

SEPARATE OPINION OF JUDGE KREĆA

TABLE OF CONTENTS

	<i>Paragraphs</i>
I. <i>LOCUS STANDI IN JUDICIO</i> OF SERBIA AND MONTENEGRO	
1. <i>Locus standi</i> and its relationship to jurisdiction <i>ratione personae</i>	1-2
2. Issue of United Nations membership and <i>locus standi</i> of Serbia and Montenegro	3-6
(a) Findings of the Court based on “avoiding position”	7-9
(b) Judicial presumptions	10-15
(c) Effective and valid seisin	16
(d) <i>Obiter dictum</i> containing elements or indications of substantive approach	17-23
3. The legal consequences of the admission of the FRY to the United Nations	24-31
II. THE GROUNDS INVOKED BY THE RESPONDENTS FOR REJECTING THE APPLICATION <i>IN LIMINE LITIS</i>	
1. Implicit discontinuance as a <i>contradictio in adiecto</i>	32-36
2. The congruence of the statements of facts by the Parties and the duty of the Court to examine its jurisdiction <i>ex officio</i>	37-39
(a) Aspect of the legal logic	40
(b) Normative aspect	41-44
(c) Principle <i>compétence de la compétence</i>	45-51
3. The effect on the dispute of the congruence of views between the Parties as to jurisdiction	52
(a) The existence of a dispute as to jurisdiction as a preliminary condition for the continuation of the proceedings on preliminary objections	53-55
(b) The congruence of views between the Parties as to jurisdiction and the alleged disappearance of the dispute on the merits	56-63
4. Legal interest of the Applicant in the proceedings	64-66
III. THE ISSUE OF THE COMPOSITION OF THE COURT	67-75

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE KREČA

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. <i>LOCUS STANDI</i> DE LA SERBIE-ET-MONTÉNÉGRO	
1. Le rapport entre <i>locus standi</i> et compétence <i>ratione personae</i>	1-2
2. La qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies de la Serbie-et-Monténégro et son <i>locus standi</i>	3-6
a) Conclusions de la Cour consistant à éluder le problème	7-9
b) La présomption judiciaire	10-15
c) Saisine effective et saisine valide	16
d) <i>Obiter dictum</i> contenant des éléments ou des indices d'une position sur le fond	17-23
3. Les conséquences juridiques de l'admission de la RFY à l'Organisation des Nations Unies	24-31
II. LES RAISONS INVOQUÉES PAR LES DÉFENDEURS EN FAVEUR D'UN REJET <i>IN LIMINE LITIS</i> DE LA REQUÊTE	
1. Le désistement implicite est une <i>contradictio in adjecto</i>	32-36
2. Concordance des exposés des Parties sur les faits et obligation pour la Cour d'examiner <i>ex officio</i> sa compétence	37-39
a) L'aspect logique juridique	40
b) L'aspect normatif	41-44
c) Le principe de compétence de la compétence	45-51
3. La convergence de vues entre les Parties en matière de compétence a des effets sur le différend	52
a) L'existence d'un différend sur la compétence comme condition préalable à la poursuite de l'examen des exceptions préliminaires	53-55
b) La convergence de vues des Parties sur la question de la compétence et la disparition alléguée du différend au fond	56-63
4. L'intérêt juridique du demandeur en l'instance	64-66
III. LA QUESTION DE LA COMPOSITION DE LA COUR	67-75

Although I agree with the above Judgment as a whole, I wish to make my position clear in regard not only to certain points with which I fully agree but also to some reservations which I have as to the reasoning and the ultimate findings.

Due, on the one hand, to the substantial similarity and, in more than one issue, identical nature of the arguments forwarded by the respondent States and, on the other, to the lack of time to do proper justice to the cases, the text of my opinion is designed to cover *mutatis mutandis* all eight cases.

* * *

I. *LOCUS STANDI IN JUDICIO* OF SERBIA AND MONTENEGRO

1. *Locus standi and Its Relationship to Jurisdiction ratione personae*

1. In its original meaning¹, the expression "*locus standi in judicio*" implies the right of a person to appear or to be heard in such-and-such proceedings (*Jowitt's Dictionary of English Law*, 2nd ed., Vol. 2, p. 1115), or, as regards the present Court, the right of a person *lato sensu* to appear or to be heard in proceedings before the Court.

The right to appear before the International Court of Justice, due to the fact that it is not a fully open court of law, is a limited right. The limitations exist in two respects. *Primo*, the right is reserved for States (Statute, Art. 34, para. 1). Consequently, it does not belong to other juridical persons or physical persons. *Secundo*, as far as States are concerned, only States parties to the Statute of the Court possess the right referred to, being as Members of the United Nations *ipso facto* parties to the Statute of the Court or by accepting conditions pursuant to Article 35, paragraph 2, of the Statute. States non-parties to the Statute can acquire this right on condition that they accept the general jurisdiction of the Court in conformity with Security Council resolution 9 (1946).

From the substantive point of view, this right is a personal privilege (*privilegia favorabile*) of the State which, by accepting the Statute of the Court, has recognized the Court as a judicial body equipped with *jus dicere*. It is the consequence of the burden — or *privilegia odiosa* — consisting in fulfilment of the conditions prescribed.

¹ Even in the jurisprudence of the Court the expression is sometimes used as a descriptive one. *Exempli causa*, in the case concerning *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, the Court used it to denote right of "a government to protect the interests of shareholders as such" which was in effect the matter of legal interest independent of the right of Belgium to appear before the Court (*Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1964*, p. 45). On the contrary, in the *South West Africa* cases the Court has drawn a clear distinction between "standing before the Court itself", i.e., *locus standi*, and "standing in the . . . phase of . . . proceedings (*South West Africa, Second Phase, I.C.J. Reports 1966*, p. 18, para. 4).

Je souscris au présent arrêt dans son ensemble; je tiens toutefois à préciser ma position non seulement sur certains points de la décision auxquels j'adhère parfaitement, mais aussi quant à quelques réserves que j'éprouve sur les motifs et les conclusions finales.

En raison, d'une part, de la grande similitude voire, sur plus d'un point, de l'identité des arguments présentés par les Etats défendeurs et, d'autre part, du fait que le temps a manqué pour traiter ces affaires comme il aurait fallu, mon opinion a été rédigée de manière à s'appliquer, *mutatis mutandis*, aux huit affaires à la fois.

* * *

I. *LOCUS STANDI* DE LA SERBIE-ET-MONTÉNÉGO

1. *Le rapport entre locus standi et compétence ratione personae*

1. Dans son acception originelle¹, l'expression latine «*locus standi in judicio*» désigne le droit d'une personne d'ester en justice ou d'agir dans une instance (*Jowitt's Dictionary of English Law*, 2^e éd., vol. 2, p. 1115), ou, pour ce qui est de la Cour internationale de Justice, le droit d'une personne, au sens large de ce terme, d'ester devant ladite Cour ou de comparaître dans une instance dont la Cour est saisie.

La Cour internationale de Justice n'étant pas une cour totalement ouverte, le droit d'ester devant elle est limité à deux égards. Tout d'abord, ce droit est réservé aux seuls Etats (paragraphe 1 de l'article 34 du Statut), ce qui signifie qu'aucune autre personne morale ou physique ne peut en bénéficier. Ensuite, ce droit n'est reconnu qu'aux seuls Etats parties au Statut de la Cour (les Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies le sont de plein droit), et à ceux qui remplissent les conditions prévues au paragraphe 2 de l'article 35 du Statut. Les Etats non parties au Statut peuvent être admis à ester s'ils acceptent la compétence générale de la Cour, conformément aux dispositions de la résolution 9 (1946) du Conseil de sécurité.

Sur le fond, le droit d'ester devant la Cour est un privilège personnel (*privilegia favorabile*) de l'Etat qui, en acceptant le Statut de la Cour, la reconnaît en tant qu'organe judiciaire doté de la faculté de «dire le droit» (*jus dicere*). Le droit d'ester est la contrepartie de l'obligation (ou *privilegia odiosa*) faite aux Etats de satisfaire aux conditions prescrites.

¹ Même dans la jurisprudence de la Cour, cette expression a parfois un caractère descriptif. Il en est ainsi, par exemple, dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power, Limited*, où la Cour l'a employée non pas pour désigner le droit de la Belgique à ester devant elle mais pour qualifier un intérêt juridique, en l'espèce celui «d'un gouvernement pour protéger les intérêts d'actionnaires en tant que tels» (*exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1964*, p. 45). Cela étant, dans les affaires du *Sud-Ouest africain*, la Cour a, au contraire, établi une nette distinction entre «l'aptitude ... à se présenter devant la Cour», à savoir le *locus standi*, et «la qualité des demandeurs en la phase ... de la procédure» (*Sud-Ouest africain, deuxième phase, C.I.J. Recueil 1966*, p. 18, par. 4).

Locus standi before the Court cannot, however, be taken as synonymous to the jurisdiction of the Court. It is, by its nature, a preliminary condition or presumption for the jurisdiction of the Court or its competence. In this sense it is appropriate to speak about general jurisdiction and special jurisdiction or competence of the Court. By possessing *locus standi* a State automatically recognizes general jurisdiction of the Court.

In order to be able to speak about special jurisdiction or competence *in casu*, however, it is necessary that, besides the right to appear before the Court, there should exist a specific *basis* of jurisdiction. And it is on these grounds that States submit a concrete dispute or type of disputes to the Court for solution.

In other words, having in mind the fact that the Court is not only a court of law whose jurisdiction is of an optional nature, but, at the same time, a partly open court, it can be said that double consent of States is necessary in order for the Court to establish its competence *in casu*:

- (i) consent that the Court is “an organ instituted for the purpose of *jus dicere*” (dissenting opinion by Dr. Daxner, *Corfu Channel, I.C.J. Reports 1948*, p. 39). This consent is expressed indirectly, by joining the membership of the United Nations, or directly, by a non-Member of the United Nations either by adhering to the Statute of the Court or by accepting the general jurisdiction of the Court in conformity with Security Council resolution 9 (1946) as a preliminary condition, and
- (ii) consent that the Court is competent to deal with the particular dispute or type of disputes, which is made through relevant jurisdictional bases within Article 36 of the Statute as a substantive but qualified condition².

2. The notions *locus standi in judicio* and jurisdiction *ratione personae* cannot, despite certain extrinsic similarities, be taken as synonymous.

The element shared in common by these two notions is that they represent processual conditions on whose existence is dependent the validity

² As stated by the Court “under the system of the Statute the seising of the Court by means of an Application is not *ipso facto* open to all States parties to the Statute, it is only open to the extent defined in the applicable Declarations” (*Nottebohm, Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1953*, p. 122). It should be noted also that the Court in the *Legality of the Use of Force* case found

“[w]hereas the Court, under its Statute, *does not automatically have jurisdiction over legal disputes between States parties to that Statute or between other States to whom access to the Court has been granted* . . . whereas the Court can therefore exercise jurisdiction only between States parties to a dispute *who not only have access to the Court but also have accepted the jurisdiction of the Court*, either in general form or for the individual dispute concerned” (*Provisional Measures, I.C.J. Reports 1999 (II)*, p. 664, para. 19; emphasis added).

Cela étant, avoir qualité pour ester devant la Cour (*locus standi*) ne signifie pas que la compétence de la Cour soit établie. Il s'agit, de par sa nature, d'une condition préliminaire ou d'une présomption de compétence de la Cour. Aussi convient-il de dire que la Cour a, d'une part, une compétence générale et, d'autre part, une compétence spéciale. Dès lors qu'il a qualité pour ester devant elle, un Etat reconnaît automatiquement la compétence générale de la Cour.

Par ailleurs, pour qu'il soit possible de parler de compétence spéciale ou de compétence *in casu*, il faut qu'existe, outre la qualité pour ester devant la Cour, une *base* de compétence particulière. C'est sur ces fondements que les Etats soumettent à la Cour, pour règlement, un différend ou une catégorie de différends.

En d'autres termes, la Cour étant non pas uniquement une cour de justice dont la compétence est par nature facultative, mais en même temps une juridiction qui n'est que partiellement ouverte, il faut de la part des Etats un double consentement pour qu'elle puisse établir sa compétence *in casu*. Les Etats doivent :

- i) consentir à reconnaître la Cour en tant «qu'organe institué pour «dire le droit»» (*Détroit de Corfou, C.I.J. Recueil 1948*, p. 39, opinion dissidente de M. Daxner). Ce consentement s'exprime indirectement par le fait de devenir Membre de l'Organisation des Nations Unies, ou directement, s'il s'agit d'un Etat non Membre, par le fait que ce dernier adhère au Statut de la Cour ou accepte, à titre de condition préliminaire, sa compétence générale conformément aux dispositions de la résolution 9 (1946) du Conseil de sécurité; et
- ii) consentir à reconnaître que la Cour a compétence pour connaître du différend ou de la catégorie de différends en cause. Ce consentement s'exprime sur les bases juridictionnelles pertinentes énoncées à l'article 36 du Statut et c'est une condition de fond, mais relative².

2. Les notions de *locus standi* et de «compétence *ratione personae*» ne peuvent pas, en dépit de certaines ressemblances extrinsèques, être considérées comme synonymes.

Leur dénominateur commun est d'être des conditions processuelles dont dépend la validité de l'instance introduite devant la Cour, en ce qui

² Comme l'a indiqué la Cour, «la saisine de la Cour par voie de requête, dans le système du Statut, n'est pas ouverte de plein droit à tout Etat partie au Statut, elle n'est ouverte que dans la mesure définie par les déclarations applicables» (*Nottebohm, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1953*, p. 122). Il convient également de noter que, dans l'affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force*, la Cour a dit que :

«[c]onsidérant qu'en vertu de son Statut la Cour *n'a pas automatiquement compétence pour connaître des différends juridiques entre les Etats parties audit Statut ou entre les autres Etats qui ont été admis à ester devant elle ...* que la Cour ne peut donc exercer sa compétence à l'égard d'Etats parties à un différend *que si ces derniers ont non seulement accès à la Cour, mais ont en outre accepté sa compétence*, soit d'une manière générale, soit pour le différend particulier dont il s'agit» (*mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1999 (II)*, p. 664, par. 19; les italiques sont de moi).

of the actual proceedings before the Court; both with respect to incidental proceedings and the *merits*, and with respect to the bringing of the dispute to the Court's decisions in the proceedings. And there the common ground between the two notions essentially ends and room for differences emerges.

The difference between the two is, first of all, of a conceptual nature. *Locus standi* is a condition which has to do with parties, whereas jurisdiction *ratione personae* — as an element of the jurisdiction of the Court — is a condition which has to do with the Court itself. Also, the question of *locus standi* as of antecedent nature is a pre-preliminary question which “should be taken in *advance* of any question of competence” (*Northern Cameroons, I.C.J. Reports 1963*, p. 105, separate opinion of Sir Gerald Fitzmaurice; emphasis in the original), whereas jurisdiction *ratione personae* is a question of competence, or special jurisdiction of the Court *stricto sensu*. Furthermore, a lack of *locus standi* cannot, as a rule, be overcome in the proceedings while a lack of jurisdiction *ratione personae* is surmountable since the parties may confer jurisdiction upon the Court in the course of the proceedings or perfect it (for instance, by expressing agreement or by *forum prorogatum*). The difference derives from the fact that jurisdiction is governed by the law in force between the parties, while *locus standi* is governed by objective rules of the Statute having a constitutional nature.

The seemingly identical nature of these two notions is, apparently, mostly due to a tacit equalization of the processual contact between the Court and the parties to the dispute — and of the litigious relationship. As there are no separate, preliminary proceedings for establishing the existence of processual conditions for the validity of the proceedings (except the administrative action of the Registry in the case of applications submitted by non-State subjects), the existence of processual conditions is established during the actual proceedings whose validity depends on the existence of these conditions. This takes place more often than not during the proceedings on preliminary objections which is why the rare cases of *locus standi* are subsumed under jurisdiction *ratione personae*.

2. *Issue of United Nations Membership and locus standi of Serbia and Montenegro*

3. The *locus standi* of Serbia and Montenegro in the present proceedings before the Court is closely, and, I would say, organically, linked with its membership in the United Nations, due to the fact that Serbia and Montenegro could not be considered as being party to the Statute apart from being a Member State of the United Nations as well as the fact that its *locus standi* cannot be based on conditions set forth in Article 35, paragraph 2, of the Statute of the Court.

4. In normal circumstances, the legal consequences of admission of a

concerne tant la procédure incidente que *le fond*, et aussi le fait que le différend est tranché par la Cour. La similitude s'arrête là car, pour le reste, les deux notions divergent.

Leur différence est tout d'abord conceptuelle. En effet, le *locus standi* est une condition qui intéresse les parties, tandis que la «compétence *ratione personae*» — en tant qu'élément de la compétence de la Cour — intéresse la Cour elle-même. De plus, la question du *locus standi* ayant un caractère préalable, c'est une question pré-préliminaire et elle «doi[t] être examinée *préalablement* à toute question de compétence» (*Cameroun septentrional, C.I.J. Recueil 1963*, p. 105, opinion individuelle de sir Gerald Fitzmaurice; les italiques sont dans l'original); la question de la compétence *ratione personae*, quant à elle, est une question de compétence ou de compétence spéciale de la Cour *stricto sensu*. Enfin, il ne peut, en principe, être remédié à l'absence de qualité pour ester en cours d'instance, alors que le défaut de compétence *ratione personae* peut être surmonté, les parties ayant la possibilité de conférer compétence à la Cour ou de parfaire ladite compétence lors de l'instance (par exemple, en exprimant leur accord ou par la voie du *forum prorogatum*). Cette différence tient au fait que la compétence est soumise au droit en vigueur entre les parties, alors que la qualité pour ester est régie par des dispositions objectives du Statut ayant un caractère institutionnel.

L'identité apparente de ces deux notions semble donc tenir pour l'essentiel à une assimilation tacite entre le contact processuel qui lie la Cour et les parties à un différend, d'une part, et le rapport litigieux, d'autre part. Dès lors qu'il n'existe pas de procédure préliminaire distincte permettant d'établir l'existence de conditions processuelles à la validité de la procédure (mise à part l'intervention administrative du Greffe lorsqu'une requête est introduite par un sujet autre qu'un Etat), l'existence desdites conditions processuelles est établie au cours même de la procédure dont la validité dépend précisément de leur existence. Cela se passe le plus souvent lors de la procédure d'examen d'exceptions préliminaires, ce qui explique que les rares affaires de *locus standi* soient assimilées à des affaires de compétence *ratione personae*.

2. *La qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies de la Serbie-et-Monténégro et son locus standi*

3. La question du *locus standi* de la Serbie-et-Monténégro est, en la présente affaire, très étroitement et même intrinsèquement liée à sa qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies, car la Serbie-et-Monténégro ne saurait être considérée comme étant partie au Statut de la Cour sauf à être Membre de l'Organisation, et, en outre, parce que les dispositions du paragraphe 2 de l'article 35 du Statut de la Cour ne sauraient lui conférer ce *locus standi*.

4. Normalement, les conséquences juridiques de l'admission d'un Etat

State to membership in the United Nations are clear and do not require special elaboration. At the moment of its admission to membership a State becomes a bearer of the rights and obligations stipulated in the United Nations Charter, among which of particular relevance in the matter at hand is the status of a party to the Statute of the Court. However, the circumstances surrounding the case at hand could hardly be termed normal. More precisely, the Applicant, Serbia and Montenegro, was admitted to membership in the Organization on the basis of the proper procedure. But this was done without its status in the Organization being previously established in explicit terms either by the political organs of the United Nations or by the Court.

5. United Nations General Assembly resolution 47/1 is unclear in substance and contradictory *per se*. Assessing its substance in the case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (hereinafter referred to as “*Genocide Convention*”), the Court found that “the solution adopted is not free from legal difficulties” (*Provisional Measures, Order of 8 April 1993, I.C.J. Reports 1993*, p. 14, para. 18). The situation was additionally complicated by the subsequent practice of the United Nations organs “characterized by pragmatism and flexibility rather than a strict adherence to the procedures” prescribed by the Charter (Contributor (Christian Tams) on Article 6 (margin note 25) in B. Simma (ed.), *The Charter of the United Nations, A Commentary*, 2nd ed., Vol. I, 2002, pp. 213-214). In 1993 Professor Rosalyn Higgins wrote that “[t]he outcome has been anomalous in the extreme” (R. Higgins, “The New United Nations and Former Yugoslavia”, *International Affairs*, Vol. 69, No. 3 (July 1993), p. 479). It can, therefore, be concluded that, until the admission of Serbia and Montenegro to membership in the Organization on 1 November 2000, the political organs of the United Nations had not determined the status of Serbia and Montenegro in the United Nations in a clear and unequivocal manner.

6. From 1993 onwards the Court was faced with the question of Serbia and Montenegro’s membership in the United Nations a number of times. The relevant findings of the Court relating to this particular question can, generally, be divided into: *primo*, findings of the Court which, by their formal, extrinsic characteristics, could be qualified as “avoiding positions” and, *secundo*, the *obiter dicta* of the Court which contain certain elements or indications of a substantive approach to the matter at hand.

(a) *Findings of the Court based on “avoiding position”*

7. In its Order of 2 June 1999 the Court stated that it “need not consider this question for the purpose of deciding whether or not it can indicate provisional measures in the present case” (*I.C.J. Reports 1999 (II)*, p. 668, para. 32). What we have here is a slightly modified formulation

à l'Organisation des Nations Unies en tant que Membre sont claires et n'appellent aucune précision particulière. L'admission confère à cet Etat les droits et obligations stipulés dans la Charte des Nations Unies, parmi lesquels la qualité de partie au Statut de la Cour revêt un intérêt particulier aux fins qui nous occupent. Cela étant, les circonstances de l'espèce peuvent difficilement être qualifiées de «normales». En effet, si le défendeur, la Serbie-et-Monténégro, a été admis en tant que Membre de l'Organisation des Nations Unies dans le respect de la procédure prévue à cet effet, son admission a eu lieu sans que son statut vis-à-vis de l'Organisation ait été au préalable établi de façon explicite, ni par les organes politiques de l'Organisation ni par la Cour.

5. La résolution 47/1 de l'Assemblée générale des Nations Unies n'est pas claire quant au fond et est même contradictoire en soi. L'ayant examinée au fond dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro)* (ci-après dénommée «Convention sur le génocide»), la Cour a estimé que «la solution adoptée ne laiss[ait] pas de susciter des difficultés juridiques» (*mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993*, p. 14, par. 18). Par la suite, la pratique des organes des Nations Unies, «caractérisée par le pragmatisme et la souplesse plutôt que par un strict respect des procédures» prescrites par la Charte (contribution de Christian Tams au sujet de l'article 6, par. 25, in B. Simma, dir. publ., *The Charter of the United Nations, A Commentary*, 2^e éd., vol. I, 2002, p. 213-214), n'a, en outre, fait que compliquer la situation. En 1993, M^{me} le professeur Rosalyn Higgins écrivait que «[l]e résultat a[vait] été anormal à l'extrême» (R. Higgins, «The New United Nations and Former Yugoslavia», *International Affairs*, vol. 69, n° 3, juillet 1993, p. 479). Il est dès lors permis de conclure que, jusqu'à son admission en tant que Membre de l'Organisation des Nations Unies le 1^{er} novembre 2000, les organes politiques des Nations Unies n'avaient pas défini le statut de la Serbie-et-Monténégro au sein de l'Organisation de façon claire et dépourvue d'équivoque.

6. Depuis 1993, la Cour a été confrontée à plusieurs reprises à la question de la qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies de la Serbie-et-Monténégro. Ses conclusions en la matière peuvent en gros être classées en deux catégories: d'une part, celles qui, sur un plan formel, extrinsèque, pourraient être qualifiées de «conclusions consistant à éluder le problème» et, d'autre part, des *obiter dicta* qui apportent des éléments de réponse sur le fond.

a) *Conclusions de la Cour consistant à éluder le problème*

7. Dans son ordonnance du 2 juin 1999, la Cour a dit qu'elle «n'a[vait] pas à examiner cette question à l'effet de décider si elle p[ouvait] ou non indiquer des mesures conservatoires dans le cas d'espèce» (*C.I.J. Recueil 1999 (II)*, p. 668, par. 32). Il s'agit là d'une légère variante du texte par

expressing “avoiding position” of the Court with regard to the question of “whether or not Yugoslavia is a Member of the United Nations, and as such a party to the Statute of the Court” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro))*, *Provisional Measures, Order of 8 April 1993*, *I.C.J. Reports 1993*, p. 14, para. 18) which the Court used several times in the disputes to which Serbia and Montenegro is a party in the proceedings before the Court. The correctly interpreted formulation, regardless of modification in the specific cases, suggests the conclusion that the Court reserved the right to state its definitive position on the relevant question in the later phases of the proceedings.

It is easy to conclude that such a finding of the Court represents a delay of the answer to the question “whether or not Yugoslavia is a Member of the United Nations, and as such a party to the Statute of the Court” (*ibid.*). However, the question appears which are, in the circumstances of the case, the intrinsic meanings of the delay.

8. On the basis of the Application of the Federal Republic of Yugoslavia (hereinafter referred to as the “FRY”) filed in the Registry of the Court on 29 April 1999, the Court was seised and on the basis of a request for the indication of provisional measures the Court instituted the proper proceedings. Was the Court, in the light of the relevant provisions of the Statute, in a position to be seised? Furthermore, was it in a position to institute proceedings for the indication of provisional measures, if the Federal Republic of Yugoslavia had not been a Member of the United Nations in the relevant period? Nor indeed had the FRY accepted the general jurisdiction of the Court in conformity with Security Council resolution 9 (1946) pursuant to Article 35, paragraph 2, of the Statute of the Court.

The answer to this question is obviously in the negative, having in mind that, in the optic of a court of law with limited access, it is essential to fulfil the relevant preliminary condition — to acquire *locus standi* — as a prerequisite for taking litigious actions before the Court.

9. The Court was thus faced with a choice among possible solutions in view of the fact that there existed at least a doubt regarding the legal position of Yugoslavia diagnosed already in 1993 (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro))*, *Provisional Measures, Order of 8 April 1993*, *I.C.J. Reports 1993*, p. 14, para. 18):

- (i) to ask for an authentic interpretation of resolution 47/1 from the General Assembly as the competent organ of the United Nations;
- (ii) to make its own interim determination of the matter either by directing, on the basis of paragraph 2 of Article 38 of the Rules of Court, that the first pleading should be addressed to the

lequel la Cour élude le problème «de savoir si la Yougoslavie est ou non Membre de l'Organisation des Nations Unies et, à ce titre, partie au Statut de la Cour» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro))*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 14, par. 18). La Cour utilise la formule à plusieurs reprises dans les affaires en lesquelles la Serbie-et-Monténégro est partie devant elle. Correctement interprétée, indépendamment des nuances propres à chaque cas d'espèce, la formule donne à penser que la Cour se réservait le droit de prendre définitivement position lors d'une phase ultérieure de l'instance.

La conclusion qui semble s'imposer est que, en statuant ainsi, la Cour diffère sa réponse à la question «de savoir si la Yougoslavie est ou non Membre de l'Organisation des Nations Unies et, à ce titre, partie au Statut de la Cour» (*ibid.*). Dans les circonstances de l'espèce, on peut cependant s'interroger sur le sens intrinsèque de ce report de décision.

8. La Cour a été saisie par requête introductive d'instance déposée au Greffe le 29 avril 1999 par la République fédérale de Yougoslavie (ci-après dénommée la «RFY»). Egalement saisie d'une demande en indication de mesures conservatoires, elle a mis en œuvre la procédure prévue à cet effet. Était-elle, au regard des dispositions pertinentes de son Statut, à même d'être saisie? Pouvait-elle, par ailleurs, engager une procédure en indication de mesures conservatoires si la République fédérale de Yougoslavie n'avait pas été Membre de l'Organisation des Nations Unies pendant la période considérée, et que d'ailleurs la RFY n'avait, en tout état de cause, pas accepté la compétence générale de la Cour aux conditions prévues par la résolution 9 (1946) du Conseil de sécurité, conformément aux dispositions du paragraphe 2 de l'article 35 du Statut de la Cour?

