoire. La République fédérale de Yougoslavie y allègue que,

«[d]epuis que la Cour a rendu ses ordonnances datées du 2 juin 1999, le différend s'est aggravé et étendu. Il s'est enrichi de nouveaux éléments en raison de l'inobservation par les défendeurs de leurs obligations au titre de la résolution 1244 du Conseil de sécurité et de la convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide.» (Par. 3.2.11.)

Et par la suite :

«ces nouveaux éléments contestés font partie intégrante du différend relatif au bombardement du territoire du demandeur. Le différend né du bombardement s'est cristallisé du fait de ces nouveaux éléments contestés et met désormais en cause la responsabilité des défendeurs pour le crime de génocide commis contre les Serbes et d'autres groupes non albanais dans la zone contrôlée par la KFOR.» (Par. 3.2.12.)

Après avoir invoqué l'arrêt de la Cour dans l'affaire du *Droit de passage (fond)* selon lequel un différend ne peut naître que «lorsque tous ses éléments constitutifs ont existé» (*C.I.J. Recueil 1960*, p. 34), la Serbie et Monténégro allègue qu'«après 10 juin 1999, il s'est élevé de nouvelles controverses à la suite de l'emploi illicite de la force, lesquelles sont devenues des éléments nouveaux du différend» (par. 3.2.16).

2.6. Ces deux lignes d'argumentation sont contradictoires. La première brise le différend en une multiplicité de mini différends. La seconde maintient l'unité du différend, le transformant en un différend inachevé au moment du dépôt de la requête introductive de l'instance.

2.7. Le Portugal ne reviendra pas sur la thèse des «délits instantanés», qui fut rejetée par la Cour dans son ordonnance concernant la demande en indication de mesures conservatoires et abandonnée, au mémoire, par la Serbie et Monténégro (par. 3.2.16). Il suffit de remarquer que,

comme celle-ci l'a reconnu elle-même, de par sa déclaration d'acceptation de la juridiction de la Cour, un différend ne se confond pas avec les faits auxquels il a trait.

2.8. Pour ce qui est de la deuxième ligne d'argumentation, il faut souligner, tout d'abord, que les faits subséquents au 10 juin 1999 soulèvent un différend qui est nettement distinct du différend précédent, concernant les bombardements par l'OTAN et leurs conséquences.

Il est du domaine public que l'action militaire de l'OTAN en la République fédérale de Yougoslavie a effectivement pris fin avant le 10 juin 1999. C'est ce même jour que le Conseil de sécurité, agissant en vertu du chapitre VII de la Charte, adopta la résolution 1244 (1999). Cette résolution prévoyait des présences internationales civile et de sécurité efficaces (par. 7; annexe 2, par. 3). La présence internationale de sécurité aurait une «participation substantielle» de l'OTAN.

Les accusations portées par la République fédérale de Yougoslavie, dans son mémoire, quant aux faits ayant lieu avant le 10 juin 1999 se rapportent aux attaques aériennes déclenchées par l'OTAN. Celles qui se réfèrent aux faits postérieurs au 10 juin concernent l'action de personnes locales de souche albanaise et les prétendues omissions de la KFOR. Les deux différends ont un objet entièrement distinct. Le Portugal y reviendra.

2.9. Si, par contre, l'on suppose, aux seuls besoins de raisonnement, que le différend ayant trait aux faits postérieurs au 10 juin 1999 n'est pas nouveau, il ne peut être que la *continuation* du différend précédent. En effet, c'est une chose de vérifier l'existence des éléments préparatoires d'un différend sans que celui-ci se soit établi, c'en est une autre qu'un différend se soit élevé et qu'il se développe.

Or, la République fédérale de Yougoslavie a elle-même reconnu que le différend existait au moment de la présentation de la requête introductive d'instance, puisqu'elle y a indiqué son objet. Même dans le mémoire, si, d'une part, elle affirme que le 25 avril 1999 tous les éléments constitutifs du différend n'étaient pas réunis, d'autre part elle dit que

«[l]e différend a surgi au cours du débat qui eut lieu lors des séances des 24 et 26 mars 1999 du Conseil de sécurité, soit avant le 25 avril 1999, entre la Yougoslavie et les défendeurs au sujet de la licéité de ces bombardements en tant que tels et considérés dans leur ensemble» (par. 3.2.16).