La réponse à ces questions est manifestement négative. En effet, dès lors qu'il s'agit d'une cour de justice dont l'accès est restreint, il est indispensable que les Etats satisfassent à la condition préliminaire pertinente — celle d'acquérir qualité pour agir — pour pouvoir saisir la Cour d'un différend.

9. La Cour avait donc le choix entre plusieurs solutions puisque la situation juridique de la Yougoslavie était en tout cas incertaine et que cette incertitude était patente depuis 1993 (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro))*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, p. 14, par. 18):

- i) la Cour pouvait demander à l'Assemblée générale, en sa qualité d'organe compétent de l'Organisation des Nations Unies, une interprétation authentique de la résolution 47/1;
- ii) elle pouvait formuler provisoirement sa propre réponse en demandant, sur le fondement du paragraphe 2 de l'article 38 du Règlement de la Cour, que la première pièce de procédure soit consacrée à cette

- matter³ or by instituting pre-judicatory proceedings on the basis of Article 48 of the Statute; and
- (iii) to resort to the judicial presumption of the right of Yugoslavia to appear before the Court.

And the Court made the choice to rely on the presumption that Yugoslavia was a Member of the United Nations and as such entitled to appear before the Court (see dissenting opinion of Judge Vereshchetin appended to the Judgment of 3 February 2003 in the case concerning *Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, Preliminary Objections (*Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina*), *Judgment, I.C.J. Reports 2003*, p. 41, para. 4 (hereinafter referred to as the “*Application for Revision*”); separate opinion of Judge Koroma, *ibid.*, p. 36, para. 9).

(b) *Judicial presumptions*

10. Judicial presumption, along with legal presumption⁴, is one of the

³ In the Order of 30 June 1999 the Court noted Belgium requested

“that the question of the jurisdiction of the Court and of the admissibility of the Application in this case should be separately determined before any proceedings on the merits” (*Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium)*, *Order of 30 June 1999, I.C.J. Reports 1999 (II)*, p. 989).

For,

“the fact that the various provisions regulating the incidental jurisdiction are included in the Statute . . . serves to supply a general consensual basis, through a State’s being a party to the Charter and Statute, which are always part of the title of jurisdiction and always confer rights and impose obligations on its parties in relation to the Court and its activities. But if it is obvious that the Court lacks all jurisdiction to deal with the case on the merits, then it automatically follows that it will lack all incidental jurisdiction whatsoever.” (Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court 1920-1996*, Vol. II, 1997, pp. 598-599; emphasis added.)

⁴ Better known than judicial presumptions, legal presumptions (*praesumptio juris*) are widely applied in international law. International tribunals are used to resort to proof by inferences of fact (*présomption de fait*) or circumstantial evidence (*Corfu Channel, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 18). For legal presumption in the practice of the Inter-American Court of Human Rights, see T. Buergenthal, R. Norris and D. Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas, Selected Problems*, 2nd ed., 1986, pp. 130-132 and pp. 139-144. The practice of international courts abounds in presumptions based on general principles of international law, whether positive as presumption of good faith (*exempli causa, Mavrommatis Jerusalem Concessions, Judgment No. 5, 1925, P.C.I.J., Series A, No. 5*, p. 43) or negative as presumption of abuse of right (*Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Merits, Judgment No. 7, 1926, P.C.I.J., Series A, No. 7*, p. 30; *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Second Phase, 1930, P.C.I.J., Series A, No. 24*, p. 12; *Corfu Channel, Merits, Judgment, 1949, I.C.J. Reports 1949*, p. 119, dissenting opinion of Judge Ecer). The special weight they possess in the interpretation of treaties since the function of interpretation of treaties is to discover “what was, or what may reasonably be presumed to have been, the intention of the parties to a treaty when they concluded it” (Harvard Law School, *Research in International Law, Part III, Law of Treaties*, Art. 19, p. 940; emphasis added).

question³, ou en mettant en œuvre une procédure préjudiciaire sur la base des dispositions de l'article 48 du Statut;

- iii) elle pouvait aussi poser à titre de présomption judiciaire que la Yougoslavie avait le droit d'ester devant la Cour.

La Cour a choisi de présumer que la Yougoslavie était Membre de l'Organisation des Nations Unies et avait, à ce titre, qualité pour ester devant elle (voir l'opinion dissidente de M. le juge Vereshchetin jointe à l'arrêt rendu le 3 février 2003 en l'affaire de la *Demande en revision de l'arrêt du 11 juillet 1996 en l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires (*Yougoslavie c. Bosnie-Herzégovine*), arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 41, par. 4 (affaire ci-après dénommée «*Demande en revision*»); voir aussi l'opinion individuelle de M. le juge Koroma, *ibid.*, p. 36, par. 9).

b) *La présomption judiciaire*

10. La présomption judiciaire⁴, comme la présomption légale, consti-

³ Dans son ordonnance du 30 juin 1999, la Cour a noté que la Belgique avait demandé «qu'il soit statué séparément, avant toute procédure sur le fond, sur les questions de la compétence de la Cour et de la recevabilité de la requête en l'espèce» (*Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique)*, C.I.J. Recueil 1999 (II), p. 989).

«Le fait que les diverses dispositions régissant la compétence incidente figurent dans le Statut ... offre une base consensuelle générale, les Etats étant parties à la Charte et au Statut, lesquels sont toujours partie intégrante du titre de compétence et confèrent toujours des droits et obligations aux parties envers la Cour et ses activités. Néanmoins, *s'il apparaît évident que la Cour n'a absolument aucune compétence pour connaître d'une affaire au fond, il s'ensuit mécaniquement qu'elle n'aura pas non plus de compétence incidente.*» (Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, vol. II, 1997, p. 598-599; les italiques sont de moi.)

⁴ Mieux connues que les présomptions judiciaires, les présomptions légales (*praesumptio juris*) sont très fréquentes en droit international. Les juridictions internationales recourent habituellement à la présomption de fait ou aux preuves circonstanciées (*Détroit de Corfou, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 18). En ce qui concerne la présomption légale dans la pratique de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, il convient de se reporter à l'ouvrage de T. Buergenthal, R. Norris et D. Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas, Selected Problems*, 2^e éd., 1986, p. 130-132 et p. 139-144. Les exemples de présomptions fondées sur les principes généraux du droit international sont extrêmement nombreux dans la pratique des cours internationales, que la présomption soit utilisée de manière positive comme présomption de bonne foi (voir, par exemple, *Concessions Mavrommatis à Jérusalem, arrêt n° 5, 1925, C.P.J.I. série A n° 5*, p. 43) ou de manière négative, comme présomption d'abus de droit (*Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, fond, arrêt n° 7, 1926, C.P.J.I. série A n° 7*, p. 30; *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex (deuxième phase)*, 1930, C.P.J.I. série A n° 24, p. 12; *Détroit de Corfou, fond, arrêt, 1949, C.I.J. Recueil 1949*, p. 119, opinion dissidente de M. le juge Ečer). Ces présomptions revêtent une importance particulière dans le domaine de l'interprétation des traités étant donné que la fonction même d'une telle interprétation est de déterminer «l'intention, ou ce que l'on peut raisonnablement présumer avoir été l'intention, des parties à un traité lors de sa conclusion» (Harvard Law School, *Research in International Law, Part III, Law of Treaties*, art. 19, p. 940; les italiques sont de moi).

main sorts of presumption in international law. It means that a certain fact or state of affairs, even though it has not been proved, is taken by an international tribunal as truthful. As such it does not necessarily coincide with, or is not equivalent to, the fact or the state of affairs.

As far as the reasoning of the existence of judicial presumption is concerned, considerations of a practical nature are prevalent.

Judicial presumption is a weapon to avoid waiting to get to know precisely the facts and situation on which is dependent the existence, content or cessation of the right that would have adverse consequences for interested subjects or that would render difficult due course of legal proceedings.

The law, however much it tends to establish the truth and to be truthful, actually pays more attention to finding useful and suitable solutions for the given situations rather than allowing, in an attempt to establish truth as such, the rights and obligations that exist to fall through or to be harmed.

11. As a sort of presumption, the judicial presumption bears some specific features differing it from legal presumption (*praesumptio juris*).

Two principal features of judicial presumption should be mentioned in that regard.

Primo, judicial presumption is, as a rule, a natural, factual presumption (*praesumptio facti vel homine*) having no basis in the particular rules that constitute the law of the international tribunal or the law it is applying. It is an inherent element of the legal reasoning of the international tribunal in the interpretation and application of the rules of law.

Secundo, in contrast to legal presumption which can be irrefutable (*praesumptio juris et de jure*), the judicial presumption as a natural or factual one is, by definition, of refutable nature. Their refutable nature is, however, a specific one.

Bearing in mind that it is a part of the reasoning of the international tribunal, it cannot be refutable in the sense in which that is the case of legal presumption. Judicial presumption, as such, is in fact capable of being abandoned or replaced by the international tribunal.

In its legal reasoning the international tribunal abandons it, or replaces it, by other presumption. In the strict sense, only those findings or decisions of the international tribunal that are based on judicial presumptions are refutable. However, they lose the *ratio* of their existence when the international tribunal identifies the controversial matter which constitutes the subject of judicial presumption. Then they drop by themselves because they are deprived of their subject. But even then, it is the duty of the international tribunal to refute, in the proper proceedings, its own finding or decision based on a presumption.

12. So-called “prima facie jurisdiction” is, in fact, a good illustration

tue en droit international l'un des principaux types de présomption. Elle consiste, pour une juridiction internationale, à considérer comme avérés certains faits ou situations sans qu'ils aient été prouvés. Aussi ne coïncide-t-elle pas nécessairement avec le fait ou la situation en question, ou n'en est pas le strict équivalent.

Lorsque l'on motive l'existence d'une présomption judiciaire, ce sont les considérations d'ordre pratique qui sont au premier plan.

Le recours à la présomption judiciaire permet de se dispenser d'attendre que soient connus de façon détaillée les faits et la situation dont dépendent l'existence, la teneur ou l'extinction du droit susceptible de nuire aux intéressés ou d'entraver le bon déroulement de l'instance.

Même si elle tend au maximum à établir la vérité et à la dire, la justice en réalité préfère toujours élaborer des solutions utiles et adaptées aux cas d'espèce au lieu de laisser, en tentant d'établir la vérité en tant que telle, se perdre totalement ou partiellement des droits et obligations qui existent.

11. Dans son rôle de présomption, la présomption judiciaire présente certains traits caractéristiques qui la distinguent de la présomption légale (*praesumptio juris*).

Il convient à cet égard de citer deux de ces traits qui sont importants.

En premier lieu, la présomption judiciaire est normalement une présomption naturelle, factuelle (*praesumptio facti vel homine*) qui ne procède pas des règles particulières constituant le droit propre aux juridictions internationales ou le droit qu'elles appliquent. C'est un élément inhérent à la motivation juridique de la juridiction internationale quand celle-ci interprète et applique les règles de droit.

En second lieu, par opposition à la présomption légale qui peut être irréfragable (*praesumptio juris et de jure*), la présomption judiciaire est par définition, du fait de son caractère naturel et factuel, réfragable. Ce caractère réfragable présente toutefois une particularité.

Faisant partie intégrante de la motivation de la juridiction internationale, la présomption judiciaire ne sera en effet pas réfragable au sens où peut l'être la présomption légale. Elle peut en effet être écartée ou remplacée par la juridiction.

Dans le cadre de sa motivation juridique, la juridiction internationale a la faculté d'écarter la présomption judiciaire ou de la remplacer par une présomption d'une autre nature. Au sens strict, seules les conclusions et décisions que la juridiction internationale fonde sur une présomption judiciaire sont réfragables. Toutefois, elles perdent leur raison d'être lorsque la juridiction identifie la question litigieuse qui fait l'objet de la présomption. Privées d'objet, elles disparaissent alors d'elles-mêmes. Cela étant, même dans cette hypothèse, la juridiction est tenue de réfuter, conformément à la procédure prévue, la conclusion ou décision qu'elle avait fondée sur une présomption.

12. La compétence dite «*prima facie*» illustre bien ce que sont les pré-

of judicial presumptions. The expression “prima facie jurisdiction” is a somewhat artificial combination of the modal-prima facie and of the object-jurisdiction. The modal is, in the particular context, also the qualitative, having in mind that “prima facie” in the legal reasoning of the Court implies “not conclusive”, “not definitively”. In its grammatical meaning the expression “prima facie jurisdiction” suggests the existence of a distinct jurisdiction, that is, as reflecting a division of the jurisdiction of the Court. Understood in this sense, the division of jurisdiction has no foundation in the Statute or Rules of Court, or in the legal logic, for that matter. The expression “prima facie ascertainment of jurisdiction” seems to be more appropriate. Basically, it means a prima facie case, a case established by prima facie evidence. On that basis the Court assumed jurisdiction reserving the subsequent procedure for further, including the conclusive, decision.

13. In the substantive meaning, the so-called avoiding position of the Court in the light of the relevant circumstances of the case is something more than, and different from, simply delay. The avoiding position of the Court could not be reduced to delay considering, first of all, the fact that the question of the FRY’s status vis-à-vis the United Nations and the Statute of the Court concerns its very ability to appear before the Court. It is hard to imagine that the Court, as the guardian of its Statute, in responding to this crucial question, could have been content with simply delay. The avoiding position of the Court has two aspects: the intrinsic or substantive one, reflected in the presumption regarding the FRY’s membership in the United Nations, and the extrinsic, formal one which boils down to a delay.

14. The presumption of membership of Yugoslavia in the United Nations in the circumstances that existed prior to 1 November 2000 provided the only possible basis for seisin of the Court.

The right of a party to appear before the Court is the prerequisite of a valid seisin. Seisin of the Court is not, nor can it be, an automatic consequence of the act of a State taken with the objective of its seizure (such an act would be more appropriate to term “seising”; see Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Vol. II, 1986, p. 440, footnote 2). If, *arguendo*, one would accept the opposite view, it is unclear why the Court would not be seised also in the case of acts taken by other persons — physical or juridical — who, pursuant to the Statute, are not entitled to appear before the Court.

An effective seisin of the Court is the condition short of which the Court can hardly exercise the powers conferred upon it by the Statute. These powers the Court must exercise

“whenever it *has been regularly seised* and whenever it has not been shown, on some other ground, that it lacks jurisdiction or that the

somptions judiciaires. Cette expression associe de façon assez artificielle un aspect modal (*prima facie*) et un objet (compétence). Dans ce contexte particulier, l'aspect modal est également qualitatif, puisque «*prima facie*», dans la motivation juridique de la Cour, veut dire implicitement que ce n'est «pas concluant» ou «pas définitif». Au sens purement grammatical, l'expression «compétence *prima facie*» donne à penser qu'il existe une compétence distincte, en quelque sorte une subdivision de la compétence de la Cour. Un tel morcellement de la compétence est pourtant dénué de fondement, tant au regard du Statut et du Règlement de la Cour que, d'ailleurs, de la logique juridique. Il faudrait plutôt dire que l'on «constate *prima facie* la compétence». C'est-à-dire qu'en principe il s'agit d'une affaire *prima facie*, d'une affaire établie par des preuves *prima facie*. C'est sur ce fondement que la Cour se présume compétente, en réservant la suite de la procédure pour se prononcer plus avant, notamment pour formuler sa conclusion.

13. Sur le fond, le fait pour la Cour d'éluder le problème est, compte tenu des circonstances pertinentes de l'espèce, plus qu'un simple report de décision et est aussi autre chose. Que la Cour élude le problème ne saurait se ramener à un simple report, tout d'abord parce que le statut de la RFY vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies et du Statut de la Cour intéresse la possibilité même de ce pays d'ester devant elle. Il est difficile d'imaginer que la Cour, qui est gardienne de son Statut, se soit satisfaite d'un «report» pour répondre à cette question cruciale. Le fait pour la Cour d'éluder la question revêt deux aspects: le premier aspect, intrinsèque, de fond, se traduit par la présomption relative à la qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies de la RFY; le second aspect, extrinsèque, purement formel, se traduit par un simple report.

14. Présumer que la Yougoslavie était Membre de l'Organisation des Nations Unies antérieurement au 1^{er} novembre 2000 était le seul fondement possible de la saisine de la Cour.

Le droit pour une partie d'ester devant la Cour est le préalable indispensable d'une saisine valide. La saisine n'est pas et ne saurait être une conséquence automatique de l'acte par lequel un Etat veut saisir la Cour (dans cette seconde hypothèse, il serait plus approprié de parler de l'«acte de saisine»; voir sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. II, 1986, p. 440, note de bas de page 2). Si, ne serait-ce qu'aux fins de l'argumentation, certains adoptaient le point de vue opposé, on ne voit pas pourquoi la Cour ne pourrait pas également être saisie par des actes émanant d'autres personnes — physiques ou morales — auxquelles le Statut refuse le droit d'ester devant elle.

La saisine effective est donc la condition indispensable qui doit être remplie pour que la Cour puisse exercer les pouvoirs que son Statut lui confère. La Cour se doit de les exercer

«lorsqu'elle a été régulièrement saisie et qu'il ne lui a pas été démontré, sur une autre base, qu'elle est incompétente ou que la demande

claim is inadmissible” (*Nottebohm, Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1953*, p. 122; emphasis added).

The Court, in fact, would not be able to deal with the claim if it were not regularly seised. As the Court stated:

“When an Application is filed *at a time when the law in force between the parties entails the compulsory jurisdiction of the Court* . . . the filing of the Application is merely the condition required *to enable the clause of compulsory jurisdiction to produce its effects* in respect of the claim advanced in the Application. *Once this condition has been satisfied, the Court must deal with the claim*; it has jurisdiction to deal with all its aspects, whether they relate to jurisdiction, to admissibility or to the merits.” (*Nottebohm, Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1953*, p. 123; emphasis added.)

15. Judicial presumptions, being refutable *per definitionem*, are subject to verification. In principle, such presumptions as to *locus standi* of the parties are verified by the Court *ex officio* or upon objection of the party.

In this (these) particular case(s) it should be pointed out that the preliminary objections of all the respondent States regarding the jurisdiction of the Court *ratione personae* are of a specific nature. Although mainly named as objections to the jurisdiction *ratione personae*, they in fact challenged the validity of the seisin of the Court. Moreover, four of the respondent States (namely, Portugal, Germany, the Netherlands and Italy) requested, in similar terms, the Court in their final submissions to adjudge and declare that Yugoslavia “has no *locus standi* before the Court” or that “the FRY is not entitled to appear before the Court”. In other words, they called in question the very existence of the “case” before the Court.

(c) *Effective and valid seisin*

16. It appears that a distinction has to be made between an “effective seisin” and a “valid seisin” of the Court.

Effective seisin of the Court is, as a rule, based on *prima facie* appreciation of the right of the party or parties to appear before the Court.

The *prima facie* appreciation of the right of the party or parties to appear before the Court, in contrast to the appreciation of the basis of jurisdiction, seems to be relaxed due primarily to the fact that today almost all States are Members of the United Nations. Accordingly, it appears that in the practice of the Court it is assumed that the fulfilment of the conditions specified in Article 38, paragraphs 1, 2 and 3, and Article 39, paragraphs 1 and 2, of the Rules of Court enables effective seisin of the Court.

The effective seisin is, in the absence of separate proceedings designed to deal with conditions for the validity of the proceedings, including the question of *locus standi*, before the very institution of a proceeding, a

est irrecevable» (*Nottebohm, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1953*, p. 122; les italiques sont de moi).

En réalité, la Cour ne serait pas à même d'examiner une demande si elle n'est pas régulièrement saisie. Comme elle l'a noté:

«Lorsque la requête est déposée à un moment où le droit en vigueur comporte la juridiction obligatoire de la Cour ... le dépôt de la requête n'est que la condition pour que la clause de juridiction obligatoire produise effet à l'égard de la demande qui fait l'objet de la requête. Cette condition remplie, la Cour doit connaître de la demande; elle a compétence pour en examiner tous les aspects, qu'ils touchent à la compétence, à la recevabilité ou au fond.» (*Ibid.*, p. 123; les italiques sont de moi.)

15. Etant par définition réfragables, les présomptions judiciaires peuvent faire l'objet de vérifications. En principe, lorsqu'elles portent sur le *locus standi* des parties, la Cour les vérifie d'office ou à la demande d'une partie.

Il convient de souligner que, en la (les) présente(s) affaire(s), les exceptions préliminaires formulées par l'ensemble des Etats défendeurs quant à la compétence de la Cour *ratione personae* revêtent un caractère particulier. Bien qu'étant présentées comme des exceptions à la compétence *ratione personae* de la Cour, elles visent en réalité à contester la validité de sa saisine. En outre, dans leurs conclusions finales, quatre Etats défendeurs (à savoir le Portugal, l'Allemagne, les Pays-Bas et l'Italie) ont prié la Cour, en des termes similaires, de dire et juger que la «la RFY n'a[vait] pas qualité pour agir devant [elle]». En d'autres termes, ils mettaient en doute l'existence même de l'«affaire» devant la Cour.

c) *Saisine effective et saisine valide*

16. Il faut, semble-t-il, opérer une distinction entre la «saisine effective» de la Cour et une «saisine valide».

En principe, la première est fondée sur une appréciation *prima facie* du droit d'une partie ou des parties d'ester devant la Cour.

L'appréciation *prima facie* de ce droit semble être moins rigoureuse que l'appréciation de la base de compétence, du fait surtout que la quasi-totalité des Etats sont aujourd'hui Membres de l'Organisation des Nations Unies. On constate donc, dans la pratique de la Cour, que l'observation des conditions prévues aux paragraphes 1, 2 et 3 de l'article 38 et aux paragraphes 1 et 2 de l'article 39 du Règlement de la Cour autorise sa saisine effective.

En l'absence de procédure distincte permettant de vérifier, avant qu'une instance soit véritablement engagée, que celle-ci répond aux conditions de validité prescrites, y compris pour ce qui a trait au *locus standi*, la saisine

necessary procedural step enabling the Court to deal, *inter alia*, with the validity of its seisin.

In contrast, valid seisin in regard to the question of *locus standi* means that it is conclusively established by the Court that parties to a dispute have fulfilled the necessary precondition to be entitled to appear before the Court, i.e., that they have recognized in the proper way — by being a party to the Statute of the Court or by the declaration pursuant to resolution 9 (1946) of the Security Council — the general jurisdiction of the Court. It is that relevant point in time in which parties to a dispute become parties to the dispute before the Court.

In that regard, the relationship between effective seisin and valid seisin could be compared with the relationship between the so-called *prima facie* jurisdiction and jurisdiction considered as conclusively established.

Accordingly, if the expression “effective seisin” or “regular seisin” is used to denote validity of the seisin of the Court, it should be understood as relating to the formal aspect of its validity only, not to the substantive one.

(d) *Obiter dictum containing elements or indications of substantive approach*

17. In the *Application for Revision* case the Court, considering General Assembly resolution 55/12 of 1 November 2000, points out, *inter alia*, that it

“cannot have changed retroactively the *sui generis* position which the FRY found itself in vis-à-vis the United Nations over the period 1992 to 2000, or its position in relation to the Statute of the Court and the Genocide Convention. Furthermore, the letter of the Legal Counsel of the United Nations dated 8 December 2000 cannot have affected the FRY’s position in relation to treaties.” (*Judgment, I.C.J. Reports 2003*, p. 31, para. 71.)

It is easy to go along with the findings that, as a rule, General Assembly resolutions, including the resolution in question, do not have retroactive effect. But this finding of the Court can hardly be said to be very useful. Because of the object of the exclusion of retroactive effect of General Assembly resolution 55/12 in the aforementioned *obiter* — i.e. a “*sui generis* position which the FRY found itself in vis-à-vis the United Nations over the period 1992 to 2000 . . .” — which is obviously unclear and vague. In the quoted formulation the phrase “*sui generis*” is linked to the substantive “position” which, in this particular context, has a highly unclear and technical meaning. Has it been used as a synonym or a substitute for the word “membership” or the term “membership rights and obligations” or, to express, for that matter, the factual relationship between the Applicant and the Organization? If it has the meaning of “*sui generis*” membership, it is difficult to fathom which elements of

effective constitue une démarche procédurale indispensable, qui permet notamment à la Cour d'établir la validité de sa saisine.

En revanche, pour que la saisine de la Cour soit valide en ce qui concerne le *locus standi*, la Cour doit avoir dûment établi que les parties à un différend ont satisfait à la condition préalable leur permettant d'ester devant elle, c'est-à-dire qu'elles ont reconnu en bonne et due forme la compétence générale de la Cour (parce qu'elles sont parties à son Statut ou qu'elles ont fait une déclaration conforme aux prescriptions de la résolution 9 (1946) du Conseil de sécurité). C'est à ce moment précis que les parties à un différend deviennent parties au différend porté devant la Cour.

A cet égard, le rapport entre saisine effective et saisine valide pourrait être comparé au rapport entre la «compétence dite *prima facie*» et la «compétence considérée comme établie de façon concluante».

Dès lors, si l'expression «saisine effective» ou «saisine régulière» est employée pour désigner la validité de la saisine de la Cour, elle doit être interprétée comme se rattachant au seul aspect formel de cette validité et non à son aspect de fond.

d) *Obiter dictum contenant des éléments ou des indices d'une position sur le fond*

17. Dans l'affaire de la *Demande en revision*, la Cour, examinant la résolution 55/12 de l'Assemblée générale en date du 1^{er} novembre 2000, souligne notamment que ladite résolution

«ne peut avoir rétroactivement modifié la situation *sui generis* dans laquelle se trouvait la RFY vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies pendant la période 1992-2000, ni sa situation à l'égard du Statut de la Cour et de la convention sur le génocide. En outre, la lettre du conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies en date du 8 décembre 2000 ne peut avoir modifié le statut de la RFY à l'égard des traités.» (*Arrêt, C.I.J. Recueil 2003*, p. 31, par. 71.)

On souscrit sans peine à l'idée qu'en principe les résolutions de l'Assemblée générale, dont celle qui est citée ci-dessus, n'ont pas d'effet rétroactif. Mais dans le cas présent, cette constatation de la Cour n'est guère utile. En effet, l'objet sur lequel porte l'absence d'effet rétroactif de la résolution 55/12 de l'Assemblée générale dans le passage cité plus haut — à savoir «la situation *sui generis* dans laquelle se trouvait la RFY vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies pendant la période 1992-2000» — est manifestement confus et imprécis. Dans ce passage, l'expression «*sui generis*» qualifie le substantif «situation», dont le sens, dans ce contexte particulier, est extrêmement abscons et technique. Le terme est-il utilisé comme un synonyme de l'expression «qualité de Membre» ou de la formule «droits et obligations attachés à la qualité de Membre» ou remplace-t-il cette expression ou cette formule, ou bien encore vise-t-il à exprimer le lien concret entre le demandeur et l'Organisation? S'il s'agit de la

membership from the abstract point of view, or which concrete elements of presumed membership of the Federal Republic of Yugoslavia, would provide the basis of the qualification that what is involved here is “*sui generis*” membership? Namely, it is worth noting that the United Nations Charter makes no mention of “*sui generis*” membership, obviously a kind of amalgamation of “membership” and “non-membership”. So, the terms such as this one represent rather an attempt of sorts to conceptualize something that is non-existent as a notion, and not an appropriate expression of positive legal substance — the more so, if one has in mind the absence of a *limine* or *exempli causa* elements of “membership” or non-membership” in the world Organization.

It is true, however, that in paragraph 70 of the Judgment of 3 February 2003 in the *Application for Revision* case it is stated that

“Resolution 47/1 did not *inter alia* affect the FRY’s right to appear before the Court . . . under the conditions laid down by the Statute. Nor did it affect the position of the FRY in relation to the Genocide Convention.” (*Judgment, I.C.J. Reports 2003*, p. 31, para. 70.)

This particular *dictum* seems to be an assertion rather than a proper legal reasoning. More specifically, it is unclear what is actually the legal basis, in the light of the controversy regarding the status of the Applicant in the United Nations, for “the FRY’s right to appear before the Court” (*ibid.*). Is it based on its being a United Nations Member State which is *ipso facto* a party to the Statute of the Court, or under the conditions specified in Article 35, paragraph 2, of the Statute of the Court and Security Council resolution 9 (1946)?

18. It is unclear how the *obiter* about the “*sui generis* position” of the FRY vis-à-vis the United Nations came to find a place in the Court’s Judgment in the *Application for Revision* case. In that case the Court was faced with the issue whether the admission of the FRY to the United Nations *as such* is a “new fact” in the sense of Article 61 of the Statute. The Court itself stressed that:

“In reality, [the FRY] bases its Application for revision on the legal consequences which it seeks to draw from facts subsequent to the Judgment which it is asked to have revised. *Those consequences, even supposing them to be established, cannot be regarded as facts within the meaning of Article 61.* The FRY’s argument cannot accordingly be upheld.” (*Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, Preliminary Objections (*Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina*), *Judgment, I.C.J. Reports 2003*, p. 30, para. 69; emphasis added.)

qualité de Membre «*sui generis*», il est difficile de saisir quels sont, dans l'abstrait, les éléments de la qualité de Membre ou, au cas particulier, les éléments de la qualité de Membre présumée de la République fédérale de Yougoslavie, qui autoriseraient à parler en l'occurrence de qualité de Membre «*sui generis*». C'est-à-dire qu'il convient d'observer qu'il n'est fait aucune mention, dans la Charte des Nations Unies, d'une qualité de Membre «*sui generis*», qui serait manifestement une sorte d'amalgame entre la qualité de «Membre» et celle de «non-membre». L'emploi de tels termes vise plutôt à conceptualiser une notion inexistante qu'à exprimer de façon juste une réalité juridique véritable — à plus forte raison, à défaut d'éléments qui, *a limine* ou à titre d'exemple, illustreraient la «qualité de Membre» ou celle de «non-membre» au sein de l'organisation mondiale.

Cependant, il est vrai que, au paragraphe 70 de l'arrêt rendu le 3 février 2003 en l'affaire de la *Demande en revision*, il est dit que :

«La résolution 47/1 ne portait notamment pas atteinte au droit de la RFY d'ester devant la Cour ... dans les conditions fixées par le Statut. Elle ne touchait pas davantage à la situation de la RFY au regard de la convention sur le génocide.» (*C.I.J. Recueil 2003*, p. 31, par. 70.)

On se trouve ici devant une affirmation plutôt que devant un raisonnement juridique à proprement parler. Plus précisément, compte tenu de la controverse relative au statut du demandeur à l'égard de l'Organisation des Nations Unies, on ne voit pas bien ce qui fonde le «droit de la RFY d'ester devant la Cour» (*ibid.*). Ce droit procède-t-il de sa qualité d'Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies, qui lui confère *ipso facto* la qualité de partie au Statut de la Cour, ou répond-il aux conditions prescrites au paragraphe 2 de l'article 35 du Statut de la Cour et dans la résolution 9 (1946) du Conseil de sécurité?

18. On comprend mal ce qui a amené la Cour à prononcer son *obiter dictum* sur la «situation *sui generis*» de la RFY vis-à-vis des Nations Unies dans son arrêt en l'affaire de la *Demande en revision*. Dans cette affaire, la Cour devait dire si l'admission de la RFY à l'Organisation des Nations Unies constituait *en tant que telle* un «fait nouveau» au sens de l'article 61 du Statut. La Cour a elle-même souligné ce qui suit :

«[la RFY] fonde en réalité sa requête en revision sur les conséquences juridiques qu'elle entend tirer de faits postérieurs à l'arrêt dont la revision est demandée. Ces conséquences, à les supposer établies, ne sauraient être regardées comme des faits au sens de l'article 61. L'argumentation de la RFY ne peut par suite être retenue.» (*Demande en revision de l'arrêt du 11 juillet 1996 en l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires (*Yougoslavie c. Bosnie-Herzégovine*), arrêt, *C.I.J. Recueil 2003*, p. 30, par. 69; les italiques sont de moi.)

What is striking is that the Court formulated its *obiter* after almost ten years of the “avoiding position” approach to the issue, although the issue of membership of the FRY in the United Nations was *ab initio* of fundamental importance for the jurisdiction of the Court in all disputes in which the FRY is involved as a party before the Court. Having that in mind, it could hardly be objected to by the Court that, throughout that period, it found it necessary, in any of the proceedings unfolding before it successively, to make interim determination upon the issue in explicit terms for the purposes of the pending proceedings. However, the Court failed to do so *until the admission of the FRY to the United Nations*, when the matter was resolved definitely. That comes as a surprise in itself.

19. The objective meaning of the insistence on the *sui generis* position of Serbia and Montenegro vis-à-vis the United Nations in the period from 1992 to 2000, as considered in paragraph 70 of the Judgment in the *Application for Revision* case, amounts in the existing circumstances to an attempt to revise the decision taken by the main political organs of the United Nations. Or in terms of legal notions, it amounts to the creation of a *fiction legis*.

20. The qualifications of the status of the Applicant in the United Nations as “*sui generis* membership”, “*de facto* working status”, etc., are deprived of legal substance in terms of the Charter. The Charter of the United Nations does not recognize such forms of “membership” or “non-membership” or a mixture thereof. These syntagmas constitute rather an attempt — based on analogy with membership in terms of the Charter — of a notional conceptualization of observer status of a non-Member based on Article 2, paragraph 6, and Article 35, paragraph 2, of the Charter, or of the status of non-State entities, such as national liberation movements, or of observer status of regional organizations and groups of States pursuant to Article 52, paragraph 1, of the Charter of the United Nations. In the qualitative sense, the meaning of the syntagmas such as “*sui generis* membership” or “*de facto* working status” would mean, in fact, reduced membership rights or the privileged position of some non-Members.

Such a meaning can hardly be brought in accordance either with the provisions of the Charter of the United Nations which regulate membership rights and obligations, or with the fundamental principle of sovereign equality of States enshrined in Article 2, paragraph 1, of the Charter of the United Nations.

The provisions of the Charter, as far as the relationship of the Organization vis-à-vis States is concerned, have been formulated in terms of the dichotomy Member States/non-Member States. *Tertium quid* simply does not exist. Chapter II of the United Nations Charter (“Membership”) points out only the division into the original Members of the United

Il est frappant de constater que la Cour a formulé cet *obiter* après avoir, pendant près de dix ans, «éludé» la question de la qualité de Membre de la RFY au sein de l'Organisation des Nations Unies alors même que cette question revêtait depuis le début une importance fondamentale pour la compétence de la Cour dans tous les différends portés devant elle auxquels la RFY est partie. Le fait restant présent à l'esprit, la Cour pouvait difficilement formuler la moindre objection, dans l'une ou l'autre des procédures introduites successivement devant elle tout au long de cette période, quant à l'obligation pour elle de se prononcer expressément, à titre provisoire, sur la question aux fins des procédures en cours. Toutefois, la Cour n'a rien fait de tel *jusqu'à l'admission de la RFY à l'Organisation des Nations Unies*, qui a résolu définitivement la question. Voilà qui est en soi surprenant.

19. Objectivement, l'insistance sur la situation *sui generis* de la Serbie-et-Monténégro à l'égard de l'Organisation des Nations Unies pendant la période allant de 1992 à 2000, telle qu'elle est envisagée au paragraphe 70 de l'arrêt en l'affaire de la *Demande en revision*, revient dans les circonstances actuelles à une tentative de revision de la décision prise par les organes politiques principaux de l'Organisation des Nations Unies. En termes juridiques, cela revient à créer une *fictio legis*.

20. Qualifier le statut du demandeur à l'égard de l'Organisation des Nations Unies par des formules telles que «qualité de Membre *sui generis*» et «participation de fait», etc., n'a aucun sens juridique dans l'optique de la Charte. La Charte des Nations Unies ne reconnaît pas pareilles formes d'«appartenance» et de «non-appartenance» ni les formes hybrides d'appartenance. L'emploi de ces expressions vise plutôt — par analogie avec la qualité de Membre telle qu'elle est définie dans la Charte — à doter de façon abstraite et hypothétique un non-membre du statut d'observateur reposant sur le paragraphe 6 de l'article 2 et le paragraphe 2 de l'article 35 de la Charte, ou à lui conférer le statut d'entité non étatique qui est celui des mouvements de libération nationale, ou encore le statut d'observateur conféré à des organisations régionales et des groupes d'Etats en vertu du paragraphe 1 de l'article 52 de la Charte des Nations Unies. Qualitativement, la formule «qualité de Membre *sui generis*» ou «participation de fait» signifierait en réalité que les droits dont la qualité de Membre est assortie sont restreints ou bien viserait les privilèges accordés à certains non-membres.

Il est difficile de concilier une telle interprétation avec les dispositions de la Charte des Nations Unies qui régissent les droits et obligations liés à la qualité de Membre, ou avec le principe fondamental de l'égalité souveraine des Etats consacré par le paragraphe 1 de l'article 2 de la Charte.

Les dispositions de la Charte, en ce qui concerne le lien entre l'Organisation et les Etats, ont été formulées suivant la dichotomie opposant les Etats Membres et les Etats non membres. Il n'existe pas de *tertium quid*. Le chapitre II de la Charte des Nations Unies («Membres») n'établit de distinction qu'entre les Membres originels des Nations Unies et les

Nations and the subsequently admitted Members of the Organization, a division which has no substantive meaning in terms of membership rights and duties, but only that of historical record.

Article 2 of the Charter of the United Nations, setting out the principles on which the Organization and its Members are based and shall act, provides in paragraph 1 that “[t]he Organization is based on the principle of the sovereign equality of all its Members”.

The principle contained in Article 2, paragraph 1, of the Charter constitutes *ratione materiae* a narrow application of the “basic legal concept of State sovereignty in customary international law” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment*, *I.C.J. Reports 1986*, p. 111, para. 212; hereinafter referred to as “*Nicaragua*”), with legal force equal to that of the principle expressed in paragraph 2 of the same Article determined by the Court as being “not only a principle of customary international law but also a fundamental or cardinal principle of such law” (*ibid.*, p. 100, para. 190).

The principle of the sovereign equality of States as a universal principle belonging to *corpus juris cogentis* operates with the United Nations Charter on two levels:

- (i) in the relationship between the Member States, with the exception of the permanent members of the Security Council, as the principle of equal membership rights and obligations, and
- (ii) in the relationship between non-Member States and the Organization, as the principle of equal rights and obligations non-Members before the appropriate organs of the Organization as stipulated by Article 35, paragraph 2, of the Charter.

In other words, the peremptory nature of the principle of sovereign equality of States would not suffer a reduction in the *corpus* of rights and obligations of an individual Member in relation to the *corpus* of rights and obligations of a Member State as such on the basis of the Charter; nor indeed would it entail enlarged rights and obligations of an individual non-Member State over and above the extent of the rights and obligations of non-Member States envisaged by the Charter.

The fact that the *exercise* of certain membership rights by a Member State may be suspended on the basis of Article 5 of the Charter is another matter. The suspension of membership rights and privileges on the basis of Article 5 does not encroach upon the principle of equal membership rights and privileges in view of the fact that it leaves unaffected both the legal basis, and the membership rights and privileges, restricting only the exercise of the membership rights and privileges until the removal of suspension. However, the suspension of membership rights may, in special circumstances, lead to a violation of the fundamental principle of equality of Member States in the proceedings before the Court (for instance, if a suspended Member is precluded from taking part in the work of organs of the Organization, or in the procedures established, whose findings or

Membres admis à l'Organisation par la suite, mais cette distinction n'emporte aucune conséquence de fond du point de vue des droits et devoirs liés à la qualité de Membre et ne présente qu'un intérêt historique.

L'article 2 de la Charte des Nations Unies, qui énonce les principes sur lesquels est fondée l'Organisation et selon lesquels doivent agir ses Membres, dispose en son premier paragraphe que «[l']Organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses Membres».

Le principe ainsi énoncé au paragraphe 1 de l'article 2 de la Charte constitue *ratione materiae* une application étroite du «concept juridique fondamental de la souveraineté des Etats en droit international coutumier» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 111, par. 212; ci-après l'«*affaire Nicaragua*») et il est doté d'une force juridique égale à celle du principe exprimé au paragraphe 2 du même article, que la Cour a déclaré être «non seulement un principe de droit international coutumier, mais encore un principe fondamental ou essentiel de ce droit» (*ibid.*, p. 100, par. 190).

Le principe de l'égalité souveraine des Etats en tant que principe universel relevant du *corpus juris cogentis* s'applique, dans le cadre de la Charte des Nations Unies, sur deux plans :

- i) dans les relations entre les Etats Membres, à l'exception des membres permanents du Conseil de sécurité, en tant que principe de l'égalité des droits et des obligations liés à la qualité de Membre, et
- ii) dans les relations entre les Etats non membres et l'Organisation, en tant que principe de l'égalité des droits et des obligations des non-membres devant les organes appropriés de l'Organisation ainsi qu'il est indiqué au paragraphe 2 de l'article 35 de la Charte.

En d'autres termes, le caractère impératif du principe de l'égalité souveraine des Etats exclut que l'ensemble des droits et obligations d'un Membre soit réduit par rapport à l'ensemble des droits et obligations d'un Etat Membre selon la Charte ; il exclut tout autant l'élargissement des droits et obligations d'un Etat non membre au-delà de ce que prévoit la Charte pour cette catégorie d'Etats.

La suspension, fondée sur l'article 5 de la Charte, de l'exercice par un Etat Membre de certains droits liés à la qualité de Membre soulève une autre question. La suspension fondée sur l'article 5 des droits et privilèges liés à la qualité de Membre ne porte pas atteinte au principe de l'égalité de ces droits et privilèges puisque ladite suspension ne modifie ni la base juridique de la qualité de Membre ni les droits et privilèges qui y sont liés, son seul effet étant de restreindre l'exercice de ces derniers tant qu'elle n'est pas levée. Toutefois, la suspension des droits liés à la qualité de Membre peut, dans certaines circonstances, conduire à une violation du principe fondamental de l'égalité des Etats Membres dans une procédure devant la Cour (par exemple, si un Membre suspendu se trouve empêché de prendre part aux travaux d'organes de l'Organisation, ou aux procé-

statements serve as evidence in the proceedings before the Court).

The disappearance of a Member State as a subject of international law leads *ipso facto* to the cessation of membership in the Organization of the United Nations. Since membership rights and obligations are a substantive effect of membership in the Organization, there exists an equal sign between the disappearance of a State and the cessation of all its membership rights and obligations. (An exception to this are the rights and obligations embodied in the Charter which have an *erga omnes* or a peremptory character and which, from the legal aspect, are not *membership* rights and obligations.)

21. The proper judicial presumption has been applied by the Court in the proceedings for the indication of provisional measures.

Namely, the finding of the Court that “the declarations made by the Parties under Article 36, paragraph 2, of the Statute do not constitute a basis on which the jurisdiction” was grounded in the limitation *ratione temporis* contained in Yugoslavia’s declaration recognizing the compulsory jurisdiction of the Court (*Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium)*, *Provisional Measures, Order of 2 June 1999, I.C.J. Reports 1999 (I)*, p. 135, para. 30). Consequently, the Court did not call in question the validity of Yugoslavia’s declaration recognizing the compulsory jurisdiction of the Court pursuant to Article 36, paragraph 2, of the Statute, as such, but the temporal modality of its application in the light of the reciprocity condition.

It appears that Judge Kooijmans was right in noting that:

“How can the Court say that there is no need to consider the question of the validity of Yugoslavia’s declaration whereas at the same time it concludes that this declaration, taken together with that of the Respondent, cannot constitute a basis of jurisdiction? *This conclusion surely is based on the presumption of the validity of Yugoslavia’s declaration*, at least for the present stage of the proceedings. If such a presumption does not exist, the Court should at least have said that it accepts that validity purely *arguendo* since, even if it had been valid, it would not have had the capability to confer jurisdiction on the Court in view of the limitation *ratione temporis* in the Applicant’s declaration.” (*Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium)*, *Provisional Measures, Order of 2 June 1999, I.C.J. Reports 1999 (I)*, p. 177, para. 16, separate opinion of Judge Kooijmans; emphasis added.)

Reciprocity has nothing to do with the validity of a declaration as a jurisdictional instrument, having in mind that it is limited in its effect to the temporal scope of the obligation covered by the declaration. It is capable of producing effect only limiting jurisdiction to the common ground

dures établies par eux, dont des conclusions ou déclarations sont utilisées comme éléments de preuve devant la Cour).

La disparition d'un Etat Membre comme sujet de droit international conduit *ipso facto* à la suppression de sa qualité de Membre au sein de l'Organisation des Nations Unies. Puisque les droits et obligations liés à cette qualité constituent un effet important de l'appartenance à l'Organisation, la disparition d'un Etat équivaut à la cessation de tous ses droits et obligations liés à la qualité de Membre. (Echappent à cette règle les droits et obligations consacrés par la Charte qui ont un caractère *erga omnes* ou un caractère impératif et qui, considérés sous l'angle juridique, ne sont pas des droits et obligations *liés à la qualité de Membre*.)

21. La Cour a recouru à la présomption judiciaire comme il le fallait dans la procédure en indication de mesures conservatoires.

Pour conclure que «les déclarations faites par les Parties conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut ne constituent pas une base sur laquelle la compétence [pourrait être fondée]», la Cour s'est appuyée en effet sur la limitation *ratione temporis* figurant dans la déclaration par laquelle la Yougoslavie a reconnu la compétence obligatoire de la Cour (*Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique), mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I)*, p. 135, par. 30). Par conséquent, la Cour a remis en cause, non pas en tant que telle, la validité de la déclaration par laquelle la Yougoslavie a reconnu la juridiction obligatoire de la Cour conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, mais les modalités temporelles de son application compte tenu de la condition de réciprocité.

Le juge Kooijmans avait sans doute raison d'écrire:

«Comment la Cour peut-elle dire qu'il n'y a pas lieu d'examiner la question de la validité de la déclaration de la Yougoslavie et conclure en même temps que ladite déclaration, considérée avec celle du défendeur, ne peut pas constituer une base de compétence? *Pour conclure ainsi, il faut certainement prendre pour hypothèse que la déclaration de la Yougoslavie est valable*, tout au moins au stade actuel de la procédure. Si cette présomption de validité fait défaut, la Cour aurait dû tout au moins dire qu'elle accepte cette validité aux seules fins du débat puisque, même si elle avait été valable, cette déclaration du demandeur n'aurait pas pu conférer compétence à la Cour en raison de la limitation *ratione temporis* qu'elle énonce.» (*Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique), mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I)*, p. 177, par. 16; opinion individuelle de M. le juge Kooijmans; les italiques sont de moi.)

La réciprocité n'a rien à voir avec la validité d'une déclaration en tant qu'instrument juridictionnel, étant donné que son effet est limité à la durée de validité de l'obligation couverte par la déclaration. Le seul effet que la réciprocité soit en mesure de produire est de limiter la juridiction

accepted by both parties, as stated by the Court in the *Interhandel* case:

“Reciprocity enables the State which has made the wider acceptance of the jurisdiction of the Court to rely upon the reservations to the acceptance laid down by the other Party. *There the effect of reciprocity ends.*” (*Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1959*, p. 23; emphasis added.)

Having in mind the provisions of Article 36, paragraph 2, of the Statute of the Court, and considering that Yugoslavia did not accept the jurisdiction of the Court on the basis of Security Council resolution 9 (1946), it transpires that the presumption of the validity of Yugoslavia’s declaration only *ratione materiae* is a narrowed presumption of the membership of Yugoslavia in the United Nations.

22. The Court furthermore resorted to the presumption of the legal identity and continuity of the FRY when referring to the Genocide Convention, and found that it lacks jurisdiction due to the fact that genocidal intent on the part of the respondent States has not been proved.

In other words, the Court found that, *in casu*, there exists, at least, *prima facie* jurisdiction *ratione personae* — on the basis of the contractual *nexus* between the Applicant and the Respondent in the framework of the Genocide Convention — and the lack of jurisdiction *ratione materiae* on the basis of the Convention was ascribed by the Court to the fact that genocidal intent, as an element of the crime of genocide, has not been made probable.

It is obvious that the finding of the Court regarding the FRY as a party to the Genocide Convention was based in the formal declaration of the FRY of 22 April 1992, confirmed in an official Note of 27 April 1992 from the Permanent Mission of Yugoslavia to the United Nations addressed to the Secretary-General to the effect that:

“The Federal Republic of Yugoslavia, continuing the State, international legal and political personality of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, shall strictly abide by all the commitments that the Socialist Federal Republic of Yugoslavia assumed internationally.” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 610, para. 17.)

The rules of interpretation of unilateral acts of States, accurately and clearly set out in the *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)* case as “declarations . . . are to be read as a whole” and “interpreted as a unity” (*Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 454, para. 47; p. 453, para. 44), indicate that unilateral acts “must be interpreted as [they stand], having regard to the words actually used” (*Anglo-Iranian*

au terrain commun accepté par les deux parties, comme l'a dit la Cour dans l'affaire de l'*Interhandel*:

«La réciprocité permet à l'Etat qui a accepté le plus largement la juridiction de la Cour de se prévaloir des réserves à cette acceptation énoncées par l'autre partie. *Là s'arrête l'effet de la réciprocité.*» (*Exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1959*, p. 23; les italiques sont de moi.)

Compte tenu des dispositions du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour et eu égard au fait que la Yougoslavie n'a pas accepté la compétence de la Cour sur la base de la résolution 9 (1946) du Conseil de sécurité, il faut en déduire que la présomption de validité de la déclaration de la Yougoslavie reposant sur le seul terrain *ratione materiae* revient à n'accorder que très étroitement à la Yougoslavie la qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies.

22. La Cour a, en outre, présumé qu'il y avait en droit identité et continuité de la RFY à l'égard de la convention sur le génocide et elle s'est estimée incompétente parce que l'intention des Etats défendeurs de commettre un génocide n'a pas été prouvée.

En d'autres termes, la Cour a estimé qu'en l'espèce elle avait, du moins *prima facie*, compétence *ratione personae* — sur le fondement du lien contractuel entre le demandeur et le défendeur dans le cadre de la convention sur le génocide — et elle a jugé que si elle n'était pas compétente *ratione materiae* en vertu de la convention, c'est parce qu'il n'a pas été démontré que l'intention de commettre un génocide, en tant qu'élément constitutif de ce crime, était probable.

Il est manifeste que, lorsqu'elle constate que la RFY est partie à la convention sur le génocide, la Cour se fonde sur la déclaration officielle de la RFY en date du 22 avril 1992, confirmée dans une note officielle que la mission permanente de la Yougoslavie auprès de l'Organisation des Nations Unies adresse au Secrétaire général le 27 avril 1992 et selon laquelle:

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

Selon les règles d'interprétation d'actes unilatéraux émanant d'Etats que la Cour a énoncées avec précision et clarté dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)* («les déclarations ... doivent être considérées comme un tout» et «interprété[s] comme formant un tout» (*compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 454, par. 47; p. 453, par. 44)), et on doit interpréter les actes unilatéraux

Oil Co., Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1952, p. 105), with “certain emphasis on the intention of the . . . State” (*Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada), Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 454, para. 48).

It is difficult, on the basis of these rules of interpretation of unilateral acts of States, or even on the basis of any of them taken individually, to draw a conclusion that the intention of Yugoslavia was to “strictly abide by all the commitments that the Socialist Federal Republic of Yugoslavia assumed internationally” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 610, para. 17) without reliance on, or on some other basis, except the legal identity and continuity with the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (hereinafter referred to as the “SFRY”). (It is also disputable whether the declaration of 27 April 1992 could be taken as a unilateral act *creating* legal obligations at all. As the Court clearly stated in the *Nuclear Tests* cases “[w]hen it is the intention of the State making the declaration that it should become bound according to its terms, that intention confers on the declaration the character of a legal undertaking” (*Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 267, para. 43; *Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 472, para. 46). Thus all depends on the intention of the State and it is up to the Court to “form its own view of the meaning and scope intended by the author of a unilateral declaration which may create a legal obligation” (*Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 269, para. 48; *Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 474, para. 50). It seems crystal clear from the text of the declaration that the intention of Yugoslavia was not that it should become bound by obligations of the former SFRY but to *remain* bound by “all obligations to international organizations and institutions whose member it is”.)

Having in mind that, after the adoption of the Constitution of 27 April 1992, Yugoslavia did not express its consent to be bound by the Genocide Convention in the way stipulated by Article XI of the Convention and nor did it issue the notification of succession, it is obvious that the only basis for Yugoslavia to be considered a party to the Genocide Convention before 12 March 2001 is the legal identity and continuity of the SFRY in the domain of multilateral treaties.

23. It seems clear that the aforementioned Court’s presumptions were not, in the circumstances surrounding the overall status of the FRY, of a violent nature (*violentia praesumptio*). *A contrario*, the finding that the solution adopted by General Assembly resolution 47/1 “is not free from legal difficulties” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugo-*

«tel[s] qu'[ils] se présente[nt], en tenant compte des mots effectivement employés» (*Anglo-Iranian Oil Co., exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1952*, p. 105), «l'accent [étant mis] sur l'intention de l'Etat...» (*Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 454, par. 48).

Il est difficile, à partir de ces règles d'interprétation des actes unilatéraux émanant d'Etats, ou à partir de l'une quelconque d'entre elles prise individuellement, de conclure que l'intention de la Yougoslavie était de «respect[er] strictement tous les engagements que la République fédérative socialiste de Yougoslavie a[vait] pris à l'échelon international» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 610, par. 17), sans se fonder sur l'identité et la continuité juridiques avec la République socialiste fédérative de Yougoslavie (ci-après dénommée la «RSFY») ni prendre un autre fondement de même effet. (Que la déclaration du 27 avril 1992 puisse être considérée comme un acte unilatéral *créant* de quelconques obligations juridiques est également discutable. Ainsi que la Cour l'a clairement indiqué dans les affaires des *Essais nucléaires*, «[q]uand l'Etat auteur de la déclaration entend être lié conformément à ses termes, cette intention confère à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique» (*Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 267, par. 43; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 472, par. 46).) Ainsi, tout dépend de l'intention de l'Etat et il appartient à la Cour de «se faire sa propre opinion sur le sens et la portée que l'auteur a entendu donner à une déclaration unilatérale d'où peut naître une obligation juridique» (*Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 269, par. 48; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 474, par. 50). Il ressort très clairement du texte de la déclaration que la Yougoslavie n'avait pas pour intention de se lier par les obligations de l'ex-RSFY mais de *rester* liée par «toutes ses obligations vis-à-vis des organisations et institutions internationales auxquelles elle appart[enait]».

Eu égard au fait que, après l'adoption de la Constitution du 27 avril 1992, la Yougoslavie n'a pas exprimé son consentement à être liée par la convention sur le génocide comme il est stipulé à l'article XI de la convention, et qu'elle n'a pas non plus publié de notification de succession, il est manifeste que l'on ne saurait considérer la Yougoslavie comme partie à la convention sur le génocide antérieurement au 12 mars 2001 que sur la base de l'identité et de la continuité juridiques avec la RSFY en matière de traités multilatéraux.