D'ailleurs, si, *arguendo*, on admettait que les faits postérieurs au 10 juin 1999 représentaient l'aboutissement d'un seul différend, alors il n'existerait pas de différend possédant tous les

éléments constitutifs au moment de la requête introductive de l'instance. Cependant, comme l'a dit la Cour permanente dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie (exceptions préliminaires)*, au sujet de la demande belge concernant une loi bulgare, «il appartenait au Gouvernement belge d'établir que, dès avant le dépôt de la requête, un différend s'était élevé entre les gouvernements relativement à la loi bulgare du 3 février 1936» (*C.P.J.I. série A/B n° 77*, p. 83; voir aussi *Certaines terres à phosphates à Nauru, exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1992*, p. 266, par. 68, et *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1998*, p. 322, par. 110).

III. INCOMPÉTENCE DE LA COUR PAR RÉFÉRENCE A L'ARTICLE IX DE LA CONVENTION SUR LE GÉNOCIDE

3.1. La Serbie et Monténégro ne fonde plus la compétence de la Cour sur l'article IX de la convention sur le génocide, fondement auquel elle a renoncé. A cet égard la République portugaise déclare vouloir bénéficier de ce qui a été et sera dit par d'autres défendeurs dans les affaires parallèles à celle-ci. A nouveau, le Portugal plaidera, par la suite, à titre subsidiaire.

A. Incompétence *ratione materiae*

3.2. Dans son ordonnance concernant la demande en indication de mesures conservatoires, la Cour considéra que «la caractéristique essentielle du génocide est la destruction intentionnelle d'un «groupe national, ethnique, racial ou religieux»» et qu'il «n'apparaît pas au présent stade de la procédure que les bombardements qui constituent l'objet même de la requête yougoslave «comporteront effectivement l'élément d'intentionnalité, dirigée contre un groupe comme tel, que requiert la disposition sus-citée» [l'article II de la convention sur le génocide] (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 240, par. 26).

Pour la commission de génocide un *dolus specialis* est requis : celui de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel (article II de la convention sur le génocide; *Le procureur c. Goran Jelusic, TPIY, jugement chambre de première instance, 14 décembre 1999, affaire n° IT-95-10*, par. 78; *Le procureur c. Jean Paul Akayesu, TPI, jugement chambre de première instance, 2 septembre 1998, affaire n° ICTR-96-4*, par. 498, 517-522; *Le procureur c. Georges Andersen Rutanganda, TPIR, jugement chambre de première instance,*

6 décembre 1999, affaire n° ICTR-96-3-T, par. 59; *Le procureur c. Alfred Musema, TPIR, jugement chambre de première instance, 27 janvier 2000, affaire n° ICTR-96-13, par. 164*).

3.3. Dans son mémoire, la Serbie et Monténégro n'a rien apporté d'utile en ce qui concerne ce *dolus specialis*.

Tout en ne le caractérisant même pas dans le domaine des faits, elle essaye vaguement d'établir une intention génocidaire par inférence à partir des bombardements des installations d'usines chimiques à Pancevo et de l'utilisation de l'uranium appauvri. En alléguant par inférence, cela signifie que la Serbie et Monténégro ne se propose pas de prouver directement l'intention. Cependant, le raisonnement par inférence n'est légitime que quand les faits sont concluants. Or, dans le cas d'espèce, ils ne le sont pas du tout. Les usines chimiques étaient des cibles par elles-mêmes et l'utilisation de l'uranium appauvri s'explique de par sa capacité de percer des protections, je dis explique, je ne dis pas justifie. Au surplus, la République fédérale de Yougoslavie n'allègue aucun fait qui aurait associé le Portugal au choix de ces cibles et à l'utilisation de ces armes, notamment que le Portugal ait approuvé le bombardement des usines chimiques et l'utilisation de l'uranium appauvri — ce qui, par ailleurs, ne serait pas vrai.