23. Il est clair que les présomptions évoquées plus haut ne se sont pas, dans les circonstances entourant le statut général de la RFY, imposées par la force à la Cour (*violentia praesumptio*). Autrement, il n'y aurait aucun sens à conclure que la solution adoptée par la résolution 47/1 de l'Assemblée générale «ne laisse pas de susciter des difficultés juridiques» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime*

slavia (Serbia and Montenegro)), Provisional Measures, Order of 8 April 1993, I.C.J. Reports 1993, p. 14, para. 18) would be devoid of substance.

Having in mind the relevant circumstances that existed until the admission of Yugoslavia to membership in the United Nations, expressing relative balance in terms *pro et contra*, it might be said that those presumptions lie between light presumptions (*praesumptiones facti vel hominis leves*) and probable presumptions (*praesumptiones facti vel hominis graves*).

3. *The Legal Consequences of the Admission of the FRY to the United Nations*

24. The FRY claimed legal identity and continuity with the SFRY until the year 2000. Although, in my view, the FRY, in the light of the relevant rules of international law — rules which are not quite clear and crystallized, true — possessed the right to legal identity and continuity with the SFRY, the continuity claim of the FRY, considered on the basis of eminently political reasons, has not been accepted. This fact, when speaking about the status of the FRY in the United Nations, is reflected in the status which might be, very approximately, qualified as a kind of irregular *de facto* suspension of membership rights on the model of “vacant seat”. A model which, in relation to the FRY, was originally applied in the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE).

25. At the end of the year 2000 the FRY, in the relevant context, did two things:

- (i) renounced the continuity claim and accepted the status of the successor State of the former SFRY; and
- (ii) proceeding from a qualitatively new legal basis — as the successor State — submitted the application for admission to membership in the United Nations.

26. The State, as a notion of international law, comprises two elements, i.e., possesses two faces:

- (i) statehood in the sense of the relevant attributes such as a defined territory, stable population and sovereign power;
- (ii) legal personality, i.e., the status of a subject of international law equipped with a *corpus* of rights and obligations. The legal personality of the FRY, in the light of the relevant circumstances surrounding it, can be either of an inferential, derivative nature — based on the legal identity and continuity with the SFRY — or of an inherent, original nature — based on the status of a new State.

27. By submitting the application for admission to membership in the United Nations, Yugoslavia not only renounced the claim to legal iden-

de génocide (*Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro)*), mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, *C.I.J. Recueil* 1993, p. 14, par. 18).

Vu les circonstances pertinentes qui ont existé jusqu'à l'admission de la Yougoslavie à l'Organisation des Nations Unies en qualité de Membre et dans lesquelles les arguments favorables et les arguments défavorables s'équilibrent à peu près, on peut dire que ces présomptions se situent entre des présomptions légères (*praesumptiones facti vel hominis leves*) et des présomptions probables (*praesumptiones facti vel hominis graves*).

3. Les conséquences juridiques de l'admission de la RFY à l'Organisation des Nations Unies

24. La RFY a revendiqué l'identité et la continuité juridiques avec la RSFY jusqu'à l'an 2000. Même si, à mon avis, la RFY, compte tenu des règles pertinentes du droit international — règles qui, il est vrai, ne sont pas parfaitement claires ni solides —, avait droit à l'identité et à la continuité juridiques avec la RSFY, la revendication de continuité de la RFY, considérée à l'aune de raisons éminemment politiques, n'a pas été acceptée. S'agissant du statut de la RFY au sein de l'Organisation des Nations Unies, ce rejet s'est traduit par ce que l'on pourrait, de manière très approximative, qualifier de suspension *de facto* irrégulière des droits liés à la qualité de Membre, sur le modèle du «siège vacant», modèle qui, en ce qui concerne la RFY, a été appliqué en premier lieu au sein de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE).

25. A la fin de l'an 2000, la RFY, dans le contexte pertinent, a fait deux choses :

- i) elle a renoncé à revendiquer la continuité et accepté le statut d'Etat successeur de l'ex-RSFY ; et
- ii) sur une base juridique nouvelle du point de vue qualitatif — c'est-à-dire en qualité d'Etat successeur —, elle a présenté une demande d'admission à l'Organisation des Nations Unies.

26. L'Etat, en droit international, est constitué de deux éléments, c'est-à-dire qu'il se présente sous deux aspects :

- i) la qualité d'Etat au sens des attributs constitutifs de cette qualité, par exemple un territoire défini, une population stable, l'exercice de la souveraineté ;
- ii) la personnalité juridique, c'est-à-dire le statut de sujet de droit international doté d'un *corpus* de droits et obligations. La personnalité juridique de la RFY, eu égard aux circonstances pertinentes, peut être soit déduite, dérivée — fondée sur l'identité et la continuité juridiques avec la RSFY —, soit intrinsèque, originelle — fondée sur le statut d'Etat nouveau.

27. En demandant son admission à l'Organisation des Nations Unies, la Yougoslavie n'a pas seulement renoncé à revendiquer l'identité et la

tity and continuity but claimed at the same time to be accepted as a new State in the sense of some other, different legal personality — a successor State versus partial continuation of the former SFRY — from the one claimed until the year 2000. In fact, it accepted the claim qualified as the claim of the international community made at the moment of the formal proclamation of the FRY in April 1992. A claim which, however, the relevant international organizations as well as States, acting *in corpore* as members of the organizations or individually, did not implement in either the formal or the substantive sense. Instead, they opted for solutions based on pragmatic political considerations rather than on considerations based on international law. Hence, a legal “Rashomon” about the legal character of Yugoslavia was created — it is a new State or the old State? — and about its status in the United Nations — is it a Member of the United Nations or not?

28. The admission of Yugoslavia to membership of the United Nations from 1 November 2000 also meant the acceptance of the claim of Yugoslavia to be accepted as a new State in the sense of a new international personality different from its hybrid and controversial personality in the period 1992-2000. The claim was accepted by way of a series of collateral agreements in a simplified form, or a general collateral agreement in a simplified form, between the FRY, on the one hand, and the Member States of the United Nations and the world Organization itself, on the other, embodied tacitly in the letter and spirit of General Assembly resolution 55/12 and subsequent consistent practice of the Organization (*exempli causa*, the letter of the Under-Secretary-General and Legal Counsel of the United Nations of 8 December 2000⁵ and the list of Member States with dates of their admission to the United Nations (United Nations Press Release ORG/1317 updated 18 December 2000). The subject of the series of collateral agreements, or of the general collateral agreement, is in fact recognition of the FRY as a new personality, a personality of the successor State of the former SFRY, and, in that capacity,

⁵ The letter of the Under-Secretary-General and Legal Counsel of the United Nations of 8 December 2000 relating to one of the relevant legal consequences of the admission of the FRY in the United Nations in the capacity of a successor State is basically of the administrative nature. In that regard, it should be stressed that in its 1996 Judgment dealing with the question of Bosnia and Herzegovina's participation in the Genocide Convention, the Court *noted* that

“Bosnia and Herzegovina became a Member of the United Nations following the decisions adopted on 22 May 1992 by the Security Council and the General Assembly, bodies competent under the Charter. Article XI of the Genocide Convention opens it to “any Member of the United Nations”; *from the time of its admission to the Organization, Bosnia and Herzegovina could thus become a party to the Convention.*” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, *Preliminary Objections, Judgment*, I.C.J. Reports 1996 (II), p. 611, para. 19; emphasis added.)

continuité juridiques, elle a demandé en même temps à être acceptée en tant qu'Etat nouveau, doté d'une autre personnalité juridique — en tant qu'Etat successeur et non plus d'Etat assurant partiellement la continuité de l'ex-RSFY — personnalité différente de celle revendiquée jusqu'en 2000. En réalité, elle a accepté la position, présentée comme étant celle de la communauté internationale, qui fut adoptée au moment de la proclamation officielle de la RFY en avril 1992. Position que, cependant, ni les organisations internationales concernées ni les Etats, agissant *in corpore* en qualité de membres desdites organisations ou individuellement, n'ont mise en application ni dans sa forme ni sur le fond. A la place, ils ont opté pour des solutions fondées sur des considérations politiques de caractère pragmatique plutôt que sur le droit international. D'où une sorte de «Rashomon» juridique au sujet du caractère de la Yougoslavie — est-ce un nouvel Etat ou bien est-ce l'ancien? — et de son statut au sein de l'Organisation des Nations Unies — la Yougoslavie est-elle ou n'est-elle pas Membre de l'Organisation?

28. Admettre la Yougoslavie comme Membre de l'Organisation des Nations Unies à compter du 1^{er} novembre 2000 a consisté également à accepter comme elle le demandait de la reconnaître comme un nouvel Etat, c'est-à-dire de lui reconnaître une nouvelle personnalité internationale, différente de la personnalité hybride et controversée qui avait été la sienne au cours de la période allant de 1992 à 2000. Cette demande a été acceptée sous forme simplifiée par un accord général ou une série d'accords accessoires entre la RFY d'un côté et les Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies ainsi que l'Organisation elle-même de l'autre, accords inscrits tacitement dans l'esprit et la lettre de la résolution 55/12 de l'Assemblée générale ainsi que dans la pratique cohérente suivie ensuite par l'Organisation (voir, par exemple, la lettre du Secrétaire général adjoint et conseiller juridique des Nations Unies en date du 8 décembre 2000⁵ et la liste des Etats Membres avec la date de leur admission à l'Organisation (communiqué de presse de l'Organisation des Nations Unies ORG/1317 mis à jour le 18 décembre 2000)). Dans cette série d'accords accessoires ou dans cet accord accessoire général, on reconnais-

⁵ La lettre datée du 8 décembre 2000, du Secrétaire général adjoint et conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies concernant l'une des conséquences juridiques pertinentes de l'admission de la RFY à l'Organisation des Nations Unies en qualité d'Etat successeur est essentiellement de caractère administratif. A cet égard, il y a lieu de souligner que la Cour, dans son arrêt de 1996 traitant de la question de la participation de la Bosnie-Herzégovine à la convention sur le génocide, a *noté* que

«la Bosnie-Herzégovine est devenue Membre de l'Organisation des Nations Unies à la suite des décisions prises le 22 mai 1992 par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale, organes compétents en vertu de la Charte. Or, l'article XI de la convention sur le génocide ouvre celle-ci à «tout Membre des Nations Unies»; *dès son admission au sein de l'Organisation, la Bosnie-Herzégovine pouvait donc devenir partie à la convention.*» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*), p. 611, par. 19; les italiques sont de moi.)

its admission to the world Organization as a Member. Thus, Yugoslavia, although being the “old State” in the sense of statehood, was universally recognized as a “new State” in the sense of its international legal personality. In view of the fact that recognition of a State has *ex definitione* retroactive effect, it necessarily follows that all pronouncements and decisions taken relate to the FRY claiming continuity with the SFRY. And, as far as the FRY after the year 2000 is concerned, its legal existence as a new international legal personality started in November 2000 by its admission to membership of the United Nations.

29. General Assembly resolution 55/12 is not an ordinary resolution. Resolutions on the admission of a State to the United Nations, as distinct from recommendation, have a character of decision. Namely,

“the functions and powers conferred by the Charter on the General Assembly are not confined to discussion, consideration, the initiation of studies and the making of recommendations; they are not merely hortatory. Article 18 [of the Charter] deals with ‘*decisions*’ of the General Assembly ‘on important questions’. These ‘*decisions*’ do indeed include certain recommendations, *but others have dispositive* force and effect. *Among these latter decisions*, Article 18⁶ includes suspension of rights and privileges of membership, expulsion of Members . . . In connection with the suspension of rights and privileges of membership and expulsion from membership [Articles 5 and 6], it is the Security Council which has only the power to recommend and *it is the General Assembly which decides and whose decision determines status.*” (*Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2, of the Charter)*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1962*, p. 163; emphasis added.)

Consequently, “[t]he decisions of the General Assembly would not be reversed by the judgment of the Court” (*Northern Cameroons, Preliminary Objections, Judgment*, *I.C.J. Reports 1963*, p. 33), for in the structure of the United Nations the Court does not possess “the ultimate authority to interpret the Charter” (*Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2, of the Charter)*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1962*, p. 168).

⁶ Article 18 of the Charter enumerates, *inter alia*, “the admission of new Members to the United Nations”.

sait en réalité à la RFY une nouvelle personnalité, c'est-à-dire la personnalité de l'Etat successeur de l'ex-RSFY et c'est en cette qualité qu'elle était admise comme Membre de l'organisation internationale. Dans ces conditions, la Yougoslavie, bien qu'elle fût toujours «l'ancien Etat» du point de vue de la qualité d'Etat, a été universellement reconnue comme un «Etat nouveau» du point de vue de sa personnalité juridique internationale. Etant donné que la reconnaissance d'un Etat a, par définition, un effet rétroactif, il s'ensuit nécessairement que toutes les déclarations faites ou les décisions adoptées qui concernent la RFY se rapportent à la RFY revendiquant la continuité avec la RSFY. Et, pour ce qui concerne la RFY postérieurement à l'an 2000, son existence en droit en tant que nouvelle personnalité juridique internationale a commencé en novembre de cette année-là avec son admission en qualité de Membre à l'Organisation des Nations Unies.

29. La résolution 55/12 de l'Assemblée générale n'est pas une résolution ordinaire. Les résolutions relatives à l'admission d'un Etat à l'Organisation des Nations Unies ne sont pas des recommandations, mais des décisions. En effet,

«les fonctions et pouvoirs de l'Assemblée générale selon la Charte ne sont pas limités à la discussion, à l'examen, à l'étude et à la recommandation; ses attributions ne sont pas simplement de caractère exhortatif. L'article 18 [de la Charte] traite des «*décisions*» de l'Assemblée générale «sur les questions importantes». Ces «*décisions*» comprennent en effet certaines recommandations, *mais d'autres ont une valeur et un effet de caractère impératif. Parmi ces dernières décisions*, l'article 18⁶ comprend la suspension des droits et privilèges de Membres, l'exclusion de Membres «et les questions budgétaires». En ce qui concerne la suspension des droits et privilèges de Membres et l'exclusion de Membres dans le cadre des articles 5 et 6, c'est le Conseil de sécurité dont le pouvoir se borne à faire des recommandations et *c'est l'Assemblée générale qui décide et dont la décision fixe le statut des Etats en question.*» (*Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1962, p. 163; les italiques sont de moi.*)

En conséquence, «[l']arrêt de la Cour n'infirmerait pas les décisions de l'Assemblée générale» (*Cameroun septentrional, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1963, p. 33*), car dans la structure de l'Organisation des Nations Unies, la Cour ne possède pas «l'autorité suprême d'interpréter la Charte» (*Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1962, p. 168*).

⁶ L'article 18 de la Charte mentionne notamment «l'admission de nouveaux Membres dans l'Organisation».

The determination made by the competent organs of the United Nations entails the legal consequences. The admission of the FRY to the United Nations as a Member from 1 November 2000 has two principal consequences in the circumstances of the cases at hand:

- (i) with respect to the admission of Yugoslavia as a Member as from 1 November 2000, it can be said, though somewhat descriptively, that what is involved here is the admission “as a new Member”. This expression indicates its temporal status in relation to the Members admitted on an earlier date;
- (ii) the admission of Yugoslavia as a Member as from 1 November 2000 qualified *per se* its status vis-à-vis the United Nations before that date. It seems clear that, in the light of the decisions taken by the competent organs of the United Nations, this status could not be a membership status. *A contrario*, Yugoslavia could not have been admitted as a Member as from 1 November 2000. Just as it is impossible for things to be black and white at the same time, Yugoslavia could not have been either a Member and a non-Member in the period 1992-2000.

30. In the case at hand the Court was faced with several preliminary objections of the Respondent, concerning both the special jurisdiction of the Court in all three aspects (*ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione temporis*), the admissibility of the Applicant’s claims and the general jurisdiction of the Court (*locus standi* of Serbia and Montenegro).

Having found that there is a lack of jurisdiction, the Court based its decision, essentially, on the absence of *locus standi* of Serbia and Montenegro. It appears that it has chosen the right path.

In the choice of the ground on which the Court is basing its lack of jurisdiction, the Court enjoys a certain discretion — *discretio legalis* — whose limits are determined by common sense and overriding legal considerations emanating from the very nature of the judicial function. In that regard, the Court has produced a general formula in the *Certain Norwegian Loans* case, stating that “the Court is free to base its decision on the ground which in its judgment is more direct and conclusive” (*Judgment, I.C.J. Reports 1957*, p. 25).

The Court puts the formula in concrete terms depending on the circumstances of each particular case in order to determine the ground which, objectively, has priority, both in terms of commonsense and in the sense of legal considerations, in relation to the other grounds raised.

In concreto, it appears that *locus standi* of Serbia and Montenegro deserves absolute priority in relation to the other grounds raised.

The priority emanates from the very nature of *locus standi* as the *pre-*

De la décision prise par les organes compétents de l'Organisation des Nations Unies découlent des conséquences juridiques. L'admission de la RFY en qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies à compter du 1^{er} novembre 2000 a deux conséquences principales dans les circonstances des présentes affaires :

- i) en ce qui concerne l'admission de la Yougoslavie en qualité de Membre à compter du 1^{er} novembre 2000, on peut dire, bien que cela relève surtout de la description, qu'il est question ici de son admission «en qualité de nouveau Membre». Cette expression indique quel fut son statut dans le temps par rapport aux Membres admis à une date antérieure;
- ii) le fait que la Yougoslavie fut admise comme Membre à compter du 1^{er} novembre 2000 indique quelle était précédemment la nature de son statut vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies. Manifestement, au vu des décisions prises par les organes compétents de l'Organisation des Nations Unies, ce statut ne pouvait être celui de Membre. Autrement, la Yougoslavie n'aurait pas pu être admise en qualité de Membre à compter du 1^{er} novembre 2000. Comme on ne peut en même temps être une chose et son contraire, la Yougoslavie ne pouvait avoir été à la fois Membre et non-membre pendant la période allant de 1992 à 2000.

30. En l'espèce, la Cour a eu à connaître de plusieurs exceptions préliminaires présentées par le défendeur au sujet de la compétence spéciale de la Cour sous ses trois aspects (*ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione temporis*), de la recevabilité des demandes de la Yougoslavie et de la compétence générale de la Cour (*locus standi* de la Serbie-et-Monténégro).

Ayant conclu au défaut de compétence, la Cour a fondé sa décision essentiellement sur le fait que la Serbie-et-Monténégro n'avait pas qualité pour ester devant elle. La Cour a, semble-t-il, choisi la bonne voie.

Sur le choix du motif pour lequel elle se déclare incompétente, la Cour jouit d'un certain pouvoir discrétionnaire — *discretio legalis* — dont les limites sont définies par le bon sens et par des considérations juridiques primordiales tenant à la nature même de la fonction judiciaire. A cet égard, la Cour a, en l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens*, énoncé une formule générale consistant à dire qu'«[elle] est libre de baser sa décision sur le motif qui, selon elle, est plus direct et décisif» (*Certains emprunts norvégiens*, arrêt, C.I.J. Recueil 1957, p. 25).

La Cour applique concrètement cette formule selon les circonstances de chaque affaire afin de déterminer quel est, objectivement, le motif qui a priorité sur les autres arguments invoqués, tant selon le bon sens qu'en vertu de considérations juridiques.

En l'espèce, il semble que la qualité de la Serbie-et-Monténégro pour ester devant la Cour (*locus standi*) mérite d'être considérée comme ayant priorité absolue sur les autres motifs soulevés.

Cette priorité résulte de la nature même du *locus standi*, qui est la

condition, in contrast to the other grounds raised representing the *conditions* of the special jurisdiction of the Court in all the three aspects raised, on which to base the jurisdiction of the Court *in casu*. As such it alone is sufficient and capable, independently of other grounds raised, of producing direct and conclusive effect on the jurisdiction of the Court. None of the relevant aspects of the special jurisdiction of the Court (*ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione temporis*), as well as special jurisdiction itself, possesses this capability. For, if Serbia and Montenegro does not have *locus standi*, then any discourse about them is devoid of any substance. It seems to be a proper application of the legal principle, being also a principle of common sense, *a majori ad minus*.

Furthermore, it should not be taken as irrelevant that the choice made by the Court corresponds to the purpose that the Respondent, as well as the Applicant, attached to the issue of *locus standi* of Serbia and Montenegro in their pleadings before the Court and final submissions respectively.

31. In the light of these considerations, especially under sections 1 and 3 of this part, I am of the opinion that the formulation of the *dispositif* explicitly linked to the absence of *locus standi* of Serbia and Montenegro would be more appropriate considering the circumstances of the cases. The same effect could be produced by simply adding the adjective “general” to the word “jurisdiction”. Not only because the question of *locus standi* was *sedes materiae* of these proceedings, but because such a formulation would naturally derive what the Court said dealing with particular basis of jurisdiction invoked (*exempli causa*, Judgment, paras. 45, 78 and 90). In the formulation accepted it appears that the *dispositif* and reasoning of the Court are not, at least, sufficiently coherent.

II. THE GROUNDS INVOKED BY THE RESPONDENTS FOR REJECTING THE APPLICATION *IN LIMINE LITIS*

1. *Implicit Discontinuance as a contradictio in adiecto*

32. The arguments of the Respondents, specifically elaborated by France, tended to move in the direction of termination of the proceedings on the basis of something that might be termed “implicit discontinuance”.

Namely, it was contended that “the Federal Government of Yugoslavia could . . . have made the choice — the simple, reasonable choice — to *discontinue the proceedings*. *This was not the case, at least not explicitly.*” (CR 2004/12, p. 6, paras. 3 and 4; emphasis added.) Commenting on the Written Observations of the Federal Republic of Yugoslavia, counsel for France finds that “[t]his looks very much like a discontinuance that will not speak its name” (*ibid.*, p. 8, para. 9 [*translation by the Registry*]).

condition préalable à remplir pour fonder la juridiction de la Cour en l'espèce, à la différence des autres motifs invoqués qui représentent les *conditions* de la compétence spéciale de la Cour sous les trois aspects à considérer. La qualité pour ester devant la Cour peut à elle seule, indépendamment des autres motifs soulevés, suffire à produire un effet direct et définitif sur la compétence de la Cour. Aucun des aspects pertinents de la compétence spéciale de la Cour (*ratione personae, ratione materiae, ratione temporis*), pas plus que la compétence spéciale elle-même, ne peut avoir cet effet. Car, si la Serbie-et-Monténégro n'a pas de *locus standi*, toute considération relative à ces autres aspects est sans objet. C'est là une application opportune du principe juridique *a majori ad minus*, qui est également un principe de bon sens.

En outre, il n'est pas à négliger que le choix fait par la Cour correspond à l'objet que le défendeur tout autant que le demandeur ont assigné à la question du *locus standi* de la Serbie-et-Monténégro dans leurs exposés devant la Cour et dans leurs conclusions finales.

31. Eu égard aux considérations que je viens d'exposer, en particulier dans les sections 1 et 3 de cette partie, je suis d'avis qu'un dispositif lié expressément au défaut de *locus standi* de la Serbie-et-Monténégro serait plus approprié compte tenu des circonstances des affaires. On produirait le même effet en qualifiant simplement le terme «compétence» par l'adjectif «générale». Non seulement parce que la question de la qualité pour ester devant la Cour était le *sedes materiae* des procédures considérées, mais aussi parce qu'un tel libellé découlerait naturellement de ce que la Cour a dit au sujet de la base de compétence invoquée (voir, par exemple, les paragraphes 45, 78 et 90 de l'arrêt). Le libellé adopté semble révéler à tout le moins un manque de cohérence entre le dispositif et le raisonnement de la Cour.

II. LES RAISONS INVOQUÉES PAR LES DÉFENDEURS EN FAVEUR D'UN REJET IN LIMINE LITIS DE LA REQUÊTE

1. *Le désistement implicite est une contradictio in adjecto*

32. Les défendeurs, en particulier la France, ont cherché à plaider la clôture de l'instance sur la base de ce que l'on pourrait appeler un «désistement implicite».

Il a en effet été dit que «la République fédérale de Yougoslavie aurait pu faire le choix ..., choix simple et raisonnable, du *désistement*... *Ce n'est pas le cas, du moins pas explicitement.*» (CR 2004/12, p. 6, par. 3 et 4; les italiques sont de moi.) Commentant les observations écrites de la République fédérale de Yougoslavie, le conseil de la France déclare «[c]eci ressemble fort à un désistement qui ne dit pas son nom» (*ibid.*, p. 8, par. 9).

Discontinuance, as designed by Articles 88 and 89 of the Rules of Court, is comprised of two constitutive elements taken cumulatively: the will of the parties and the proper process.

The will of the parties represents normative substance of discontinuance as designed in Articles 88 and 89 of the Rules, serving as the legal basis on which the discontinuance may be effected. By way of “the will of the parties” discontinuance reflects the structural principle of consensual jurisdiction in contentious cases according to which the Court cannot discontinue or withdraw a case on behalf of the parties, if the parties do not wish so. Viewed in that sense, the will of the parties is an overriding condition for discontinuance within the meaning of Articles 88 and 89 of the Rules.

The modalities of expression of the will differ. In accordance with Article 88 of the Rules, agreement of the parties is required and, in the light of Article 89, paragraph 2, the absence of the objection of the respondent which, in fact, constitutes the presumption of acquiescence, is of relevance.

The proper process aimed at discontinuance implies the actions of the party (or parties), as well as an order of the Court. The discontinuance process, in terms of Articles 88 and 89 of the Rules, bears a dual characteristic: *primo*, in view of substantial meaning of the will of the parties the order of the Court represents a neutral act of the Court, an act whose “main object . . . is to provide a procedural facility, or rather . . . to reduce the process of discontinuance to order” (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1964*, p. 19); *secundo*, Article 88, paragraph 1, of the Rules provides that “the parties, either jointly or separately, notify the Court *in writing*” (emphasis added), while Article 89, paragraph 1, stipulates that “the applicant informs the Court *in writing*” (emphasis added). The Court effectuated it through an order with reference to Article 48 of the Statute and Article 88 or 89 of the Rules respectively.

33. *In concreto*, the eventual discontinuance would, in the light of the relevant circumstances of the case, have to be based on the provision of Article 89, paragraph 2, of the Rules of Court which provides as follows:

“If, at the time when the notice of discontinuance is received, the respondent has already taken some step in the proceedings, the Court shall fix a time-limit within which the respondent may state whether it opposes the discontinuance of the proceedings. If no objection is made to the discontinuance before the expiration of the time-limit, acquiescence will be presumed and the Court shall make an order officially recording the discontinuance of the proceedings and directing the removal of the case from the list. If objection is made, the proceedings shall continue.”

Un désistement, aux termes des articles 88 et 89 du Règlement de la Cour, repose sur deux éléments qui agissent cumulativement: la volonté des parties et la régularité du processus.

La volonté des parties représente l'aspect normatif du désistement tel qu'il est défini aux articles 88 et 89 du Règlement, car elle constitue le fondement juridique en vertu duquel le désistement peut être opéré. A travers «la volonté des parties», le désistement traduit le principe structurel de la compétence consensuelle dans les procédures contentieuses, selon lequel la Cour ne peut radier ni retirer une affaire du rôle au nom des parties si telle n'est pas leur volonté. Vue sous cet angle, la volonté des parties est une condition primordiale du désistement au sens des articles 88 et 89 du Règlement.

La volonté des parties s'exprime de différentes manières. Selon l'article 88 du Règlement, l'accord des parties est nécessaire et, à la lumière du paragraphe 2 de l'article 89, l'absence d'objection de la part du défendeur — qui constitue en fait une présomption d'acquiescement — doit aussi être prise en compte.