La Serbie et Monténégro affirme, au paragraphe 1.6.1.1 du mémoire, en ce qui concerne les bombardements des installations chimiques à Pancevo, que «les individus responsables des défendeurs auraient dû savoir [*should have known*] que des attaques contre ces installations pouvaient causer un risque additionnel pour la population...» [*traduction du Portugal*]. Mais «devoir savoir» correspond à une accusation de négligence — voire, de négligence inconsciente —, non de dol.

Par ailleurs, la Serbie et Monténégro reconnaît, elle-même, qu'il n'y avait pas du tout de génocide avant le 10 juin. Au paragraphe 3.2.16 du mémoire, on peut lire qu'avant le 25 avril 1999 «le différend portait ... sur la violation de l'obligation de ne pas employer la force contre un autre Etat». Au paragraphe 3.2.12, en se référant aux faits postérieurs au 10 juin 1999, la Serbie et Monténégro affirme que «le différend né du bombardement s'est cristallisé du fait de ces nouveaux éléments et met *désormais* en cause la responsabilité des défendeurs pour le crime de génocide commis contre les Serbes et d'autres groupes non albanais dans la zone contrôlée par la KFOR». «Désormais» donc, pas «avant».

Seulement après le 10 juin aurait-il donc, selon la Serbie et Monténégro, existé un génocide — une accusation, disons-le clairement, au minimum tout à fait fantaisiste et même injurieuse.

3.4. Au surplus, on ne rencontre aucune allégation de faits qui auraient été pratiqués par le Portugal. Il n'est jamais dit par la Serbie et Monténégro qu'un avion portugais a bombardé une cible quelconque, qu'un militaire des forces armées du Portugal a utilisé de l'uranium appauvri ou fait quoi qu'il soit. Il ne serait d'ailleurs pas possible de le dire, une fois que, comme M. le coagent l'a mentionné, la contribution du Portugal aux forces de l'OTAN s'est limitée à trois avions de reconnaissance et au personnel associé à ces avions.

3.5. Pour ce qui est des événements postérieurs au 10 juin 1999, la Serbie et Monténégro les attribue à des séparatistes albanais. Même si ces événements ne formaient pas l'objet d'un différend nouveau, pour que le différend puisse tomber sous l'article IX de la convention sur le génocide, il faudrait que la Serbie et Monténégro allègue, cumulativement et fais à l'appui :

- a) que ces séparatistes albanais agissaient avec l'intention de détruire, en tout ou en partie, le groupe national serbe (ce qui est, d'ailleurs, contrarié par la référence constante au paragraphe 1.5.6 du mémoire à des Serbes et à d'autres groupes non albanais);
- b) quels furent les actes omis par le Portugal et ce qu'il aurait pu faire pour empêcher les agissements des séparatistes albanais.

Or, la Serbie et Monténégro n'allègue même ni l'un, ni l'autre.

3.6. Les allégations de la Serbie et Monténégro, même si elles étaient vraies — et elles ne le sont pas — et si elles étaient prouvées, ne correspondraient jamais à une situation de génocide.

Pour ce qui est de leur rapport avec l'article IX de la convention sur le génocide, les demandes de la Serbie et Monténégro ne résistent pas au *test* des affaires de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (C.I.J. Recueil 1996, p. 615-616, par. 30 et 32) et des *Plates-formes pétrolières* (C.I.J. Recueil 1996, p. 810, par. 16). Elles ne résistent même pas aux *tests* d'*Ambatielos* (C.I.J. Recueil 1953, p. 18) et des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique) (C.I.J. Recueil 1984, p. 427, par. 81). Les arguments de la Serbie et Monténégro ne possèdent pas un caractère suffisamment *plausible* pour les faire rentrer à l'article IX de la convention sur le génocide; il n'y a pas de *rapport raisonnable* entre les demandes et la convention.

B. Incompétence *ratione personae* et *ratione temporis*

3.7. Comme il ressort du dossier, le Portugal n'est devenu partie à la convention sur le génocide que le 10 mai 1999.

La République portugaise a acquis le statut de partie par accession. Contrairement à ce qui se passerait en cas de déclaration de succession, l'accession n'a point d'effet rétroactif.

3.8. Si les éléments étaient réunis — et ils ne le sont pas — pour qu'on puisse parler d'un différend, entre la République fédérale de Yougoslavie et le Portugal, susceptible, *in abstracto*, d'être considéré comme un différend quant à un génocide, alors ce différend, avant le 10 mai 1999, ne pourrait concerner que le droit coutumier. Jamais il ne pourrait exister un différend entre les *parties contractantes* dont parle l'article IX de la convention, puisque le Portugal n'en était pas.

3.9. En conséquence, même si l'on pouvait faire référence à un différend portant sur un génocide et même s'il était possible de convertir un différend qui concernerait le droit coutumier en un différend concernant l'interprétation, l'application et l'exécution de la convention, la Cour ne pourrait jamais, à l'égard du Portugal, se prononcer sur des faits antérieurs au 10 mai 1999.

Monsieur le président, j'en ai encore pour une quinzaine de minutes si je continue ou est-ce l'heure de la pause.

The PRESIDENT: It is time to have a break of 10 minutes. After which you will continue.

Mr. TELES : Thank you very much.

The Court adjourned from 4.40 to 5.55 p.m.

The PRESIDENT: Please be seated. Mr. Teles, you may continue now.

M. GALVÃO-TELES: Thank you, Mr. President.

IV. INCOMPÉTENCE DE LA COUR OU NON-RECEVABILITÉ DES DEMANDES EN VERTU DE LA RÈGLE DE L'OR MONÉTAIRE

4.1. Dans sa pièce écrite, le Portugal invoquait que la Cour ne pouvait pas se prononcer sur le fond de l'affaire en vertu de la règle de l'*Or monétaire*. Même si, comme on l'a vu, il y a d'autres fondements, préalables à celui-ci, pour que la Cour ne soit pas en mesure de statuer au

fond, la République portugaise se doit d'expliquer plus en détail l'argument produit à la plaidoirie écrite.

4.2. Les demandes de la Serbie et Monténégro contenues à la requête introductive de l'instance et reproduites au mémoire ont toutes trait aux attaques aériennes sur le territoire de la République fédérale de Yougoslavie.

Ces attaques aériennes ont été, comme la Serbie et Monténégro l'a affirmé à plusieurs reprises, déclenchées et conduites par l'Organisation du traité de l'Atlantique Nord (voir, en particulier, le paragraphe 2.8.1.1.5 du mémoire). Ce fut aussi par le biais de l'OTAN que le Portugal contribua à la KFOR.

4.3. Comme le Portugal l'a remarqué dans sa pièce écrite (*exceptions préliminaires de la République portugaise*, par. 131), l'OTAN est une organisation internationale au sens stricte du terme, dotée d'une personnalité juridique internationale propre.

Elle possède des organes, dont un organe supérieur, le Conseil de l'Atlantique Nord, et des organes subsidiaires, parmi lesquels le Secrétaire général (sur l'ordre duquel, d'ailleurs, l'opération «Allied Force» a été déclenchée). Elle dispose de structures militaires propres, dont le comité militaire et, pour ce qui est de l'Europe, le «SACEUR».

Elle a la capacité pour conclure des traités. Par exemple, l'OTAN, représentée par son Secrétaire général, fut, à côté des Etats membres, partie à l'*Acte fondateur sur les relations, la coopération et la sécurité mutuelles entre l'OTAN et la Fédération de Russie*, du 27 mai 1997 (digithèque de l'OTAN, documents fondamentaux, <http://www.nato.int>).

4.4. D'autre part, la «convention sur le statut de l'Organisation du traité de l'Atlantique Nord, des représentants nationaux et du personnel international», signée à Ottawa le 20 septembre 1951 (document faisant partie de publications facilement accessibles, dont la digithèque de l'OTAN), non seulement attribue à l'OTAN une personnalité juridique (art. IV), mais lui confère aussi, ainsi qu'à son personnel et aux représentants des Etats membres auprès d'elle, des privilèges et des immunités en des termes semblables à ceux que la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies de 1946 (Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1, p. 15 et vol. 90, p. 327) octroie à celle-ci, à son personnel et aux représentants des Etats Membres auprès d'elle.