Le processus normal de désistement comprend les actions de la partie ou des parties, ainsi qu'une ordonnance de la Cour. Ce processus, aux termes des articles 88 et 89 du Règlement, présente une double caractéristique: premièrement, compte tenu de la signification essentielle que revêt la volonté des parties, l'ordonnance de la Cour constitue un acte neutre ayant «principalement pour objet de prévoir un moyen de procédure ou plutôt ... d'organiser le processus de désistement» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1964*, p. 19); deuxièmement, le paragraphe 1 de l'article 88 du Règlement dispose que «les parties, conjointement ou séparément, notifient à la Cour *par écrit* [leur accord]» (les italiques sont de moi), tandis que le paragraphe 1 de l'article 89 indique que «le demandeur fait connaître *par écrit* à la Cour [sa renonciation]» (les italiques sont de moi). La Cour donne effet au désistement par voie d'ordonnance en vertu de l'article 48 du Statut et de l'article 88 ou 89 du Règlement.

33. Au cas particulier, le désistement devrait, le cas échéant et à la lumière des circonstances propres à l'espèce, être fondé sur les dispositions du paragraphe 2 de l'article 89 du Règlement de la Cour, qui se lisent comme suit:

«Si, à la date de la réception du désistement, le défendeur a déjà fait acte de procédure, la Cour fixe un délai dans lequel il peut déclarer s'il s'oppose au désistement. Si, dans le délai fixé, il n'est pas fait objection au désistement, celui-ci est réputé acquis et la Cour rend une ordonnance en prenant acte et prescrivant la radiation de l'affaire sur le rôle. S'il est fait objection, l'instance se poursuit.»

However, none of the elements of discontinuance, both those concerning the will of the parties and those concerning the proper process, embodied in that provision are met.

Serbia and Montenegro, as the Applicant, clearly and unambiguously expressed the will not to discontinue the proceedings. In his concluding remarks during the oral hearing, the Agent of Serbia and Montenegro repeatedly pointed out that the Applicant “did not discontinue the proceedings” (CR 2004/23, p. 16, para. 21; p. 18, para. 27; p. 20, para. 34). As such, it is obvious that Serbia and Montenegro could not have submitted notice of discontinuance to the Court as provided for by Article 89, paragraph 2, of the Rules. Some respondent States (the United Kingdom, the Netherlands and France), true, saw notice of discontinuance in the Written Observations of Serbia and Montenegro of 18 December 2002. The Applicant, in its reply to those contentions contained in a letter dated 28 February 2003 from the Agent of Serbia and Montenegro, stresses that “the Written Observations of 18 December 2002 do not represent such a notice of discontinuance”. As the will of the Applicant to discontinue the proceedings *in concreto* simply does not exist, there are no elements for forming the will of the parties as the basis of discontinuance. The statement of the Respondent regarding the discontinuance of the proceedings is, in this case, irrelevant and could be qualified as an invitation or a proposal to the Applicant to proceed to the discontinuance process provided for in Article 89, paragraph 2, of the Rules of Court.

34. The provisions of Articles 88 and 89 of the Rules, as a part of the procedural law of the Court, are binding rules both upon the parties and upon the Court itself. Although created by the Court, the relevant procedural rules, as legal rules, possess an objective existence, imposing the restraints that the Court itself must observe. The Court has no power to modify the operation of Article 89 of the Rules *ad casum*. Such a conclusion, it seems to me, clearly derives both from the nature of the procedural rules, as legal rules, and from the legislative history of the Rules of Court. The proposals that it should assume such a power were rejected with the explanation that “the parties were entitled to have a reliable guarantee of the stability of the rules of procedure” (Sixth Meeting of 19 May 1934, *P.C.I.J., Series D, No. 2* (3rd add.), p. 38).

It is true that, in contrast to Articles 93 to 97 of Part III of the Rules, the provisions of Article 89 can be modified or supplemented by the parties *inter se* in accordance with Article 101 of the Rules of Court, which provides:

“The parties to a case may jointly propose particular modifications or additions to the rules contained in the present Part (with the exception of Articles 93 to 97 inclusive), which may be applied by the Court or by a Chamber if the Court or the Chamber considers them appropriate in the circumstances of the case.”

Cependant, aucune des conditions relatives au désistement énoncées dans ces dispositions, en ce qui concerne tant la volonté des parties que la procédure voulue, n'est remplie.

La Serbie-et-Monténégro, en sa qualité de demandeur, a exprimé clairement et sans ambiguïté la volonté de ne pas se désister de l'instance. Dans les observations qu'il a formulées en guise de conclusion à l'issue de la procédure orale, l'agent de la Serbie-et-Monténégro a souligné maintes fois que le demandeur «[ne s'était] pas désist[é] de l'instance» (CR 2004/23, p. 16, par. 21; p. 18, par. 27; p. 20, par. 34). Il est donc évident que la Serbie-et-Monténégro ne pouvait avoir notifié son désistement à la Cour comme le prévoit le paragraphe 2 de l'article 89 du Règlement. Il est vrai que certains Etats défendeurs (le Royaume-Uni, les Pays-Bas et la France) ont interprété les observations écrites de la Serbie-et-Monténégro du 18 décembre 2002 comme une notification de désistement. Le demandeur, répondant à ces affirmations dans la lettre de son agent en date du 28 février 2003, a souligné que la Serbie-et-Monténégro «n'a[vait] pas fait état, dans ses observations écrites [du 18 décembre 2002], d'un tel désistement». Comme il n'y a tout bonnement pas en l'espèce de volonté du demandeur de se désister de l'instance, rien ne permet de faire de la volonté des parties un motif de désistement. La déclaration du défendeur concernant le désistement est, en l'occurrence, sans pertinence et pourrait être qualifiée d'invitation ou de proposition adressée au demandeur pour qu'il se désiste dans les conditions prévues au paragraphe 2 de l'article 89 du Règlement de la Cour.

34. Les dispositions des articles 88 et 89 du Règlement, lesquelles s'inscrivent dans le cadre du droit procédural de la Cour, sont des règles obligatoires pour les parties et pour la Cour elle-même. Bien qu'établies par la Cour, les règles de procédure applicables, en tant que règles de droit, ont une existence objective et imposent des restrictions que la Cour elle-même est tenue d'observer. La Cour n'a pas la faculté de modifier *ad casum* l'application de l'article 89 du Règlement. Cette conclusion découle clairement, à mon sens, à la fois de la nature des règles de procédure en tant que règles de droit et de la genèse du Règlement de la Cour. Les propositions visant à investir la Cour de cette faculté ont été rejetées au motif que «les plaideurs ont droit à une sérieuse garantie de la stabilité des règles de la procédure» (sixième séance, tenue le 19 mai 1934, *C.P.J.I. série D, 3^e addendum au n° 2*, p. 38).

Il est vrai que, contrairement aux articles 93 à 97 du titre III du Règlement, les dispositions de l'article 89 peuvent être modifiées ou complétées par les parties *inter se* conformément à l'article 101 du Règlement de la Cour, qui dispose :

«Les parties à une affaire peuvent proposer d'un commun accord d'apporter aux articles contenus dans le présent titre, à l'exception des articles 93 à 97 inclus, des modifications ou additions particulières que la Cour ou une chambre peut adopter si elle les estime appropriées aux circonstances de l'espèce.»

But the Parties to the present dispute have not had recourse to the possibility offered by the provisions of Article 101.

35. In the light of the provisions of Article 89 of the Rules of Court “implicit discontinuance” would be *contradictio in adiecto*. “Implicit discontinuance” is in irreconcilable collision both with the explicit intention of the Applicant to continue the proceedings and with the formal nature of the discontinuance process. It would, in the circumstances of the case at hand, imply that the Court renounce the ministerial function which basically belongs to it in the construction of discontinuance on the basis of Article 89. Accordingly, the order on discontinuance, too, which, pursuant to Article 89 of the Rules, is of a declaratory nature (Article 89 determines the function of the order on discontinuance as “officially recording the discontinuance of the proceedings”; in that sense, a perfectly coherent jurisprudence of the Court has also been formed⁷) would assume the features of a constitutive act.

36. The respondent States, in formulating the thesis of “implicit discontinuance”, seem to have been inspired by the reasoning of the Court in the cases concerning *Nuclear Tests (Australia v. France)* and *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*. However, the relevant facts of the *Nuclear Tests* cases do not offer ground for any analogy whatsoever with this particular case.

The *Nuclear Tests* cases have not been discontinued on the basis of

⁷ Cases concerning *Factory at Chorzów*, Order of 25 May 1929, P.C.I.J., Series A, No. 19, p. 13; *Delimitation of the Territorial Waters between the Island of Castellorizo and the Coasts of Anatolia*, Order of 26 January 1933, P.C.I.J., Series A/B, No. 51, p. 6; *Losinger*, Order of 14 December 1936, P.C.I.J., Series A/B, No. 69, p. 101; *Borchgrave*, Order of 30 April 1938, P.C.I.J., Series A/B, No. 73, p. 5; *Appeals from Certain Judgments of the Hungarian-Czechoslovak Mixed Arbitral Tribunal*, Order of 12 May 1933, P.C.I.J., Series A/B, No. 56, p. 164; *Legal Status of the South-Eastern Territory of Greenland*, Order of 11 May 1933, P.C.I.J., Series A/B, No. 55, p. 159 (in this case the Court took note that Norway and Denmark had withdrawn their respective applications); *Prince von Pless Administration*, Order of 2 December 1933, P.C.I.J., Series A/B, No. 59, pp. 195-196; *Polish Agrarian Reform and German Minority*, Order of 2 December 1933, P.C.I.J., Series A/B, No. 60, pp. 202-203; *Aerial Incident of 27 July 1955 (United States of America v. Bulgaria)*, Order of 30 May 1960, I.C.J. Reports 1960, pp. 146-148; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Order of 10 April 1961, I.C.J. Reports 1961, pp. 9-10; *Trial of Pakistani Prisoners of War*, Order of 15 December 1973, I.C.J. Reports 1973, pp. 347-348; *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Costa Rica)*, Order of 19 August 1987, I.C.J. Reports 1987, pp. 182-183; *Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)*, Order of 10 September 1992, I.C.J. Reports 1992, pp. 348-349; *Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)*, Order of 10 November 1998, I.C.J. Reports 1998, p. 427.

The acquiescence of respondent State has been presumed in the case concerning *Protection of French Nationals and Protected Persons in Egypt*, Order of 29 March 1950, I.C.J. Reports 1950, p. 60.

On the basis of a unilateral act of the applicant, discontinuance has been effectuated in the cases concerning *Denunciation of the Treaty of 2 November 1865 between China and Belgium*, Order of 25 May 1929, P.C.I.J., Series A, No. 18, p. 7; *Trial of Pakistani Prisoners of War*, Order of 15 December 1973, I.C.J. Reports 1973, p. 348.

Les Parties au présent différend n'ont cependant pas eu recours à la possibilité que leur offrent les dispositions de l'article 101.

35. A la lumière de l'article 89 du Règlement de la Cour, un «désistement implicite» constituerait une *contradictio in adjecto*. Un «désistement implicite» serait totalement incompatible avec l'intention expresse du demandeur de poursuivre l'instance et aussi avec le caractère formel du processus de désistement. Dans les circonstances propres à l'espèce, il signifierait que la Cour renonce à jouer le rôle essentiellement exécutif qui lui incombe quand elle doit prononcer un désistement fondé sur l'article 89. Dans ces conditions, alors que l'ordonnance relative au désistement elle-même est de nature déclaratoire en vertu de l'article 89 du Règlement (aux termes de cet article, l'ordonnance a pour rôle de «pren[dre] acte du désistement»); et il existe aussi à cet égard une jurisprudence de la Cour⁷ qui est tout à fait cohérente), cette ordonnance revêtirait l'aspect d'un acte constitutif.

36. Lorsqu'ils ont défendu la thèse du «désistement implicite», les Etats défendeurs semblent s'être inspirés de la motivation que la Cour expose dans les affaires des *Essais nucléaires (Australie c. France) (Nouvelle-Zélande c. France)*. Aucune analogie ne peut cependant être établie entre les faits pertinents des affaires des *Essais nucléaires* et la présente espèce.

Dans les affaires des *Essais nucléaires*, il n'y a pas eu de désistement

⁷ Affaires visées: *Usine de Chorzów*, ordonnance du 25 mai 1929, C.P.J.I. série A n° 19, p. 3; *Délimitation des eaux territoriales entre l'île de Castellorizo et les côtes d'Anatolie*, ordonnance du 26 janvier 1933, C.P.J.I. série A/B n° 51, p. 6; *Losinger*, ordonnance du 14 décembre 1936, C.P.J.I. série A/B n° 69, p. 101; *Borchgrave*, ordonnance du 30 avril 1938, C.P.J.I. série A/B n° 73, p. 5; *Appels contre certains jugements du tribunal arbitral mixte hongaro-tchécoslovaque*, ordonnance du 12 mai 1933, C.P.J.I. série A/B n° 56, p. 164; *Statut juridique du territoire du sud-est du Groënland*, ordonnance du 11 mai 1933, C.P.J.I. série A/B n° 55, p. 159 (dans cette affaire, la Cour prit acte des déclarations de la Norvège et du Danemark portant désistement de leurs requêtes respectives); *Administration du prince von Pless*, ordonnance du 2 décembre 1933, C.P.J.I. série A/B n° 59, p. 195-196; *Réforme agraire polonaise et minorité allemande*, ordonnance du 2 décembre 1933, C.P.J.I. série A/B n° 60, p. 202-203; *Incident aérien du 27 juillet 1955 (Etats-Unis d'Amérique c. Bulgarie)*, ordonnance du 30 mai 1960, C.I.J. Recueil 1960, p. 146-148; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, ordonnance du 10 avril 1961, C.I.J. Recueil 1960, p. 9-10; *Procès de prisonniers de guerre pakistanais*, ordonnance du 15 décembre 1973, C.I.J. Recueil 1973, p. 347-348; *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Costa Rica)*, ordonnance du 19 août 1987, C.I.J. Recueil 1987, p. 182-183; *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark)*, ordonnance du 10 septembre 1992, C.I.J. Recueil 1992, p. 348-349; *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique)*, ordonnance du 10 novembre 1998, C.I.J. Recueil 1998, p. 427.

Le désistement de l'Etat défendeur a été réputé acquis dans l'affaire relative à la *Protection des ressortissants et protégés français en Egypte*, ordonnance du 29 mars 1950, C.I.J. Recueil 1950, p. 60.

Le désistement a été opéré sur la base d'un acte unilatéral du demandeur dans les affaires relatives à la *Dénonciation du traité sino-belge du 2 novembre 1865*, ordonnance du 25 mai 1929, C.P.J.I. série A n° 18, p. 7; et au *Procès de prisonniers de guerre pakistanais*, ordonnance du 15 décembre 1973, C.I.J. Recueil 1973, p. 348.

Articles 88 and 89 of the Rules. The Court, in fact, terminated the proceedings in those cases due to *the lack of object of the Application*, following its reasoning in the *Northern Cameroons* case (*Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1963*, p. 38). The Court found, *inter alia*, that “[t]he object of the claim having clearly disappeared, there is nothing on which to give judgment” (*Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 272, para. 59) and that

“[t]he conclusion at which the Court has arrived . . . does not mean *that it is itself* effecting a compromise of the claim; the Court is merely ascertaining the object of the claim and the effect of the Respondent’s action” (*ibid.*, p. 270, para. 54; emphasis added).

It is obvious in this particular case that the object of the Application stands as defined at the moment of instituting the proceedings, causing the real dispute before the Court, whereas the respondent State did not take any action nor assumed any commitment whereby the objective of the Applicant would have been accomplished. (See the objective of the Applicant, Judgment, para. 21.)

2. *The Congruence of the Statements of Facts by the Parties and the Duty of the Court to Examine its Jurisdiction ex officio*

37. In their preliminary objections all the Respondents have found, *inter alia*, that the Applicant was neither a Member of the United Nations nor party to the Statute of the Court, and accordingly did not have access to the Court at the time of submission of its Application, as *sine qua non* condition of the Court’s jurisdiction.

The Applicant for its part, contended that it was admitted to the United Nations on 1 November 2000 as a new Member and furthermore that it was not bound by the Statute pursuant to Article 93, paragraph 2, of the United Nations Charter; nor did it issue a declaration as contemplated in Article 35, paragraph 2, of the Statute of the Court.

38. The Respondent contended that, due to the fundamental change of its position regarding membership in the United Nations and its status as a party to the Genocide Convention respectively, Serbia and Montenegro should be estopped from continuing the proceedings on the preliminary objections. The contention seems to be dubious for the following reasons. *Primo*, the doctrine of estoppel is basically founded on the maxim *allegans contraria non est audiendus*. It could not be taken, however, that, by claiming continuity of the membership in the United Nations, the Applicant has made a representation on the faith of which the Respondent has changed its own position suffering some prejudice. As a matter of fact, by changing its position regarding membership in the United Nations and its status as a party to the Genocide Convention, the Applicant has acted *against* the case it instituted before the Court. Of key importance is the

procédant des articles 88 et 89 du Règlement. En fait, dans ces affaires, la Cour, suivant la motivation qu'elle avait retenue en l'affaire du *Cameroun septentrional (exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1963, p. 38)*, a mis fin aux instances en raison de l'absence d'objet de la requête. La Cour a notamment estimé que «[l]a demande ayant manifestement perdu son objet, il n'y a[vait] rien à juger» (*Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 272, par. 59*) et que

«[l]a conclusion à laquelle cette interprétation a[vait] amené la Cour ne signifiait pas qu'elle opér[ait] elle-même un retrait de la demande; elle se born[ait] à établir l'objet de cette demande et l'effet des actes du défendeur» (*ibid.*, p. 270, par. 54; les italiques sont de moi).

Il est évident que, dans la présente espèce, l'objet de la requête demeure celui qui a été défini au moment de l'introduction de l'instance et qui est à l'origine du véritable différend dont la Cour est saisie, puisque l'Etat défendeur n'a pris aucune mesure ni aucun engagement qui auraient permis d'atteindre l'objectif du demandeur (voir objectif du demandeur, arrêt, par. 21).

2. *Concordance des exposés des Parties sur les faits et obligation pour la Cour d'examiner ex officio sa compétence*

37. Dans leurs exceptions préliminaires, les défendeurs ont tous affirmé notamment que le demandeur n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies ni partie au Statut de la Cour et que, par conséquent, la Cour ne lui était pas ouverte à la date du dépôt de sa requête, alors que cette condition est indispensable pour établir la compétence de la Cour.

Le demandeur, de son côté, a affirmé avoir été admis à l'Organisation des Nations Unies le 1^{er} novembre 2000 en qualité de nouveau Membre et n'être pas non plus lié par le Statut en vertu du paragraphe 2 de l'article 93 de la Charte des Nations Unies; il n'a pas davantage fait la déclaration prévue au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour.

38. Le défendeur a soutenu que, en raison du changement fondamental de position opéré par la Serbie-et-Monténégro au sujet de sa qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies et par ailleurs de son statut de partie à la convention sur le génocide, il fallait l'empêcher par la voie de l'*estoppel* de poursuivre l'instance portant sur les exceptions préliminaires. L'argument semble discutable pour diverses raisons. Premièrement, la doctrine de l'*estoppel* repose essentiellement sur la maxime *allegans contraria non est audiendus*. On ne saurait cependant considérer que le demandeur, en affirmant assurer la continuité de la qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies, a avancé une thèse sur la foi de laquelle le défendeur a révisé sa position à son propre détriment. En fait, le demandeur, en modifiant sa position au sujet de sa qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies et de son statut de partie à

question whether the change has taken place on a basis of caprice or a litigation opportunity or, indeed, as an expression of accommodation to the real state of affairs created without the Applicant's active participation, which it could not resist. *Secundo*, estoppel, even supposing it to be established *in casu*, cannot operate against the question of *locus standi* as a constitutional requirement of the Statute establishing the objective limit of exercise of the judicial function of the Court. *Tertio*, it appears that the Respondent influenced, or could have influenced, the Applicant's position in relation to the two relevant jurisdictional facts: membership of the Applicant of the United Nations and its status as a party to the Genocide Convention. Acting as a Member State of the United Nations, the Respondent voted for the legally contradictory General Assembly resolution 47/1. It must have been aware of the strong elements of political instrumentality contained in the resolution. Besides, the Respondent has not dissociated itself from the subsequent practice of the United Nations organs. The Respondent's position — that the Applicant is one of five equal successors of the SFRY — is, in the circumstances of this particular case, in conflict with the treatment of the Applicant as a party to the Genocide Convention. It is a matter of public knowledge that, until 12 March 2001, the Applicant had not expressed its consent to be bound by the Convention in accordance with Article XI of the Convention, nor did it, for that matter, issue notification of succession. In the absence of any rules of positive international law on automatic succession, the only basis to consider the Applicant as a party to the Genocide Convention is in its legal identity and continuity with the SFRY.

39. It is indisputable that the statements of facts by the Parties relating to the status of the Applicant in the United Nations as well as to the Statute of the Court coincide at this phase of the proceedings. (It would be difficult to claim *in concreto* that this amounts to the acceptance or recognition by the Applicant of the Respondent's statement of facts. Recognition or acceptance is a volitional act, the expression of the intention of one party to bow to the allegations of the other party. Rather, what is involved here is a concurrence of the statements of facts by the parties, having in mind that the Applicant formulated its own statement of facts concerning the relevant matter, practically with an identical content, already at the time of the "Initiative to the Court to reconsider *ex officio* jurisdiction over Yugoslavia" (4 May 2001) and in the case concerning *Application for Revision*.)

It could not be taken for granted, however, that the concurrence or even the recognition of the statement of facts as presented by the Respondent, on the part of the Applicant, is determinative of the case and that it removes *per se* the need to examine the jurisdiction of the Court.

la convention sur le génocide, a agi à l'encontre de l'instance qu'il a introduite devant la Cour. Il est d'une importance capitale de savoir si ce changement résulte d'un caprice ou d'un artifice de procédure, ou s'il traduit l'adaptation du demandeur à un état de fait créé sans participation active de sa part et sans qu'il puisse s'y opposer. Deuxièmement, l'*estoppel*, à supposer même qu'il soit établi *in casu*, ne peut entrer en contradiction avec la question du *locus standi*, condition énoncée dans le Statut et établissant la limite objective de l'exercice de la fonction judiciaire de la Cour. Troisièmement, il s'avère que le défendeur a exercé, ou peut avoir exercé, une influence sur la position du demandeur par rapport à deux faits juridictionnels pertinents: la qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies du demandeur et son statut de partie à la convention sur le génocide. En qualité d'Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies, le défendeur a voté pour la résolution 47/1 — juridiquement contradictoire — de l'Assemblée générale. Il a certainement eu conscience que cette résolution représentait un important moyen d'action politique. En outre, le défendeur n'a pas non plus retiré son adhésion à la pratique suivie ultérieurement par les organes des Nations Unies. Dans le cadre de la présente espèce, la position du défendeur — laquelle est que le demandeur est l'un des cinq successeurs de la RSFY se trouvant sur un pied d'égalité — exclut que le demandeur soit considéré comme étant partie à la convention sur le génocide. Il est de notoriété publique que, jusqu'au 12 mars 2001, le demandeur n'avait pas expressément consenti à être lié par la convention en vertu de l'article XI de celle-ci et qu'il n'a d'ailleurs pas publié de notification de succession à ce sujet. En l'absence de règles de droit international positif en matière de succession automatique, c'est uniquement sur la base de l'identité et de la continuité juridiques entre le demandeur et la RSFY que le demandeur peut être considéré comme étant partie à la convention sur le génocide.

39. Incontestablement, à ce stade de l'instance, les exposés des Parties sur les faits coïncident en ce qui concerne le statut du demandeur tant vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies qu'au regard du Statut de la Cour. (Il serait difficile d'affirmer en l'espèce que cela équivaut à l'acceptation ou à la reconnaissance par le demandeur de l'exposé des faits émanant du défendeur. La reconnaissance ou l'acceptation est un acte délibéré, exprimant l'intention d'une partie de s'incliner devant les allégations de l'autre. Il s'agit plutôt, ici, d'une convergence des exposés des Parties sur les faits, étant donné que, déjà à l'époque de l'«Initiative présentée à la Cour aux fins d'un réexamen d'office de sa compétence» (en date du 4 mai 2001) et en l'affaire de la *Demande en revision*, le demandeur avait présenté à ce sujet un exposé des faits dont la teneur était pratiquement identique.)

On ne peut cependant pas tenir pour acquis que la convergence des vues du demandeur et du défendeur sur les faits, voire la reconnaissance par le demandeur de l'exposé des faits tel qu'il est présenté par le défendeur, soit concluante pour l'instance et qu'elle suffise en soi à écarter la nécessité d'examiner si la Cour est compétente.

(a) *Aspect of the legal logic*

40. Concurrence or recognition, direct or indirect, of the statement of facts of one party to the proceedings only determines the content of *praemisae minor* of the Court's syllogism whose *conclusio* is the ruling on the justification of the preliminary objection. Understood in this sense, concurrence or recognition of the statement of facts does not determine, or at least does not determine in full, the law that the Court should apply — *praemisae major*.

If the concurrence of the statement of facts of the parties had an automatic effect on the jurisdiction of the Court, then the parties, and not the Court, would be deciding, in the substantive sense, the relevant law that regulates the jurisdiction of the Court. And such an outcome would mean a departure from the principle, deriving from the very essence of the judicial function, i.e., that the Court is the sole judge of its jurisdiction.

(b) *Normative aspect*

41. In view of the fact that “the establishment or otherwise of jurisdiction is not a matter for the parties but for the Court itself” (*Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, *Jurisdiction of the Court, Judgment*, *I.C.J. Reports 1998*, p. 450, para. 37; also, individual opinion of President McNair in the jurisdiction phase of the case concerning *Anglo-Iranian Oil Co.* in which he stated that “[a]n international tribunal cannot regard a question of jurisdiction solely as a question *inter partes*” (*Preliminary Objection, Judgment*, *I.C.J. Reports 1952*, pp. 116-117)), the dispute of the parties regarding the jurisdiction in the preliminary objection phase is not a necessary condition for the Court to address the issue of jurisdiction.

Preliminary objections raised by a party are only a tool, a procedurally designed weapon for the establishment of the jurisdiction of the Court, *suo nomine et suo vigore*, for it is under an obligation to do so *ex officio*. The legal meaning of the proceedings on preliminary objection has been defined by the Court in the case concerning *Rights of Minorities in Upper Silesia (Minority Schools)* (hereinafter referred to as “*Minority Schools*”), as follows:

“the raising of an objection by one Party *merely draws the attention of the Court to an objection to the jurisdiction which it must ex officio consider*” (*Rights of Minorities in Upper Silesia (Minority Schools)*, *Judgment No. 12, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 15*, p. 23; emphasis added).

Or, as stated by the Court in the *Genocide Convention* case:

“[t]he Court must, in each case submitted to it, verify whether it has jurisdiction to deal with the case . . . [S]uch objections as are raised

a) *L'aspect logique juridique*

40. La convergence de vues ou la reconnaissance, directe ou indirecte, de l'exposé des faits émanant d'une partie à l'instance ne détermine que le contenu de la prémisse mineure du syllogisme dont la conclusion est la décision que la Cour adopte sur l'exception préliminaire. Vue sous cet angle, la convergence de vues ou la reconnaissance de l'exposé des faits ne détermine pas, du moins pas complètement, le droit que la Cour doit appliquer — et qui constitue la prémisse majeure du syllogisme.