Il faut souligner, très particulièrement, l'article XXV de l'accord d'Ottawa, auquel il est dit : «Le Conseil agissant au nom de l'Organisation peut conclure avec un ou plusieurs Etats Membres de l'Organisation des accords complémentaires, en vue d'aménager les dispositions de la présente convention en ce qui concerne cet Etat ou ces Etats.»

4.5. Ainsi que la Cour l'a affirmé au sujet de la «convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies», «il serait difficile de concevoir comment une telle convention pourrait déployer ses effets sinon sur le plan international et entre parties possédant la personnalité internationale» (*Réparations des dommages subis au service des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1949, p. 179*).

4.6. Comme l'a bien remarqué le professeur Alain Pellet dans un article qu'il publia,

«l'OTAN est une organisation internationale et, à ce titre, elle bénéficie de la personnalité juridique internationale. Il est vrai qu'il s'agit d'une organisation un peu particulière, dont l'institutionnalisation a été empirique et progressive. Il n'en reste pas moins qu'elle est dotée d'organes permanents, qu'une mission propre lui a été assignée, et qu'elle a une capacité juridique et des privilèges et immunités, autant d'éléments qui ont conduit la Cour internationale de Justice, s'agissant de l'Organisation des Nations Unies, à conclure, dans son avis du 11 avril 1949 relatif aux Réparations des dommages subis au service des Nations Unies, que celle-ci était une «personne internationale».» («L'imputabilité d'éventuels actes illicites — Responsabilité de l'OTAN ou des Etats membres», *Kosovo and the International Community*, dir. de publ., Christian Tomuschat, Martinus Nijhoff Publishers, 2002, p. 198.)

4.7. La personnalité juridique internationale est une question de réalité objective.

En tout état de cause, les Nations Unies ont reconnu l'OTAN en tant qu'organisation internationale. A cet égard, le Portugal renvoie à la note 99 de sa pièce écrite et aux annexes qui y sont mentionnées.

De même, la République fédérale de Yougoslavie a reconnu l'OTAN en adoptant avec celle-ci, le 15 octobre 1998, l'accord sur la mission de vérification au Kosovo (annexe 39 de la plaidoirie écrite portugaise).

4.8. Compte tenu de la personnalité internationale et dès lors que les bombardements lui seraient attribuables, *si* ces bombardements étaient illicites (ce que le Portugal ne concède pas), l'OTAN aurait engagé sa responsabilité internationale.

Il n'est pas question de discuter ici si les Etats membres auraient une responsabilité concurrente ou subsidiaire, au cas où les actes de l'OTAN seraient illicites. Le Portugal estime

qu'au stade actuel du droit international rien ne le rendrait responsable des actes de l'OTAN, même si ceux-ci étaient illicites. Quoi qu'il en soit, le problème relèverait du fond de l'affaire. Ce qu'il importe de souligner c'est que, même si on admettait une responsabilité concurrente des Etats membres, cette responsabilité présupposerait que le comportement de l'OTAN soit considéré comme illicite. Il s'agirait de la responsabilité des Etats membres par des faits d'une organisation internationale.

Ceci signifie que la Cour ne pourrait jamais statuer sur la responsabilité du Portugal sans que, au préalable, elle se soit prononcée sur la licéité du comportement de l'OTAN.

4.9. La Cour a, en 1954, formulé ce qui est connu comme la règle de l'*Or monétaire* : elle ne peut pas se prononcer sur le fond quand les intérêts juridiques d'un Etat qui n'a pas consenti à la juridiction «seraient non seulement touchés par une décision, mais constitueraient l'objet même de ladite décision» (*Or monétaire pris à Rome en 1943, C.I.J. Recueil 1954, p. 32*).

En 1992, la Cour a souligné que, dans l'affaire de l'*Or monétaire*, «la détermination de la responsabilité de l'Albanie était une condition préalable pour qu'il puisse être statué sur les prétentions de l'Italie» (*Certaines terres à phosphates à Nauru, exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1992, p. 261, par. 55*). Le critère de la *condition préalable* fut appliqué par la Cour dans l'affaire du *Timor oriental* : «pour se prononcer sur les demandes du Portugal, elle [la Cour] devrait statuer à titre préalable sur la licéité du comportement de l'Indonésie en l'absence du consentement de cet Etat» (*C.I.J. Recueil 1995, p. 105, par. 35*).

Telle a été la position prise par la Cour internationale de Justice. Si elle la maintient, à fortiori, elle ne peut pas trancher au fond dans le cas d'espèce. Pour se prononcer en l'espèce sur les demandes de la Serbie et Monténégro, elle devrait statuer à *titre préalable* sur la licéité du comportement de l'OTAN en l'absence du consentement de celle-ci. Les intérêts juridiques de l'OTAN constitueraient l'objet même de la décision.

4.10. Le fait que l'OTAN ne soit pas un Etat ne change rien. Le principe du consentement à la juridiction vaut aussi bien pour les Etats que pour tout sujet de droit international constitué par eux. D'ailleurs, la sentence arbitrale *Larsen-Hawaiian Kingdom*, quoique se référant à un Etat tiers, considéra la règle de l'*Or monétaire* comme un principe général du droit international public,

dans une affaire où n'étaient même pas parties deux Etats (sentence du 5 février 2001 — www.pca-cpa.org).

La circonstance que les organisations internationales ne puissent pas ester devant la Cour ne change rien non plus. La Cour n'est pas ouverte aux Etats qui ne sont pas parties à son Statut et qui n'ont pas rempli les conditions fixées par la résolution du Conseil de sécurité 9 de 1946 et, nonobstant, la Cour n'est pas en mesure de se prononcer sur la licéité de leurs comportements.

D'ailleurs, rien n'empêche qu'une organisation internationale donne son consentement pour que soit jugée une affaire, même n'étant pas partie à l'instance (fournissant à la Cour, si elle le veut, des renseignements conformément à l'article 34, paragraphe 2, du Statut). Dans le cas d'espèce, l'OTAN n'a pas donné son consentement.

4.11. La Cour, même si elle était compétente à d'autres chefs, ne pourrait donc pas se prononcer sur les demandes de la Serbie et Monténégro.

V. NON-RECEVABILITÉ DE LA DEMANDE CONCERNANT LES FAITS POSTÉRIEURS AU 10 JUIN 1999

5.1. Dans les conclusions de son mémoire, la Serbie et Monténégro a rajouté une demande concernant des faits postérieurs au 10 juin 1999 (onzième conclusion), qui ne se trouvait pas à la requête introductive d'instance.

5.2. Cette demande n'était pas implicite dans les demandes initiales, ni ne constitue leur développement. Pour la connaître, la Cour devrait se pencher sur des aspects tout à fait extrinsèques par rapport aux demandes initiales, tant en ce qui concerne les faits — activité des séparatistes albanais, action de la KFOR, etc. — et le temps, comme en matière de droit, car c'est l'invocation nouvelle d'obligations qui est en jeu, nommément de celle de prévenir certains actes et de celle de respecter la résolution du Conseil de sécurité 1244 (1999).

5.3. Par ailleurs, il ne pouvait pas exister de différend à l'égard des faits subséquents au 10 juin avant le dépôt de la requête. Et, comme on l'a vu, il s'agit d'un différend nouveau, non du développement du différend original.

5.4. Conformément à sa jurisprudence, exprimée notamment dans son arrêt sur l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru* (C.I.J. Recueil 1992, p. 265-267, par. 63 à 71), la Cour ne peut pas connaître de cette nouvelle demande de la Serbie et Monténégro.

Monsieur le président, je vous remercie de votre attention et à vous Messieurs les juges.
Ceci conclut la plaidoirie du Portugal au premier tour. Merci.

The PRESIDENT: Thank you, Mr. Teles. This brings to conclusion the first round of oral arguments of Portugal.

The Court rose at 5.15 p.m.