Si la convergence des exposés des faits des parties avait un effet automatique sur la compétence de la Cour, ce seraient les parties et non la Cour qui décideraient quant au fond quel droit pertinent régit la compétence de la Cour. Pareil résultat reviendrait à s'écarter du principe issu de l'essence même de la fonction judiciaire, à savoir que la Cour est seule juge de sa compétence.

b) *L'aspect normatif*

41. Dans ces conditions, «établir ou ne pas établir sa compétence n'est pas une question qui relève des parties; elle est du ressort de la Cour elle-même» (*Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 450, par. 37; voir aussi l'opinion individuelle de sir Arnold McNair, président, émise au stade de l'examen de la compétence dans l'affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co., dans laquelle l'auteur déclare qu'«[u]n tribunal international ne saurait considérer une question de compétence comme une simple question inter partes» (exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1952, p. 116)); compte tenu de ce fait, le désaccord entre les parties sur la compétence au stade des exceptions préliminaires n'est pas une condition nécessaire pour que la Cour examine la question de sa compétence.*

Les exceptions préliminaires soulevées par une partie ne sont qu'un instrument, un moyen de procédure permettant à la Cour d'établir sa compétence, *suo nomine et suo vigore*, car elle est tenue de le faire *ex officio*. La signification juridique de la procédure relative aux exceptions préliminaires a été définie par la Cour dans l'affaire relative aux *Droits de minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires)* (ci-après dénommée l'affaire des «*Ecoles minoritaires*»):

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

Dans l'affaire relative à la *Convention sur le génocide*, la Cour a aussi indiqué qu'elle

«doit, dans chaque instance introduite devant elle, vérifier si elle a compétence pour connaître de l'affaire... [L]es exceptions éventuelle-

by the Respondent may *be useful to clarify* the legal situation.” (*Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 622, para. 46; emphasis added.)

Accordingly, the establishment of the jurisdiction by the Court *in casu* is not necessarily linked with the dispute as to jurisdiction. If the duty of the Court to verify its jurisdiction in each particular case exists regardless of the preliminary objection as such, then the pleadings of the parties in the proceedings are not *a fortiori* of decisive importance in that sense. If as Shabtai Rosenne, commenting on the case concerning *Monetary Gold Removed from Rome in 1943* (hereinafter referred to as “*Monetary Gold*”), says:

“[t]he fact that an objection is made does not mean — in the eyes of the Court — that the Court is being asked not to determine the merits of the claim under any circumstances” (Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, Vol. II (Jurisdiction), p. 863),

then the contrary is equally valid, i.e., that the Court is being asked not to determine the merits of the claim if an objection to the preliminary objection is not made. In that sense, an extensive practice of the Court has been established.

The *dictum* of the Court in the case concerning the *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council* (hereinafter referred to as “*ICAO Council*”) could represent a synthesis of that practice: “[t]he Court must however always be satisfied that it has jurisdiction, and must if necessary go into that matter *proprio motu*” (*Judgment, I.C.J. Reports 1972*, p. 52, para. 13). This is also reflected in the opinions of judges. (In the case concerning *Mavrommatis Palestine Concessions*, Judge Moore in his dissenting opinion stated “even though the parties be silent, the tribunal, if it finds that competence is lacking, is bound of its own motion to dismiss the case” (*Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 58); in the *Minority Schools* case, Judge Huber in his dissenting opinion found that the Court “must *ex officio* ascertain on what legal foundation it is to base its judgment upon the claims of the Parties” (*Judgment No. 12, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 15*, p. 54); and in the case concerning the *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Judge Kellogg pointed out in his observations attached to the Order of 6 December 1930 that it was not necessary that the question of jurisdiction be raised by one of the parties, since “[i]t may and should be raised by the Court on its own initiative, as was done in the Eastern Carelia case” (*Order of 6 December 1930, P.C.I.J., Series A, No. 24*, p. 43).)

42. The question of the jurisdiction of the Court bears two dominant features: (a) the question of jurisdiction of the Court is a *questio juris*; and (b) the question of jurisdiction of the Court is a matter of international public order.

ment soulevées par la partie défenderesse peuvent *être utiles pour clarifier la situation juridique.*» (*Exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 622, par. 46; les italiques sont de moi.)

L'établissement de sa compétence par la Cour *in casu* n'est donc pas nécessairement lié au différend sur la compétence. Si la Cour est tenue de vérifier sa compétence dans chaque cas d'espèce indépendamment des exceptions préliminaires en tant que telles, les arguments avancés par les parties ne revêtent à fortiori pas une importance décisive en la matière. Dès lors que, comme le fait observer Shabtai Rosenne au sujet de l'affaire de l'*Or monétaire pris à Rome en 1943* (ci-après dénommée l'affaire de l'*« Or monétaire »*),

«[l]e fait qu'il soit soulevé une exception ne signifie pas — aux yeux de la Cour — qu'elle soit priée de s'abstenir en toutes circonstances de se prononcer sur le fond de la demande» (Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, vol. II, compétence, p. 863),

la proposition contraire est tout aussi vraie, à savoir que la Cour est priée de s'abstenir de se prononcer sur le fond de la demande s'il n'est pas fait opposition à l'exception préliminaire, ce que confirme abondamment la pratique de la Cour.

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

42. La question de la compétence de la Cour présente deux grandes caractéristiques: il s'agit *a)* d'une *questio juris* et c'est aussi *b)* une question d'ordre public international.

(a) As a *questio juris*⁸ the jurisdiction of the Court is within the scope of the principle *jura novit curia*. In the case concerning *Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder* (hereinafter referred to as “*River Oder*”) the Polish Government did not contend that the Barcelona Convention had not been ratified by Poland until the oral proceedings. The six respondents asked the Court to reject the Polish contention *a limine*, for having been submitted at such an advanced stage of the proceedings. The Court dismissed the objection as untenable for “[t]he fact that Poland has not ratified the Barcelona Convention not being contested, it is evident that the matter is purely one of law such as the Court . . . should examine *ex officio*” (*Judgment No. 16, 1929, P.C.I.J., Series A, No. 23*, p. 19).

Being bound by law, the Court is not bound by the arguments of the parties. This follows clearly from the principle *jura novit curia* addressed by the Court in its Judgments in the cases concerning *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)* and *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*:

“The Court . . . as an international judicial organ, is deemed to take judicial notice of international law, and is therefore required in a case falling under Article 53 of the Statute, *as in any other case*, to consider on its own initiative all rules of international law which may be relevant to the settlement of the dispute . . . for the law lies within the judicial knowledge of the Court.” (*Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 9, para. 17; *ibid.*, p. 181, para. 18; emphasis added.)

The principle has also been confirmed in the *Nicaragua* case by a *dictum* that

“[f]or the purpose of deciding whether the claim is well founded in law, the principle *jura novit curia* signifies that the Court is not solely dependent on the argument of the parties before it with respect to the applicable law” (*Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 24, para. 29; cf. “*Lotus*”, *Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10*, p. 31);

consequently, the rule according to which a party seeking to assert a fact

⁸ “The existence of jurisdiction of the Court in a given case is . . . not a question of fact, but a question of law to be resolved in the light of the relevant facts.” (*Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1988*, p. 76, para. 16.)

The question of the Court’s jurisdiction is

“necessarily an antecedent and independent one — an objective question of law — which cannot be governed by preclusive considerations capable of being so expressed as to tell against either Party — or both Parties” (*Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council, Judgment, I.C.J. Reports 1972*, p. 54, para. 16 (c)).

a) En tant que *questio juris*⁸, la compétence de la Cour relève du principe *jura novit curia*. Dans l'affaire relative à la *Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder* (ci-après dénommée l'affaire de l'« Oder »), ce n'est qu'au moment de la procédure orale que le Gouvernement polonais a soutenu que la convention de Barcelone n'avait pas été ratifiée par la Pologne. Les six défendeurs ont demandé à la Cour de rejeter *in limine* l'argument polonais parce qu'il avait été présenté à un stade aussi avancé de l'instance. La Cour a rejeté l'exception, considérant qu'elle n'était pas fondée puisque, «[l]e fait que la Pologne n'a[va]it pas ratifié la convention de Barcelone n'[aya]nt pas [été] contesté, il [était] évident qu'il s'agi[ssait] d'une pure question de droit que la Cour ... devrait examiner même d'office» (*arrêt n° 16, 1929, C.P.J.I. série A n° 23*, p. 19).

La Cour est liée par le droit, mais n'est pas liée par les thèses des parties. C'est ce qui ressort clairement du principe *jura novit curia* tel que la Cour l'interprète dans ses arrêts sur la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)* et la *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)* :

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

Le principe a aussi été confirmé dans l'affaire *Nicaragua* par un *dictum* selon lequel

«[l]e principe *jura novit curia* signifie que, pour décider que les conclusions sont fondées en droit, la Cour ne doit pas s'appuyer uniquement sur les exposés des parties relativement au droit applicable» (*fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 24, par. 29; cf. *Lotus, arrêt n° 9, 1927, C.P.J.I. série A n° 10*, p. 31);

par conséquent, la règle selon laquelle c'est à la partie qui affirme un fait

⁸ «L'existence de la compétence de la Cour dans un cas particulier n'est pas une question de fait, mais une question de droit qui doit être tranchée à la lumière des faits pertinents.» (*Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1988*, p. 76, par. 16.)

La question de la compétence de la Cour est

«une question nécessairement préalable et indépendante, une question de droit objective, qui ne saurait être régie par des considérations de forclusion pouvant être formulées de façon à jouer contre l'une des Parties ou contre les deux» (*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI, arrêt, C.I.J. Recueil 1972*, p. 54, par. 16 c)).

must bear the burden of proving it “has no relevance for the establishment of the Court’s jurisdiction” (*Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, *Jurisdiction of the Court, Judgment*, *I.C.J. Reports 1998*, p. 450, para. 37).

(b) The disposition of the parties, although being the dominant principle in the proceedings before the Court, suffers limitations.

These limitations derive from the objective rules of the Statute and the Rules of Court defining the nature and limits of the Court’s judicial action. As constitutional norms (R. Monaco, “Observations sur la hiérarchie des sources du droit international”, *Festschrift für Hermann Mosler*, 1983, pp. 607-608) or as *règles préceptives* (intervention of Judge M. Yovanovitch, Preliminary Session of the Court, *P.C.I.J., Series D, No. 2*, p. 59), these rules transcend the disposition of the parties and pertain to the international public order.

As a matter of international public order superior to the will of the parties the question of jurisdiction need not necessarily be raised by the parties themselves but the Court can and should examine it *ex officio*. (Cf. *Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder, Judgment No. 16, 1929, P.C.I.J., Series A, No. 23*, pp. 18-19; *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, *Jurisdiction of the Court, Judgment*, *I.C.J. Reports 1973*, p. 7, para. 12; p. 54, para. 13; *Prince von Pless Administration, Order of 4 February 1933, P.C.I.J., Series A/B, No. 52*, p. 15; *Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9*, p. 32.)

43. In the practice of the Court the expressions *ex officio* and *proprio motu* are used as interchangeable, although there exist differences in the meaning of these two expressions. The expression “*proprio motu*” implies the discretionary authority of the Court to take action on its own initiative. The action taken by the Court “*ex officio*” is an expression of the duty of the Court by virtue of its judicial function. The exclusion of the discretion of the Court relates to the action itself and does not touch upon the freedom of the Court in respect of the ruling.

The linking element of these two expressions is of a negative nature and is reflected in the fact that it is about the actions which the Court takes or may take irrespective of the will and the processual actions of the parties.

The genuine difference in the meaning of these two expressions is overcome in some *dicta* of the Court by adding the qualification “must” to the expression “*proprio motu*” as in, for example, the Court’s Judgment in the *ICAO Council* case (*Judgment, I.C.J. Reports 1972*, p. 52, para. 13). Thus, in fact, the Court’s own motion is qualified as the obligation and the action *proprio motu* deprives it of discretion and turns it into action *ex officio*.

44. As *questio juris* pertaining to the public order, jurisdiction is determined by the decision of the Court, formal or informal, on the basis of the principle of *compétence de la compétence*. In the context of the case at

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

b) La volonté des parties, bien qu'elle constitue le principe primordial de la procédure qui se déroule devant la Cour, comporte des limites.

Ces limites découlent des règles objectives du Statut et du Règlement de la Cour qui définissent la nature et les limites de l'action judiciaire de la Cour. En tant que normes constitutionnelles (R. Monaco, «Observations sur la hiérarchie des sources du droit international», *Festschrift für Hermann Mosler*, 1983, p. 607-608) ou en tant que règles préceptives (intervention du juge Yovanovitch, session préliminaire de la Cour, C.P.J.I. série D n° 2, p. 59), ces règles vont au-delà de la volonté des parties et relèvent de l'ordre public international.

La question de la compétence relevant donc de l'ordre public international et étant supérieure à la volonté des parties, il n'est pas indispensable qu'elle soit soulevée par les parties elles-mêmes, mais la Cour peut et doit l'examiner *ex officio* (cf. *Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder*, arrêt n° 16, 1929, C.P.J.I. série A n° 23, p. 18-19; *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1973, p. 7, par. 12; p. 54, par. 13; *Administration du prince von Pless, ordonnance du 4 février 1933*, C.P.J.I. série A/B n° 52, p. 15; *Usine de Chorzów, compétence*, arrêt n° 8, 1927, C.P.J.I. série A n° 9, p. 32).

43. Dans la pratique de la Cour, les expressions «*ex officio*» et «*proprio motu*» sont employées comme si elles étaient interchangeables même s'il existe des nuances de sens entre elles. L'expression «*proprio motu*» renvoie au pouvoir discrétionnaire de la Cour d'agir de sa propre initiative. Lorsque la Cour agit «*ex officio*», c'est en vertu de l'obligation que lui impose sa fonction judiciaire. L'exclusion du pouvoir discrétionnaire de la Cour se rapporte à l'action même et n'a pas d'incidence sur la liberté dont la Cour jouit pour se prononcer.

L'élément commun aux deux expressions est de caractère négatif et a trait aux dispositions que la Cour prend ou peut prendre indépendamment de la volonté et des actes procéduraux des parties.

La réelle différence de sens existant entre les deux expressions disparaît dans certains *dicta* de la Cour quand l'expression «*proprio motu*» est assortie de l'obligation qu'exprime le verbe «devoir», comme c'est le cas, par exemple, dans l'arrêt de la Cour en l'affaire du *Conseil de l'OACI* (arrêt, C.I.J. Recueil 1972, p. 52, par. 13). L'initiative de la Cour est alors présentée comme étant l'obligation et l'acte commis «*proprio motu*» lui ôte sa valeur discrétionnaire et la transforme en acte commis «*ex officio*».

44. En tant que *questio juris* relevant de l'ordre public, la compétence est déterminée par la décision, officielle ou officieuse, que la Cour adopte en vertu du principe de la compétence de la compétence. Dans la présente

hand, it is necessary to distinguish between the general principle of *compétence de la compétence* and its narrow normative projection expressed in Article 36, paragraph 6, of the Statute. Namely, some of the Respondents have asserted that specific terms in Article 36, paragraph 6, of the Statute provide that “*in the event of a dispute* as to whether the Court has jurisdiction, the matter shall be settled by the decision of the Court” (counsel for the United Kingdom, CR 2004/10, p. 10; emphasis in the original; counsel for France, CR 2004/12, p. 12).

(c) *Principe compétence de la compétence*

45. The general principle of *compétence de la compétence* represents a basic structural and functional principle inherent to any adjudicatory body, whether a regular court or any other body possessing adjudicatory powers. The principle is, as pointed out by United States Commissioner Gore in the *Betsey* case (1797), “indispensably necessary to the discharge of any . . . duties” for any adjudicatory body (J. B. Moore (ed.), *International Adjudications, Ancient and Modern, History and Documents, Modern Series*, Vol. IV, p. 183).

As such the principle is confirmed in the Court’s jurisprudence. In the *Nottebohm* case, the Court stated *inter alia*:

“Paragraph 6 of Article 36 merely adopted, in respect of the Court, a rule consistently accepted by general international law in the matter of international arbitration. Since the *Alabama* case, it has been generally recognized, following the earlier precedents, that, in the absence of any agreement to the contrary, an international tribunal has the right to decide as to its own jurisdiction and has the power to interpret for this purpose the instruments which govern that jurisdiction . . .

Consequently, the Court has not hesitated to adjudicate on the question of its own jurisdiction in cases in which the dispute which had arisen in this respect went beyond the interpretation and application of paragraph 2 of Article 36. In the *Corfu Channel* case (Judgment of April 9th, 1949, *I.C.J. Reports 1949*, pp. 23-26 and 36), the Court adjudicated on a dispute as to whether it had jurisdiction to assess the amount of compensation, a dispute which related to the interpretation of a Special Agreement; in the *Ambatielos* case (Judgment of July 1st, 1952, *I.C.J. Reports 1952*, p. 28), the Court adjudicated upon a dispute as to its jurisdiction which related to the interpretation of a jurisdictional clause embodied in a treaty; in both cases the dispute as to the Court’s jurisdiction related to paragraph 1 and not to paragraph 2 of Article 36.

Article 36, paragraph 6, suffices to invest the Court with power to adjudicate on its jurisdiction in the present case. *But even if this were*

affaire, il est nécessaire de faire la distinction entre le principe général de compétence de la compétence et sa projection normative étroite énoncée au paragraphe 6 de l'article 36 du Statut. Certains défenseurs ont soutenu qu'il est spécifié au paragraphe 6 de l'article 36 du Statut que, «[e]n cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est compétente, la Cour décide» (CR 2004/10, p. 10, conseil du Royaume-Uni; les italiques sont dans l'original; CR 2004/12, p. 12, conseil de la France).

c) *Le principe dit de compétence de la compétence*

45. Le principe général de «compétence de la compétence» est un principe structurel et fonctionnel fondamental, inhérent à toute institution judiciaire, qu'il s'agisse d'une juridiction ordinaire ou de tout autre organe investi de pouvoirs juridictionnels. Comme le soulignait le commissaire américain Gore dans l'affaire de la *Betsey* (1797), ce principe est «indispensable aux fins de l'accomplissement de [l]a mission» de tout organe juridictionnel (J. B. Moore, dir. publ., *International Adjudications, Ancient and Modern, History and Documents, Modern Series*, vol. IV, p. 183 [traduction du Greffe]).

Le principe est confirmé dans la jurisprudence de la Cour. Dans l'affaire *Nottebohm*, la Cour a notamment déclaré ce qui suit:

«Le paragraphe 6 de l'article 36 ne fait que reprendre pour la Cour une règle que le droit international commun a consacrée en matière d'arbitrage international. Depuis l'affaire de l'*Alabama*, il est admis, conformément à des précédents antérieurs, qu'à moins de convention contraire, un tribunal international est juge de sa propre compétence et a le pouvoir d'interpréter à cet effet les actes qui gouvernent celle-ci.

.

En conséquence, la Cour n'a pas hésité à statuer sur sa propre compétence dans des cas où la contestation élevée à ce sujet dépassait l'interprétation et l'application du paragraphe 2 de l'article 36. Dans l'affaire du Détroit de Corfou (arrêt du 9 avril 1949, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 23-26 et 36), elle a statué sur une contestation de sa compétence pour fixer le montant de la réparation, contestation portant sur l'interprétation d'un compromis; dans l'affaire *Ambatielos* (arrêt du 1^{er} juillet 1952, *C.I.J. Recueil 1952*, p. 28), elle a statué sur une contestation de compétence concernant l'interprétation de la clause compromissoire inscrite dans un traité; ici et là, le différend sur la compétence se rattachait au paragraphe premier et non au paragraphe 2 de l'article 36.

L'article 36, paragraphe 6, suffit à conférer à la Cour le pouvoir de statuer sur sa compétence dans le cas présent. *Même si tel n'était pas*

not the case, the Court, 'whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it' (Article 38, paragraph 1, of the Statute), should follow in this connection what is laid down by general international law. The judicial character of the Court and the rule of general international law referred to above are sufficient to establish that the Court is competent to adjudicate on its own jurisdiction in the present case.' (Preliminary Objection, Judgment, *I.C.J. Reports 1953*, p. 119-120; emphasis added.)

Being one of the relevant features establishing its judicial nature, the power of the Court to determine whether it has jurisdiction, emanating from the general principle *compétence de la compétence*, is an inherent right and duty of the Court knowing no limitations (cf. *Electricity Company of Sofia and Bulgaria, Judgment, 1939, P.C.I.J., Series A/B, No. 77*, pp. 102-103, dissenting opinion of Judge Urrutia). The Court exercises its inherent power from the institution of the proceedings until its end with a view to establishing whether it possesses jurisdiction or not in the particular case. (In reality, the Court proceeds to exercise its inherent power in two ways: (a) by ascertaining the existence of processual requirements for jurisdiction through prima facie assessment, being substantively a judicial presumption of jurisdiction or (b) by adopting a formal decision on the jurisdiction. In that sense, the power of the Court to determine whether it has jurisdiction in a given case seems absolute, considering that the Court, even when declaring that it has no jurisdiction *in casu*, exercises that inherent power.)

46. Apart from its expression in Article 36, paragraph 6, the general principle of *compétence de la compétence*, has found its expression in several provisions of the Statute. Article 53, paragraph 2, of the Statute provides that "[t]he Court must . . . satisfy itself, not only that it has jurisdiction . . . but also that the claim is well founded in fact and law". In the *Fisheries Jurisdiction* cases, the Court stated, *inter alia*, that "Article 53 of the Statute both entitles the Court and, in the present proceedings, requires it to pronounce upon the question of its jurisdiction" (*Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1973*, p. 22, para. 45, and p. 66, para. 45; emphasis added).

The application of the general principle of *compétence de la compétence* can be seen also in part of the provisions of Article 41 of the Statute authorizing the Court to indicate provisional measures *proprio motu*.

The rules of the law of the Court deriving from the general principle of *compétence de la compétence* are also rules in Article 32, paragraph 2, of the Rules of Court, as well as Article 38, paragraph 5. The fact that in both cases the relevant role is played by the Registry of the Court does not affect the nature of the rules.

In its application the principle is not restricted to the contentious pro-

le cas, la Cour, « dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis » (article 38, paragraphe 1, du Statut), devrait suivre à cet égard ce que prescrit le droit international commun. Or le caractère judiciaire de la Cour et la règle de droit international commun qui a été précédemment rappelée suffisent à établir que la Cour est compétente pour statuer sur sa propre compétence en la présente affaire. » (Exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1953, p. 119-120; les italiques sont de moi.)

Etant l'une des caractéristiques qui font d'elle une institution judiciaire, la faculté conférée à la Cour de statuer sur sa compétence, laquelle procède du principe général de compétence de la compétence, est un droit et une obligation inhérents à la Cour qui ne connaissent aucune limitation (cf. *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 77*, p. 102-103, opinion dissidente du juge Urrutia). De l'introduction de l'instance jusqu'à sa clôture, la Cour exerce son pouvoir inhérent pour dire si elle a ou non compétence dans l'affaire considérée. (En fait, la Cour exerce son pouvoir inhérent de deux manières: *a*) en s'assurant, par une appréciation *prima facie*, de l'existence des conditions procédurales nécessaires à sa compétence, ce qui équivaut au fond à une présomption judiciaire de compétence, ou *b*) en adoptant une décision officielle sur la compétence. En ce sens, le pouvoir de la Cour de déterminer si elle a compétence dans une affaire donnée semble être absolu, étant donné que la Cour exerce ce pouvoir inhérent même si elle déclare n'avoir pas compétence en l'espèce.)

46. Mis à part l'énoncé du principe au paragraphe 6 de l'article 36 du Statut, ce principe général de compétence de la compétence figure dans plusieurs dispositions du Statut. Le paragraphe 2 de l'article 53 précise que « [l]a Cour ... doit s'assurer non seulement qu'elle a compétence ... mais que les conclusions sont fondées en fait et en droit ». Dans les affaires de la *Compétence en matière de pêcheries*, la Cour a notamment dit que « l'article 53 du Statut donn[ait] à la Cour le droit et, dans ... [l']affaire [considérée], lui impos[ait] l'obligation de se prononcer sur le problème de sa compétence » (*Compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1973*, p. 22, par. 45, et p. 66, par. 45; les italiques sont de moi).

Une partie des dispositions de l'article 41 du Statut autorisant la Cour à indiquer *proprio motu* des mesures conservatoires peut également être interprétée comme procédant du principe général de compétence de la compétence.

En outre, le droit interne de la Cour comprend des règles qui procèdent du principe général de compétence de la compétence, à savoir celles qui sont énoncées au paragraphe 2 de l'article 32 ainsi qu'au paragraphe 5 de l'article 38 du Règlement de la Cour. Le rôle central joué par le Greffe dans les deux cas ne modifie en rien la nature de ces règles.

Le principe ne s'applique pas uniquement à la procédure contentieuse.

cedure. It is equally relevant also in the advisory procedure. As the Court stated in the case concerning *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, “it is incumbent on the Court to satisfy itself that the conditions governing its own competence to give the opinion requested are met” (*Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 83, para. 29; emphasis added). The substantive analogy between the contentious and the advisory procedures (in the *Status of Eastern Carelia* case the Court stated that it was the right and obligation of the Court to examine its own jurisdiction in advisory as well as in contentious cases (Report by the Registrar (June 1933), *P.C.I.J., Series D, No. 2* (3rd add.), p. 837) in this particular matter has its foundation in the provision of Article 68 of the Statute. The Court must in every request for an advisory opinion assure itself of its jurisdiction. It is not absolved from doing so by assuming that a request for an opinion is determinative of the Court’s power to give opinion on the particular question. (Cf. Shabtai Rosenne, “The Advisory Competence of the International Court of Justice”, *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques* (A. Sottile, Geneva), January-March 1952, No. 1, p. 33; Georg Schwarzenberger, “Trends in the Practice of the World Court”, *Current Legal Problems*, Vol. 4, 1951, p. 27.)

47. The power of the Court to determine whether it has jurisdiction *in casu*, emanating from the general principle of *compétence de la compétence*, should be distinguished from the corresponding power of the Court to determine the *extent* of its jurisdiction.

The extent of jurisdiction of the Court is not a matter to be decided on the basis of the principle of *compétence de la compétence* solely as a functional norm, but on the basis of substantive norms of the Statute defining the scope of exercise of the judicial function of the Court. In that regard, the basic norm of the consensual nature of the Court’s jurisdiction, some sort of a constitutional norm of the law of the Court and international tribunals as well, is of relevance.

Already in its Judgment No. 2, the Permanent Court of International Justice clearly established the limits of its jurisdiction by stating that “the Court, bearing in mind the fact that its jurisdiction is limited, that it is invariably based on . . . consent . . . and only exists in so far as this consent has been given” (*Mavrommatis Palestine Concessions, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 16).

48. Article 36, paragraph 6, of the Statute is a narrow, restrictive expression of the general principle of *compétence de la compétence*. The application of the principle of *compétence de la compétence* expressed in Article 36, paragraph 6, presupposes a dispute as to whether the Court has jurisdiction. Hence the Court, acting on the basis of Article 36, paragraph 6, of the Statute, both logically and from the normative aspect, is not in a position to raise a question of its jurisdiction *ex officio*. Basically, the Court then, exercising its judicial function, only adjudicates the disputes as to its jurisdiction *ex officio*. It is here that, *strictissimo sensu*, lies

Il est tout aussi pertinent pour la procédure consultative. Comme la Cour l'a dit dans l'affaire de la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé*, «il incombe ... à la Cour de s'assurer que les conditions auxquelles est subordonnée sa propre compétence pour donner l'avis sollicité sont remplies» (avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 83, par. 29; les italiques sont de moi). Il existe une ressemblance de fond entre les procédures contentieuse et consultative (dans l'affaire du *Statut de la Carélie orientale*, la Cour a dit qu'elle avait le droit et l'obligation d'examiner sa propre compétence dans les affaires consultatives aussi bien que dans les affaires contentieuses (rapport du greffier, juin 1933, *C.P.J.I. série D n° 2, 3^e Addendum*, p. 837) et cette ressemblance repose, pour cette question particulière, sur l'article 68 du Statut. Lors de toute demande d'avis consultatif, la Cour doit s'assurer elle-même de sa compétence. Elle ne peut s'en dispenser au motif qu'une demande d'avis consultatif suffit à lui conférer le pouvoir de rendre un avis sur la question posée (cf. Shabtai Rosenne, «The Advisory Competence of the International Court of Justice», *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques* (A. Sottile, Genève), janvier-mars 1952, n° 1, p. 33; Georg Schwarzenberger, «Trends in the Practice of the World Court», *Current Legal Problems*, vol. 4, 1951, p. 27).

47. Il convient de distinguer entre la faculté qu'a la Cour de déterminer si elle a compétence *in casu* — en vertu du principe général de compétence de la compétence — et la faculté concomitante qu'elle exerce aussi de déterminer l'*étendue* de sa compétence.

L'*étendue* de la compétence de la Cour n'est pas une question à trancher sur la base du principe de compétence de la compétence considéré exclusivement en tant que norme fonctionnelle, car il faut alors faire appel à des normes de fond du Statut qui définissent la portée de la fonction judiciaire impartie à la Cour. A cet égard, c'est la norme fondamentale du caractère consensuel de la compétence de la Cour — norme en quelque sorte constitutionnelle du droit interne de la Cour et des juridictions internationales — qu'il faut tenir pour pertinente.

Dès son arrêt n° 2, la Cour permanente de Justice internationale a déjà clairement établi les limites de sa compétence quand elle dit «que sa juridiction est limitée, qu'elle se fonde toujours sur le consentement ... et ne saurait subsister en dehors des limites dans lesquelles ce consentement a été donné» (*Concessions Mavrommatis en Palestine, 1924, C.P.J.I. série A n° 2*, p. 16).

48. Le paragraphe 6 de l'article 36 du Statut exprime de manière étroite et restrictive le principe général de compétence de la compétence. Pour que s'applique ce principe tel qu'il est énoncé dans cette disposition il faut qu'existe au préalable un différend sur la compétence de la Cour. De ce fait, la Cour, se fondant sur le paragraphe 6 de l'article 36 du Statut, n'est pas en mesure, ni du point de vue logique ni du point de vue normatif, de mettre *ex officio* en doute sa compétence. C'est-à-dire que la Cour, dans l'exercice de sa fonction judiciaire, ne se prononce *ex officio* que sur les différends relatifs à sa compétence. Telle est, *strictissimo*

the normative meaning of the principle of *compétence de la compétence* as expressed in Article 36, paragraph 6, of the Statute.

In practice there were cases where the Court, in the jurisdictional phase of the proceedings, *proprio motu*, raised the question not raised by parties. For instance, in the *Interhandel* case the Court applied *proprio motu* the objection to its jurisdiction *ratione temporis* to the alternative claim (*Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1959*, p. 22). Such an approach of the Court could be qualified as the overlapping of the general and the particular, i.e., of the general principle of *compétence de la compétence* and its narrower expression embodied in Article 36, paragraph 6, of the Statute.

49. It is doubtful whether the application of Article 36, paragraph 6, of the Statute is excluded, as the respondent States asserted, in the present case, *in toto*. It seems obvious that it depends on whether the statements of parties concerning the facts coincide entirely.

That is not the case. Namely, the statements of the Parties coincide only partially, relating mainly to the jurisdiction of the Court *ratione personae*, or, to be more precise, to the status of the Applicant in relation to the Statute of the Court.

If the statements of the Parties appear to be founded in this matter, the conclusion affects only the jurisdiction of the Court according to Article 36, paragraph 2, of the Statute, but does not necessarily — without knowing the finding of the Court on the meaning of the expression “the special provisions contained in treaties in force” in Article 35, paragraph 2, of the Statute — affect the jurisdiction of the Court as set forth in Article IX of the Genocide Convention.

Regarding the Genocide Convention as a “treaty in force” at the time of submission of the Application, there is, however, a real — though latent — hidden dispute between the Parties. The Applicant contended that it became a party to the Genocide Convention by accession on 12 March 2001, while the Respondents implicitly allowed that the Applicant was a party at the time of submission of the Application.

Finally, the positions of the Parties were directly and completely opposed regarding the jurisdiction of the Court *ratione materiae* and *ratione temporis*.

50. The principle *compétence de la compétence* in its integral form — comprising both the general principle and its expression in Article 36, paragraph 6, of the Statute — is a judicial weapon which achieves a double objective:

Primo, it allows the Court to establish its jurisdiction as the application of the basis or constitutional norm of the consensual nature *in casu* either ex officio or upon objection to its jurisdiction. At the same time, it gives the Court a legal basis to check, in the development of the proceedings, its judicial presumptions on its jurisdiction, until a conclusive, definitive

sensu, la signification normative du principe de compétence de la compétence tel qu'il est énoncé au paragraphe 6 de l'article 36 du Statut.

Dans la pratique, il est arrivé à la Cour, au stade de la procédure portant sur la compétence, de soulever la question *proprio motu* alors que les parties ne l'avaient pas fait. Par exemple, dans l'affaire de l'*Interhandel*, la Cour a opposé *proprio motu* à la demande subsidiaire l'exception relative à sa compétence *ratione temporis* (*exceptions préliminaires*, arrêt, C.I.J. Recueil 1959, p. 22). Une telle démarche de la part de la Cour pourrait être considérée comme un chevauchement de la règle générale et du cas particulier, en d'autres termes du principe général de compétence de la compétence et de sa formulation la plus étroite qui figure au paragraphe 6 de l'article 36 du Statut.

49. Il est douteux que, comme l'ont affirmé les Etats défendeurs, l'application du paragraphe 6 de l'article 36 du Statut soit, dans la présente espèce, exclue *in toto*. A l'évidence, tout dépend de la question de savoir si les exposés des Parties sur les faits coïncident entièrement.

Tel n'est pas le cas. En réalité, les exposés des Parties ne coïncident que partiellement, car ils portent principalement sur la compétence *ratione personae* de la Cour, ou, plus précisément, sur le statut du demandeur par rapport au Statut de la Cour.

Si les exposés des Parties paraissent fondés à cet égard, la conclusion concerne exclusivement la compétence de la Cour au sens du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, mais ne concerne pas nécessairement — sauf à connaître la décision de la Cour quant à la signification de l'expression «[l]es dispositions particulières des traités en vigueur» figurant au paragraphe 2 de l'article 35 du Statut — la compétence de la Cour au titre de l'article IX de la convention sur le génocide.

En ce qui concerne la convention sur le génocide en tant que «traité en vigueur» au moment de la présentation de la requête, il existe cependant, sous les apparences, un différend bien réel — quoique latent — entre les Parties. Le demandeur a soutenu qu'il était devenu partie à la convention sur le génocide par voie d'adhésion le 12 mars 2001, alors que les défendeurs ont implicitement admis que le demandeur était partie à la convention à l'époque où il a présenté sa requête.

Enfin, en ce qui concerne la compétence *ratione materiae* et la compétence *ratione temporis* de la Cour, les positions des parties sont diamétralement et totalement opposées.

50. Dans son intégralité, le principe de compétence de la compétence — c'est-à-dire le principe général et aussi le principe sous la forme qu'il revêt au paragraphe 6 de l'article 36 du Statut — est un instrument judiciaire qui permet d'atteindre un double objectif:

Premièrement, il permet à la Cour d'établir sa compétence *in casu* en application de la norme fondamentale ou constitutionnelle que représente la juridiction consensuelle, soit *ex officio*, soit lorsqu'il est soulevé une exception à sa compétence. Parallèlement, il autorise en droit la Cour à vérifier, au fur et à mesure du déroulement de l'instance, ses présomp-

finding on its jurisdiction. Acting in that way, in the conditions of non-existence of multi-tier judiciary in the international community, the Court *de facto* acts as a *sui generis* appellate court in the question of jurisdiction.

Secundo, in a litigation as tripartite processual relation, it is a judicial weapon by which the Court not only solves the dispute on jurisdiction, but the challenge to its own decision on the jurisdiction taken in the preliminary objection phase either *ex officio* or at the request of a party in the revision procedure.

Therefore, it could be said that the principle of *compétence de la compétence* in its integral expression enables the Court to ascertain in every phase of the proceedings, according to the circumstances and degree of knowledge, its jurisdiction as the basis and framework of the proper administration of justice.

51. The Court, when using its right and performing its duties on the basis of the principle of *compétence de la compétence*, acts, basically, in three ways:

- (i) it decides *ex officio* in the proceedings of preliminary objections in the dispute between the parties as to jurisdiction;
- (ii) it raises *proprio motu* the question of jurisdiction (or, as it is sometimes said, imprecisely, “raises an objection to jurisdiction”, for it cannot object to jurisdiction as the determination of the matter is in its exclusive domain), requesting the parties to act pursuant to Article 79, paragraph 6, of the Rules or, acting itself in accordance with Article 38, paragraph 5, of the Rules. The *proprio motu* action of the Court is the technical realization of the right and duty of the Court to ascertain *ex officio* its competence; and
- (iii) the *ex officio* examination of the jurisdiction as an autonomous judicial action which does not rely on the actions of the parties. The very examination of jurisdiction, apart from the decision of the Court on jurisdiction, being some sort of organic judicial action, inherent element of the legal reasoning of the Court, must not be exercised in a due form, but in a manner the Court finds appropriate.

3. *The Effect on the Dispute of the Congruence of Views between the Parties as to Jurisdiction*

52. In this regard, the assertions made by the Respondents have two meanings (cf. CR 2004/6, pp. 15-17; CR 2004/7, pp. 10-12; CR 2004/10, p. 7; CR 2004/12, p. 12):

- that just as the existence of a dispute is a preliminary condition for the continuation of the proceedings on the merits phase, so is the

tions judiciaires concernant sa compétence jusqu'à ce qu'elle se prononce sur celle-ci de manière finale et définitive. Ce faisant, comme il n'existe pas plusieurs paliers de juridiction en droit international, la Cour agit *de facto* comme une cour d'appel *sui generis* en matière de compétence.

Deuxièmement, dans un procès reposant sur une relation tripartite, le principe constitue un instrument judiciaire qui permet à la Cour de statuer non seulement sur le différend relatif à sa compétence, mais aussi sur la contestation de la décision qu'elle a adoptée à ce sujet au stade des exceptions préliminaires, soit *ex officio*, soit à la demande d'une partie dans le cadre d'une procédure de révision.

On peut donc affirmer que, pris dans son intégralité, le principe de compétence de la compétence permet à la Cour de s'assurer à chaque stade de l'instance, conformément aux circonstances et compte tenu de ce qu'elle sait, de sa compétence en tant que fondement et de cadre d'une bonne administration de la justice.

51. Quand elle exerce son droit et s'acquitte de son obligation en se fondant sur le principe de compétence de la compétence, la Cour agit fondamentalement sur trois plans:

- i) elle statue *ex officio* au stade des exceptions préliminaires sur le différend qui oppose les parties au sujet de sa compétence;
- ii) elle soulève *proprio motu* la question de sa compétence (ou, comme on dit parfois de façon peu précise, elle «soulève une exception d'incompétence», car la Cour ne saurait soulever d'exception à sa compétence puisque la décision en la matière est de son ressort exclusif), en demandant aux parties de se conformer au paragraphe 6 de l'article 79 du Règlement ou en appliquant elle-même le paragraphe 5 de l'article 38 du Règlement. En agissant ainsi *proprio motu*, la Cour met techniquement en œuvre le droit et l'obligation lui incombant de s'assurer *ex officio* de sa compétence; et
- iii) elle procède *ex officio* à l'examen de la compétence par une action judiciaire autonome qui ne relève pas de l'initiative des parties. Indépendamment de la décision que la Cour adopte sur sa compétence, l'examen même de la compétence — acte judiciaire en quelque sorte organique, et élément inhérent à la motivation juridique de la Cour — doit revêtir non pas une forme établie, mais la manière que la Cour juge appropriée.

3. *L'effet produit sur le différend par la convergence de vues entre les Parties en matière de compétence*

52. A cet égard, les exposés des défendeurs signifient deux choses (cf. CR 2004/6, p. 15-17; CR 2004/7, p. 10-12; CR 2004/10, p. 7; CR 2004/12, p. 12):

- de même que l'existence d'un différend est une condition préalable à la poursuite de la procédure judiciaire au fond, l'existence d'un diffé-

- dispute as to jurisdiction a condition for the continuation of the proceedings on preliminary objections; and
- that agreement between the parties as to a question of jurisdiction is determinative of the case, and that, as a result, the dispute before the Court has disappeared.

- (a) *The existence of a dispute as to jurisdiction as a preliminary condition for the continuation of the proceedings on preliminary objections*

53. The equalization between the proceedings on the merits and the proceedings on preliminary objection would be highly doubtful. Namely, it ignores the specific features of judicial activity of the Court in the jurisdictional phase of the proceedings, features which derive from the nature of the question of jurisdiction. ("The Court finds that Italy's acceptance of jurisdiction is one thing, while her raising of a legal issue on jurisdiction is quite another." (*Monetary Gold Removed from Rome in 1943, Preliminary Question, Judgment, I.C.J. Reports 1954*, p. 29.) The practical outcome of such equalization would consist of the treatment of the question of jurisdiction as *quaestio facti* and as a matter *inter partes* which is in sharp contradiction with its true nature (see paragraphs 40-44 of this opinion).

54. It is based on the idea of the transplantation of the rule regarding "the existence of a dispute [as] the primary condition for the Court to exercise its judicial function" (*Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 476, para. 58) in the merits phase of a case into the incidental proceedings of the preliminary objections. This transplantation is however impossible taking into consideration the very nature of the question of jurisdiction. It is directly aimed against the inherent right and duty of the Court to determine its jurisdiction. In that regard, the formulation of the relevant provisions of the Rules of Court concerning preliminary objections is indicative. Paragraph 2 of Article 79 of the Rules provides in imperative (wording) formulation that "the preliminary objection *shall set out* the facts and the law on which the objection is based" (emphasis added) whereas paragraph 3 of Article 79 provides, *inter alia*, that "the other party *may present* a written statement of its observations and submissions" (emphasis added). The asymmetrical relations between the provisions of Article 79 of the Rules — obligations *stricti juris* of the Respondent on the one hand, and a right of the Applicant on the other — represent an indirect expression of a different nature of the proceedings on the merits and that of the incidental proceedings on preliminary objection (Article 49 of the Rules establishes the duties of the parties regarding the Memorial and Counter-Memorial symmetrically).

55. There is a substantive symmetry in the relevant elements of the case in hand and the *Monetary Gold* case. In the latter case, Great

rend sur la compétence conditionne la poursuite de la procédure relative aux exceptions préliminaires; et

- l'existence d'un accord entre les parties sur une question de compétence est déterminante car elle a pour conséquence que le différend porté devant la Cour disparaît.

- a) *L'existence d'un différend sur la compétence comme condition préalable à la poursuite de la procédure relative aux exceptions préliminaires*

53. Assimiler la procédure relative aux exceptions préliminaires à la procédure au fond serait très discutable. Cela reviendrait en effet à occulter la spécificité de l'activité judiciaire qu'exerce la Cour au stade de l'examen de sa compétence, spécificité qui procède du caractère même de la question de la compétence. («La Cour estime que l'acceptation par l'Italie de la juridiction est une chose, alors que le fait par elle de soulever un problème de droit touchant la juridiction en est une autre.» (Affaire de l'*Or monétaire pris à Rome en 1943, question préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1954*, p. 29.) Une telle assimilation aurait pour conséquence pratique de traiter la question de la compétence comme une question de fait et un sujet *inter partes*, ce qui est totalement contraire à sa véritable nature (voir ci-dessus aux paragraphes 40-44 de la présente opinion).

54. Cette assimilation est fondée sur l'idée qu'il convient de transposer à la procédure incidente des exceptions préliminaires la règle s'appliquant à la phase de l'examen au fond selon laquelle «[l']existence d'un différend est ... la condition première de l'exercice de la fonction judiciaire [de la Cour]» (*Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 476, par. 58). Une telle transposition est cependant impossible eu égard à la nature même de la question de la compétence. Elle est en effet totalement contraire au droit et à l'obligation inhérents consistant pour la Cour à établir sa compétence. Sur ce point, l'énoncé des dispositions pertinentes du Règlement de la Cour concernant les exceptions préliminaires est révélateur. Ainsi le paragraphe 2 de l'article 79 dispose-t-il en termes impératifs que «[l']acte introductif de l'exception *contient* l'exposé de fait et de droit sur lequel l'exception est fondée» (les italiques sont de moi), tandis que le paragraphe 3 de ce même article dispose notamment que «la partie contre laquelle l'exception est introduite *peut présenter* un exposé écrit contenant ses observations et conclusions» (les italiques sont de moi). Cette asymétrie entre les prescriptions de l'article 79 du Règlement — obligations *stricti juris* incombant au défendeur d'un côté, et faculté accordée au demandeur de l'autre — dit indirectement qu'il y a une différence de nature entre la procédure au fond et la procédure incidente des exceptions préliminaires (l'article 49 du Règlement énonce quant à lui en termes symétriques les obligations des parties relatives au mémoire et au contre-mémoire).

55. Il existe un étroit parallélisme entre les éléments pertinents de la présente affaire et ceux de l'affaire de l'*Or monétaire*. En cette dernière, la

Britain, in its final Submission No. 1 (*b*) contended that, by raising the preliminary objection, the

“Application . . .

.
 (*b*) has been in effect withdrawn or cancelled by Italy” (*Preliminary Question, Judgment, I.C.J. Reports 1954*, p. 25; see also *ibid.*, p. 30).

However, the Court found that “[t]he raising of the Preliminary Question by Italy cannot be regarded as equivalent to a discontinuance” (*ibid.*, p. 30). As to the Submission contending that the Italian Application should be held to be “invalid and void” (*ibid.*), the Court found that

“it is enough to state that the Application, if not invalid at the time it was filed, cannot subsequently have become invalid by reason of the preliminary question which Italy raised with regard to the Court’s jurisdiction in this case” (*ibid.*).

(*b*) *The congruence of views between the Parties as to jurisdiction and the alleged disappearance of the dispute on the merits*

56. The contention that there exists a substantive *nexus* between the dispute as to jurisdiction and the dispute on the merits is, in the light of the uniform jurisprudence of the Court on the issue of a legal dispute, even more surprising. The relevant constituent elements of the legal dispute seem to be clearly presented in the case at hand.

The contents of the Application, the Memorial, the Preliminary Objections and other relevant materials, create a clear picture of the situation in which “two sides hold clearly opposite views concerning the question of the performance or non-performance of certain treaty obligations” (*Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 74; hereinafter referred to as “*Interpretation of Peace Treaties*”) as well as the performance of obligations under general international law embodied in the United Nations Charter (Memorial of 5 January 2000, pp. 301-346). The Applicant charges the Respondents that by “bombing of Yugoslav territory” (Memorial, p. 301, para. 2.1.1.) they violated a number of its international obligations including not only in the international treaties in force, but also in the Charter of the United Nations. The Respondents denied the charge.

57. By denying the charges, the Respondents, within the limits and the range determined by the stage of the procedure, elaborate diametrically opposite legal concepts according to which the bombing of the territory of the Federal Republic of Yugoslavia was carried out *lege artis*, in con-

Grande-Bretagne a, dans sa conclusion finale n° 1 b), soutenu que, en raison de l'exception préliminaire soulevée par l'Italie, la

«requête ...

b) a[vait] été, en fait, retirée ou annulée par l'Italie» (*question préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1954*, p. 25; voir aussi *ibid.*, p. 30).

La Cour a cependant jugé que le «fait par l'Italie d'avoir soulevé la question préliminaire ne saurait être considéré comme équivalant à un désistement» (*ibid.* p. 30). Quant à la conclusion selon laquelle la requête italienne devrait être considérée comme «nulle et non avenue» (*ibid.*), la Cour a estimé que

«il suffit de dire que la requête, qui n'était pas entachée de nullité au moment de son introduction, n'a pu ultérieurement devenir nulle par suite de la question préliminaire que l'Italie avait soulevée touchant la compétence de la Cour en l'espèce» (*ibid.*).

b) *La convergence de vues des Parties sur la question de la compétence et la disparition alléguée du différend au fond*

56. La thèse selon laquelle il existerait un lien étroit entre le différend concernant la compétence et le différend au fond est, à la lumière de la jurisprudence constante de la Cour sur la question de l'existence d'un différend juridique, plus surprenante encore. Les divers éléments constitutifs d'un différend d'ordre juridique semblent être clairement exposés en l'espèce.

La teneur de la requête, du mémoire, des exceptions préliminaires et des autres pièces se rapportant à l'affaire brosse un tableau clair d'une situation dans laquelle «les points de vue des deux parties, quant à l'exécution ou à la non-exécution de certaines obligations découlant des traités, sont nettement opposés» (*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 74; ci-après dénommée l'affaire de l'«*Interprétation des traités de paix*»), et il en va de même quant à l'exécution d'obligations au titre du droit international général qui sont consacrées par la Charte des Nations Unies (mémoire du 5 janvier 2000, p. 301-346). Le demandeur soutient que «[l]es bombardements du territoire yougoslave» (mémoire, p. 301, par. 2.1.1) constituent la violation par les défenseurs d'obligations internationales qui leur incombent en vertu non seulement des traités internationaux en vigueur, mais aussi de la Charte des Nations Unies. Les défenseurs ont rejeté cette accusation.

57. Ce faisant, les défenseurs développent, dans les limites et la mesure imposées par la procédure à ce stade, une argumentation juridique diamétralement opposée, suivant laquelle le bombardement du territoire de la République fédérale de Yougoslavie aurait été mené en toute légalité,

formity with the concept of the so-called humanitarian intervention, as well as by obeying the rules of humanitarian law. This constitutes the second qualifying condition for the existence of the legal dispute — “that the claim of one party is *positively opposed* by the other” (*South West Africa, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 328; emphasis added). Acting in the above-mentioned manner, the Respondents have gone out of the reach of a simple denial of the Applicant’s charges and set the matter on the level of a conflict of legal views, the conflict of which is *in concreto* total and absolute.

58. The issue of the existence of a dispute on the merits possesses its temporal dimension. As the Court stated in the case concerning *Nuclear Tests (Australia v. France)* “[t]he dispute brought before [the Court] must therefore continue to exist at the time when the Court makes its decision” (*Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 271, para. 55).

A dispute in existence in the proceedings before the Court may, in general, disappear in two ways:

- (a) by withdrawing the Application; and
- (b) if the object of the claim has been achieved by other means, as *exempli causa*, when “a State has entered into a commitment concerning its future conduct” which made the dispute disappear (*Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 272, para. 60).

None of the above-mentioned has happened in the cases at hand.

It is true that the Respondent’s contention was not that the Application has been withdrawn, but that the Applicant abandoned the basis of jurisdiction making “a mockery of the principle that jurisdiction is founded on the consent of the parties” (CR 2004/10, p. 11); some “kind of *forum prorogatum*” in the negative sense (CR 2004/12, p. 12).

Apart from the nature of the question of jurisdiction (see paragraphs 40-44 of this opinion), it should be noted that as far as abandonment itself is concerned the Court cannot infer from the arguments of the parties that a claim was abandoned. As stated in the case concerning *Certain Norwegian Loans*, “[a]bandonment cannot be presumed or inferred; it must be declared expressly” (*Judgment, I.C.J. Reports 1957*, p. 26).

59. The real question one is faced with concerns the relationship between the Application and the arguments of the Parties.

In the process of determination of the legal disputes, the Court bases itself on the Application and final Submissions, as well as other pertinent evidence as emphasized in the cases concerning *Nuclear Tests (Australia v. France)* (*Judgment, I.C.J. Reports 1974*, pp. 262-263) and *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, *Jurisdiction of the Court (Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 449, para. 31).

The expression “other pertinent evidence” is a collective term for various forms of expressing intention of the parties relevant for the determination of the dispute submitted to the Court. In the existing

conformément au principe dit d'ingérence humanitaire et aux règles du droit humanitaire. Se trouve ainsi remplie la seconde condition mise à l'existence d'un différend juridique — «que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'*opposition manifeste* de l'autre» (*Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962*, p. 328; les italiques sont de moi). En adoptant cette façon de procéder, les défendeurs sont allés au-delà de la simple dénégation des accusations du demandeur et ont élevé la question au niveau d'une opposition de thèses juridiques, opposition qui, au cas particulier, est totale et absolue.

58. La question de l'existence d'un différend au fond revêt une dimension temporelle. Comme la Cour l'a dit dans l'affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France)*, «[l]e différend dont la Cour a été saisie doit donc persister au moment où elle statue» (*arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 271, par. 55).

Un différend existant dans une instance pendante devant la Cour peut, en règle générale, disparaître de deux manières:

- a) par le retrait de la requête; ou
- b) si la demande a été satisfaite par d'autres voies, par exemple lorsqu'un Etat a pris un engagement quant à son comportement futur» qui a entraîné la disparition du différend (*Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 272, par. 60).

Or, rien de tel ne s'est produit dans les présentes affaires.

Il est vrai que le défendeur a prétendu non que la requête avait été retirée, mais que le demandeur avait renoncé à la base de compétence, tournant «en dérision le principe d'une compétence fondée sur le consentement des parties» (CR 2004/10, p. 11), une «sorte de *forum dit prorogatum*» au sens négatif (CR 2004/12, p. 12).

Hormis la nature de la question de la compétence (voir ci-dessus, aux paragraphes 40-44 de la présente opinion), il convient de noter qu'en ce qui concerne l'abandon lui-même la Cour ne peut déduire des thèses des parties qu'une demande a été abandonnée. Ainsi qu'il a été précisé dans l'affaire des *Emprunts norvégiens* «[l]'abandon ne saurait être présumé ni déduit; il doit être déclaré expressément» (*arrêt, C.I.J. Recueil 1957*, p. 26).

59. La véritable question à laquelle nous nous trouvons confrontés est celle du rapport entre la requête et les thèses des Parties.

Comme ce fut souligné dans les affaires des *Essais nucléaires (Australie c. France)* (*arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 262-263) et de la *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), compétence de la Cour* (*arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 449, par. 31), la Cour, pour définir le différend juridique porté devant elle, se fonde sur la requête et les conclusions finales ainsi que sur d'autres éléments de preuve pertinents.

L'expression «autres éléments de preuve pertinents» est une formule collective désignant diverses façons d'exprimer l'intention des parties qui permettent de définir le différend porté devant la Cour. Dans les circon-

circumstances, taking into consideration claims and arguments of the Respondents, various written and oral pleadings placed before the Court in the proceedings on the preliminary objections are of particular interest.

The crucial question which seems to be imposing itself *in casu* is the relationship between the Application and the submission, on the one hand, and the arguments of the Parties, on the other. This question should especially be considered in the context whether the Application and submissions can be either derogated, completely or partially, by the arguments of the Applicant, or in fact be substituted by them.

I believe that the answer to the question is rather negative for several reasons:

- (i) The Application as a whole, including especially the submissions, represents a basic parameter for the determination of the dispute. The Court resorts to “other pertinent evidence” (*Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, *Jurisdiction of the Court, Judgment*, *I.C.J. Reports 1998*, p. 449, para. 31), which in the present case is the written and oral pleadings placed before the Court, in case of “uncertainties or disagreements . . . with regard to the real subject of the dispute with which the Court has been seised, or to the exact nature of the claims submitted to it.” (*ibid.*, p. 448, para. 29.)
- (ii) Therefore, written and oral pleadings as such are an accessory means rather than a subsidiary basic parameter for the determination of the dispute, which the Court resorts to in case of an unclear or imprecise nature of the Application as a whole. Furthermore,

“when the claim is not properly formulated because the submissions of the parties are inadequate, the Court has no power to ‘substitute itself for them and formulate new submissions simply on the basis of arguments and facts advanced’ (*P.C.I.J., Series A, No. 7*, p. 35)” (*Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1974*, p. 466, para. 30).
- (iii) The written pleadings and oral pleadings as such, *excluding the submissions*, are basically arguments of the parties. Arguments of the parties together with their contentions as reasons or statements made for or against the matter are of highly relative value in jurisdictional phases of the proceedings before the Court, taking into consideration that the Court is not bound by them and that it, in fact, possesses “the power to exclude” them (cf. *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, *Jurisdiction of the Court, Judgment*, *I.C.J. Reports 1998*, p. 449, para. 32). The value of the arguments and contentions of the parties is framed in terms of “*indications* of what the party was asking the Court to decide” (cf. *ibid.*; emphasis added).
- (iv) The arguments and contentions of the parties do not appertain to

stances de l'espèce, compte tenu des revendications et des thèses des défendeurs, les différentes écritures et plaidoiries soumises à la Cour au cours de la procédure relative aux exceptions préliminaires se révèlent particulièrement éclairantes.

La question qui semble cruciale en l'espèce est celle du rapport entre la requête et les conclusions formulées d'une part, et les thèses des Parties d'autre part. A cet égard, il s'agit tout particulièrement de voir si les thèses du demandeur peuvent déroger, en tout ou partie, à la requête et aux conclusions, voire les remplacer.

A mon sens, il convient de répondre à cette question par la négative, et ce pour plusieurs raisons :

- i) La requête dans son ensemble, c'est-à-dire assortie des conclusions qui y sont énoncées, constitue un paramètre fondamental pour la définition du différend. La Cour fait appel à «[d']autres éléments de preuve pertinents» (*Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 449, par. 31) en cas d'«incertitudes ou [de] contestations ... quant à l'objet réel du différend dont la Cour est saisie ou à la nature exacte des demandes qui lui sont soumises» (*ibid.*, p. 448, par. 29). Dans la présente affaire, il s'agit des écritures et plaidoiries qui lui ont été soumises.
- ii) En tant que telles, les écritures et plaidoiries constituent donc plutôt un moyen accessoire qu'un paramètre de base subsidiaire servant à définir le différend et la Cour s'en sert lorsque la requête dans son ensemble est obscure ou imprécise. De surcroît,

«quand la demande n'est pas formulée comme il convient parce que les conclusions des parties sont inadéquates, la Cour n'a pas le pouvoir de «se substituer [aux parties] pour en formuler de nouvelles sur la base des seules thèses avancées et faits allégués» (*C.P.J.I. série A n° 7*, p. 35)» (*Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 466, par. 30).
- iii) Les écritures et plaidoiries en tant que telles, à l'exclusion des conclusions, sont, essentiellement, des thèses présentées par les parties. Or ces thèses, de même que les thèses avancées par les parties à l'appui ou à l'encontre de la demande formulée, présentent une valeur très relative au stade de l'examen de la compétence de la Cour, cette dernière n'étant pas liée par lesdites thèses et possédant en fait «le pouvoir [de les] écarter» (cf. *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 449, par. 32). La valeur qui est assignée par la Cour aux arguments et thèses des parties est celle d'«indications de ce que la partie lui demande de décider» (cf. *ibid.*; les italiques sont de moi).
- iv) Les arguments et thèses des parties ne sont pas intégrés à leurs

the submission of the party. The difference in meaning of the French word “conclusion” and the English word “submission” reflected in the circumstances that the latter “can extend to the arguments advanced and the grounds invoked, and not merely to the precise demand made of the Court” has been resolved in a manner that “the Court has developed a consistent pattern of case-law on this aspect, basing itself on the narrower meaning” (Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, Vol. III (Procedure), p. 1266).

60. Due to the autonomous standing of the notion of “dispute” in international obligation, its determination possesses certain specific characteristics. Basically, they derive from the fact that “dispute between States” is not automatically “dispute before the Court” even in the case where the States followed the rules of the law of the Court regarding the institution of proceedings.

Regarding the determination of a “dispute before the Court”, in the proceedings instituted by Application, roles are assigned to the Applicant and the Court itself. The role of the Applicant is referred to as the “presentation” or “formulation of the dispute” (see *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, *Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, pp. 447-448, paras. 29 and 30) by acts which are designed by the Statute and the Rules of Court as duties of the Applicant (Statute, Art. 40, para. 1; Rules of Court, Art. 38, paras. 1 and 2). As far as the Court is concerned, by executing its judicial function it is its role to determine the dispute dividing the parties as well as to identify the object of the claim.

What is *in concreto* the intrinsic legal meaning of the word “determination”?

In a substantive sense, determination of a dispute is to a certain extent expressed as verification of a dispute as presented or formulated by the applicant. The only case when the determination of the matter by the Court is autonomous *in toto*, deprived of any substantive connection to the application, is the situation when the Court considers that the real dispute between the parties does not exist. Verification in the sense of authentication or confirmation of the dispute as presented by the applicant may occur as either total or partial — in which case it is possible to make a difference between a “real dispute” and a “dispute as presented or formulated”. Such a substantive determination of the term “determination of the real dispute” is based on the fact that the application — together with the final submissions and other pertinent evidence — represents a basic parameter for the determination of a real dispute. The expression “irrespective of the nature and subject of the dispute laid before the Court in the present case” (*South West Africa, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 328) is not used in the meaning outside the application but irrespective of arguments of the parties regarding the nature and subject of the dispute. The very essence

conclusions. La différence de sens entre le terme français «conclusion» et le terme anglais «*submission*» qui correspond au fait que le second terme «peut, au-delà de la demande précise adressée à la Cour, englober les arguments avancés et les moyens invoqués» a reçu pour solution que «la Cour a constitué une jurisprudence constante en cette matière en se fondant sur le sens le plus restrictif» (Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, vol. III (Procedure), p. 1266).

60. En raison de l'autonomie de la notion de «différend» en matière d'obligations internationales, la définition d'un différend revêt certaines spécificités. Celles-ci procèdent pour l'essentiel de ce qu'un «différend entre Etats» n'est pas automatiquement un «différend devant la Cour», et ce même dans l'hypothèse où les Etats ont observé les règles régissant l'introduction d'une instance devant la Cour.

En ce qui concerne la définition d'un «différend devant la Cour», lorsque l'instance est introduite par une requête, il est assigné un rôle tant au demandeur qu'à la Cour elle-même. Le rôle du demandeur consiste à «présenter» ou à «formul[er] le] différend» (voir *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 447-448, par. 29 et 30) au moyen d'actes dont le Statut et le Règlement de la Cour font des obligations du demandeur (paragraphe 1 de l'article 40 du Statut; paragraphes 1 et 2 de l'article 38 du Règlement de la Cour). Quant à la Cour, c'est à elle qu'il revient, dans l'exercice de sa fonction judiciaire, de définir le différend opposant les parties ainsi que d'identifier l'objet de la demande.

Quelle est alors, concrètement, la signification juridique intrinsèque du terme «définition»?

Sur le fond, la définition d'un différend consiste, jusqu'à un certain point, à vérifier l'existence d'un différend tel qu'il est présenté ou formulé par le demandeur. Le seul cas de figure où la Cour procède elle-même à cette définition de façon entièrement autonome, sans aucun lien matériel avec la requête, est celui où elle considère qu'il n'existe pas de véritable différend entre les parties. La vérification, au sens de l'authentification ou de la confirmation du différend tel qu'il est présenté par le demandeur, peut être totale ou partielle. Dans cette dernière hypothèse, il est alors possible de distinguer entre le «véritable différend» et le «différend tel que présenté ou formulé». Cette interprétation matérielle de l'expression «définition du véritable différend» est fondée sur le fait que la requête — assortie des conclusions finales et autres éléments de preuve pertinents — constitue un paramètre fondamental pour la définition du véritable différend. A cet égard, les mots «quels que soient la nature et l'objet du différend soumis à la Cour dans la présente instance» (*Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962*, p. 328) s'entendent comme signifiant qu'on se situe non pas en dehors de la requête, mais indépendamment des thèses des parties concernant la nature et l'objet du

of the determination process lies in its objectivity as to whether there exists an international dispute (*Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 74).

Even though objectivity is not a personal but a qualitative characteristic, it includes *in concreto* an assessment of the constitutive elements of the legal disputes rather than a construction or a negation of legal disputes. Constitutive elements of the dispute are, in fact, criteria that ought to be tested in order to “be shown that the claim of one party is positively opposed by the other” (*South West Africa, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 328).

61. If an organic link between the controversy on the jurisdictional issue and the existence of a dispute in a case indeed existed, then the Court, for instance, could not entertain a case in the event of a respondent’s non-appearance in the proceedings. The fact remains that the position of the Applicant in the proceedings is an unusual one, but not unprecedented. It can be compared precisely with the position of Italy in the *Monetary Gold* case where Italy, as the applicant State, raised the preliminary objection to the jurisdiction of the Court. The Court, assessing such a position of Italy, said:

“The Court finds that Italy’s acceptance of jurisdiction is one thing, while her raising of a legal issue on jurisdiction is quite another. It cannot be inferred from the making of the Preliminary Objection that Italy’s acceptance of jurisdiction has become less complete or less positive than was contemplated in the Washington Statement.” (*Preliminary Question, Judgment, I.C.J. Reports 1954*, p. 29.)

Moreover, the Court came to this conclusion in the reply to the submission of the United Kingdom, which, by its content, precisely corresponds with Italy’s submission in the present case. Namely, the Court finds that, “[n]or can the Court accept the contention in the final Submission No. 1 (*b*) of the United Kingdom that the Application has been in effect withdrawn and cancelled by Italy” (*ibid.*, p. 30).

62. That the absence of a specific dispute on jurisdiction does not deprive the Court’s decision of its judicial character is also confirmed by the jurisprudence of the Court. In the *Monetary Gold* case, Italy, as the Applicant, submitted to the Court what it termed a “Preliminary Question” in substantially identical terms as the first request of Serbia and Montenegro. At the time Italy requested the Court to “adjudicate on the preliminary question of its jurisdiction to deal with the merits of the claim set forth under No. 1 of the Submissions of the Application” (*Judgment, I.C.J. Reports 1954*, p. 23). The first request in the final submissions of Serbia and Montenegro, as Applicant, has been formulated in the following terms, where it requests the Court “to adjudge and declare

différend. L'essence même du processus de définition réside dans le fait que l'existence d'un différend international demande à être établie objectivement (*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 74).

L'objectivité est un caractère qualitatif mais impersonnel et consiste dans la pratique à évaluer les éléments constitutifs des différends juridiques plutôt qu'à interpréter ou à nier l'existence de tels différends. Ces éléments constitutifs du différend sont en réalité des critères à l'aune desquels il convient de «démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre» (*Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962*, p. 328).

61. Si un lien organique devait effectivement être établi entre la controverse sur la question de la compétence et l'existence d'un différend dans une affaire déterminée, la Cour ne pourrait, par exemple, connaître d'une affaire en cas de défaut de comparution du défendeur. Bien qu'elle soit, il est vrai, inhabituelle, la situation du demandeur en la présente instance n'est cependant pas sans précédent. Ainsi apparaît-elle très semblable à celle de l'Italie en l'affaire de l'*Or monétaire*, dans laquelle cet Etat, à titre de demandeur, a soulevé comme exception préliminaire la question de la compétence de la Cour. Celle-ci, analysant cette situation de l'Italie, a dit ceci :

«La Cour estime que l'acceptation par l'Italie de la juridiction est une chose, alors que le fait par elle de soulever un problème de droit touchant la juridiction en est une autre. De la présentation d'une exception préliminaire on ne saurait déduire que l'acceptation par l'Italie de la juridiction est devenue moins complète ou moins positive que ne l'envisageait la déclaration de Washington.» (*Question préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1954*, p. 29.)

En outre, la Cour a adopté cette position dans sa réponse à la conclusion du Royaume-Uni, laquelle, dans sa teneur, correspond précisément à la conclusion de l'Italie en la présente affaire. La Cour a estimé «[qu'elle] ne saurait [non plus] retenir la thèse formulée par le Royaume-Uni dans sa conclusion finale n° 1 b) et selon laquelle la requête aurait en fait été retirée ou annulée par l'Italie» (*ibid.*, p. 30).

62. La Cour confirme également par sa jurisprudence que l'absence de différend particulier en matière de compétence ne prive pas sa décision de son caractère judiciaire. Dans l'affaire de l'*Or monétaire*, l'Italie, à titre de demanderesse, a soumis à la Cour ce qu'elle appelait elle-même une «question préliminaire» formulée de façon quasi identique à la première demande de la Serbie-et-Monténégro. A l'époque, l'Italie priait la Cour de «statuer sur la question préliminaire de sa compétence pour connaître au fond de la demande formulée au n° 1 des conclusions de la requête» (*ibid.*, p. 23). Dans la première demande énoncée dans ses conclusions finales, la Serbie-et-Monténégro, c'est-à-dire le demandeur, a prié la Cour de «statuer sur sa compétence *ratione personae* en les présentes affaires»

on its jurisdiction *ratione personae* the present cases” (CR 2004/23, p. 38, para. 34). Consequently, in both cases the applicant States asked the Court not to declare that it has jurisdiction, but only to rule on its jurisdiction.

63. The request of the Applicant to the Court to rule on its jurisdiction *ratione personae* possesses specific justification in the circumstances of the present cases. These circumstances make relative the qualification of the Applicant’s request regarding the jurisdiction of the Court *ratione personae* as an abstract one. They present it in a different light, i.e., as a request incorporated in the reality of the Court’s jurisprudence on the matter, some sort of reminder to the Court to act in accordance with its own findings. Namely, faced with the question — whether or not Yugoslavia is a Member of the United Nations and as such a party to the Statute of the Court — the Court found, in the provisional measures phase of the proceedings, that it “need not consider this question for the purpose of deciding whether or not it can indicate provisional measures in the present case” (*Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Portugal)*, Order of 2 June 1999, *I.C.J. Reports 1999 (I)*, p. 668, para. 32; see also CR 2004/23, p. 38, para. 34). The finding, being only a slight modification of the formulation used in the Order of 8 April 1993 in the *Genocide Convention* case, implies the right, and obligation at the same time, of the Court to pronounce upon it in a later phase of the proceedings and, it is easy to agree, it seems to me, that there is no more proper phase in which to do so than the preliminary objection phase.

4. Legal Interest of the Applicant in the Proceedings

64. Some of the respondent States (*exempli causa*, Portugal (CR 2004/9, p. 9)) argued that by requesting the Court to decide that it has no jurisdiction to adjudicate on the merits, Serbia and Montenegro showed that it has no legal interest in settling the dispute before the Court.

Grosso modo, legal interest of the Applicant can be defined as specific interest to demand judicial intervention, considering that otherwise the Applicant would suffer some unjust prejudice and (or) would not be able to protect its violated rights on the basis of international law.

In order to be qualified as a relevant legal interest, the interest of the Applicant needs to fulfil several conditions:

- (a) To be of legal nature. Economic, political or other non-legal interest as such is not enough considering the fact that the jurisdiction of the Court is reserved for legal disputes.
- (b) To be concrete. This condition implies that the intervention of the Court, either positively or negatively, reflects on the *corpus* of rights and duties of the parties, real or presumed, prescribed by international law.

(CR 2004/23, p. 38, par. 34). Dans ces deux affaires, par conséquent, les demandeurs ont invité la Cour non à déclarer qu'elle avait compétence, mais seulement à statuer sur sa compétence.

63. Dans les circonstances des présentes affaires, le fait que le demandeur ait prié la Cour de statuer sur sa compétence *ratione personae* obéit à une raison particulière. Lesdites circonstances interdisent de qualifier la demande formulée par le demandeur au sujet de la compétence de la Cour *ratione personae* de demande complètement abstraite. Elles permettent de la voir sous un jour différent, c'est-à-dire comme une demande s'inscrivant dans la jurisprudence de la Cour en la matière, comme pour lui rappeler d'agir conformément à ses propres décisions. En effet, face à la question de savoir si la Yougoslavie était ou non Membre des Nations Unies et, à ce titre, partie à son Statut, la Cour a jugé, dans la phase de l'examen des mesures conservatoires, qu'elle «n'a[vait] pas à examiner cette question à l'effet de décider si elle [pouvait] ou non indiquer des mesures conservatoires dans le cas d'espèce» (*Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Portugal)*, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (II), p. 668, par. 32; voir aussi CR 2004/23, p. 38, par. 34). Cet énoncé, qui ne diffère que légèrement de celui de l'ordonnance du 8 avril 1993 en l'affaire relative à la *Convention sur le génocide*, revient à dire implicitement que la Cour a le droit, et en même temps l'obligation, de se prononcer sur cette question dans une phase ultérieure de la procédure. A mon sens, et l'on en conviendra aisément, la phase la plus appropriée pour ce faire est celle des exceptions préliminaires.

4. L'intérêt juridique du demandeur en l'instance

64. Certains Etats défendeurs (comme le Portugal, par exemple (CR 2004/9, p. 9)) ont soutenu que, en priant la Cour de dire qu'elle n'avait pas compétence pour statuer au fond, la Serbie-et-Monténégro avait démontré qu'elle n'avait pas d'intérêt juridique à demander le règlement du différend par la Cour.

Schématiquement, l'intérêt juridique du demandeur peut être défini comme un intérêt particulier à solliciter l'intervention judiciaire, faute de quoi le demandeur subirait un préjudice injuste et (ou) ne serait pas en mesure de défendre, conformément au droit international, ceux de ses droits auxquels il a été porté atteinte.

Pour être qualifié d'intérêt juridique pertinent, l'intérêt du demandeur doit remplir plusieurs conditions:

- a) Cet intérêt doit être de nature juridique. La Cour ne pouvant connaître que de différends d'ordre juridique, les intérêts non juridiques, qu'ils soient notamment économiques ou politiques, ne suffisent pas en tant que tels.
- b) L'intérêt doit être concret. Cette condition signifie implicitement que l'intervention de la Cour se répercute, de manière positive ou négative, sur l'ensemble de droits et d'obligations, réels ou présumés, des parties, tels que les prescrit le droit international.

- (c) To be of personal nature. This concerns the personal dimension of the previous condition to be concrete. In fact, the interest needs to be related to the subjective right of the applicant whereas the advisory opinion of the Court given on the concrete legal question may be abstract, deprived of a personal dimension. Personal dimension of the legal interest serves as *differentia specifica* between a general interest which lies behind an *actio popularis* and a specific interest.

These elements form the essence of the concept of the legal interest based upon which is *legitimatō ad processum* (*qualité pour agir*), which is independent of the ability of a State to appear before the Court: it is an expression of a concrete legal relation between the applicant and the subject-matter of the dispute.

Legal interest of the applicant should be objectively determined particularly considering the fact that by instituting the proceedings before the Court, the applicant demonstrates a subjective perception of its legal interest in the matter.

Determination of the legal interest of the applicant is *ex rerum natura* closely connected and intertwined with the determination of legal dispute, taking into consideration that the dispute is in fact based on the opposing attitudes of the parties in relation to a certain conflict of interests. Therefore, what was emphasized regarding the determination of the legal disputes applies *mutatis mutandis* to the basic parameters for the determination of the legal interest of the applicant.

The party entitled to the subjective right, claiming the violation of a concrete right to which the other party is positively opposed, is in possession *eo ipso* of a legal interest. In that case the presumption of legal interest is applied. Legal interest is, in fact, incorporated into the very essence of the concept of subjective right.

65. The Applicant, as well as the Respondent, is a State party to a number of multilateral treaties in force, non-observance of which is being attributed by the Applicant to the Respondent. Considering the fact that the parties acquire mutual subjective rights and obligations by the international treaty, the party whose subjective right has been violated is entitled to claim the protection of its right (cf. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 45, para. 80; p. 46, para. 86). The existence of the subjective right would no longer have its *ratio* in case the entitled party did not possess legal interest for its protection. The presumption of legal interest of the State entitled to the subjective right is strongly supported by another reason deriving from the very nature of the modern international community. Due to the general prohibition on self-redress, the State whose rights have been violated does not have at its disposal an efficient and legal means for the protection of its subjective rights. Therefore, it would in fact be convenient to assume the existence of the legal interest in every particular case of accusation of the violation of the

- c) L'intérêt doit être personnel, dimension qui complète le caractère concret évoqué plus haut. Si l'avis consultatif que donne la Cour sur une question juridique concrète peut être abstrait et dépourvu de dimension personnelle, l'intérêt doit ici être lié à un droit subjectif du demandeur. Cette dimension personnelle de l'intérêt juridique est le critère permettant d'opérer la distinction entre un intérêt général qui sous-tend une *actio popularis* et un intérêt particulier.

Les éléments ci-dessus constituent l'essence du concept d'intérêt juridique sur lequel est fondée la *legitatio ad processum* (qualité pour agir), laquelle est indépendante de la qualité d'un Etat pour ester devant la Cour: c'est l'expression d'un rapport juridique concret entre le demandeur et l'objet du différend.

Il faut définir objectivement l'intérêt juridique du demandeur, d'autant que celui-ci, en introduisant une instance devant la Cour, prouve qu'il ressent subjectivement son intérêt juridique en l'espèce.

Comme le différend juridique est en réalité fondé sur une opposition de points de vue entre les parties au sujet de certains intérêts contradictoires, sa définition et celle de l'intérêt juridique du demandeur sont, par nature, étroitement liées. Dès lors, ce que nous avons dit de la définition des différends juridiques s'applique *mutatis mutandis* aux paramètres fondamentaux servant à définir l'intérêt juridique du demandeur.

La partie titulaire du droit subjectif, quand elle invoque la violation d'un droit concret auquel l'autre partie s'oppose formellement, possède *eo ipso* un intérêt juridique. Dans ce cas de figure, la présomption d'intérêt juridique s'applique. L'intérêt juridique fait en réalité partie intégrante de la notion de droit subjectif.

65. Le demandeur, tout comme le défendeur, est un Etat qui est partie à un certain nombre de traités multilatéraux en vigueur, dont il reproche l'inobservation au défendeur. Etant donné que ces traités internationaux confèrent aux parties des droits et obligations subjectifs réciproques, la partie dont un droit subjectif a été violé est fondée à revendiquer la protection dudit droit (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 45, par. 80; p. 46, par. 86). L'existence du droit subjectif n'aurait plus de fondement si la partie qui en est titulaire ne possède pas d'intérêt juridique à assurer sa protection. Cette présomption d'intérêt juridique au profit de l'Etat titulaire du droit subjectif est solidement confortée par une autre raison liée à la nature même de la communauté internationale moderne. En raison de la règle générale interdisant de se faire justice soi-même, l'Etat dont les droits ont été violés ne dispose pas de moyens juridiques efficaces pour défendre ses droits subjectifs. En conséquence, il serait commode de tenir comme établie l'existence de l'intérêt juridique chaque fois qu'est alléguée une violation des règles du droit international, qu'il s'agisse de règles

rules of international law, either conventional or customary, as a sort of *actio condemnatoria* in the proceedings before the Court

The position of multilateral and bilateral treaties containing compromissory clauses is rather specific. The compromissory clause *per se et a priori* proves the existence of the legal interest of the party and therefore need not be either presumed or proved (*action attitrée*). Considered *stricti juris*, the right to legal protection in the case of a compromissory clause is not deduced from the legal interest of the applicant, but derives directly from the compromissory clause as a treaty provision.

* * *

66. Summary removal as such might constitute an administrative action of the Court, either *proprio motu* or at the request of the Respondent to reject the Application *in limine litis*. In either case the validity of summary removal is, to say the least, of a dubious nature.

Summary removal as an action of the Court *proprio motu* has lost the *ratio* of its existence by the introduction of Article 38, paragraph 5, of the Rules of Court. Until then, it had been applied as a kind of extorted action of the Court in circumstances in which one State sues another without any existing title of jurisdiction and, in fact, called upon that State to accept the jurisdiction of the Court *ad hoc*⁹. *Cessante ratione, cessat ipsa lex*.

In the circumstances of effective seisin of the Court, summary removal at the request of the Respondent to the Court to reject the Application *in limine litis* is unacceptable. As such, summary removal would be in sharp contradiction with the duty of the Court to examine *ex officio* the ques-

⁹ Thus, the Court found itself in the situation of having to make a choice between Scilla and Haribda — or to allow the “case” to figure on the General List as a pending case for an indefinite period of time or to resort to the removal of the “case” from the General List as was done in a number of cases: *Treatment in Hungary of Aircraft and Crew of United States of America (United States of America v. Hungary)*, Order of 12 July 1954, I.C.J. Reports 1954, pp. 99-101, and *Treatment in Hungary of Aircraft and Crew of United States of America (United States of America v. Union of Soviet Socialist Republics)*, Order of 12 July 1954, I.C.J. Reports 1954, pp. 103-105; *Aerial Incident of 10 March 1953*, Order of 14 March 1956, I.C.J. Reports 1956, pp. 6-8; *Aerial Incident of 4 September 1954*, Order of 9 December 1958, I.C.J. Reports 1958, pp. 158-161; *Aerial Incident of 7 November 1954*, Order of 7 October 1959, I.C.J. Reports 1959, p. 276-278; *Antarctica (United Kingdom v. Argentina)*, Order of 16 March 1956, I.C.J. Reports 1956, pp. 12-14, and *Antarctica (United Kingdom v. Chile)*, Order of 16 March 1956, I.C.J. Reports 1956, pp. 15-17.

In the light of Article 38, paragraph 5, what the Court might do *proprio motu*, in specific circumstances and before effective seisin, is to take the initiative in removing a case from the General List which, in fact, is done in accordance with Article 88 or 89 of the Rules of Court. As a point of illustration, mention can be made of the case concerning *Maritime Delimitation between Guinea-Bissau and Senegal*, Order of 8 November 1995, I.C.J. Reports 1995, p. 423.

conventionnelles ou de règles coutumières, à la manière d'une *actio condemnatoria* dans les procédures engagées devant la Cour.

Le cas des traités multilatéraux ou bilatéraux énonçant une clause compromissoire est un cas à part. Une clause compromissoire prouve en soi et à priori l'existence de l'intérêt juridique de la partie, laquelle n'a donc pas à être présumée ni prouvée (action attitrée). D'un point de vue strictement juridique, le droit à la protection juridique quand il est énoncé une clause compromissoire ne procède pas de l'intérêt juridique du demandeur, ce droit procède directement de la clause compromissoire elle-même en tant que disposition conventionnelle.

* * *

66. En tant que telle, la procédure sommaire de radiation du rôle pourrait constituer une mesure administrative que la Cour prescrirait soit de sa propre initiative, soit à la demande du défendeur, pour rejeter la requête *in limine litis*. Dans un cas comme dans l'autre, la validité de cette procédure de radiation sommaire est à tout le moins contestable.

Cette radiation sommaire qui serait prescrite par la Cour *proprio motu* est privée de tout fondement par l'adoption des dispositions énoncées au paragraphe 5 de l'article 38 du Règlement de la Cour. Auparavant, elle avait été appliquée comme une sorte de mesure extorquée à la Cour lorsqu'un Etat intentait une action contre un autre Etat sans aucun titre de compétence, en le sommant à toutes fins pratiques d'accepter la compétence *ad hoc*⁹ de la Cour. *Cessante razione, cessat ipsa lex*.

Dans les cas de saisine effective de la Cour, il est inacceptable que la Cour raye sommairement une affaire du rôle pour acquiescer à la demande d'un défendeur qui la prie de rejeter la requête *in limine litis*. Une telle action contreviendrait gravement à l'obligation incombant à la Cour

⁹ Ainsi la Cour s'est-elle retrouvée dans la situation de devoir choisir entre Charybde et Scylla : soit autoriser l'« affaire » à figurer au rôle général pour un temps indéfini, soit prescrire sa radiation, comme cela a été fait dans un certain nombre de cas : *Traitement en Hongrie d'un avion des Etats-Unis d'Amérique et de son équipage* (Etats-Unis d'Amérique c. Hongrie), ordonnance du 12 juillet 1954, C.I.J. Recueil 1954, p. 99-101, et *Traitement en Hongrie d'un avion des Etats-Unis d'Amérique et de son équipage* (Etats-Unis d'Amérique c. Union des Républiques socialistes soviétiques), ordonnance du 12 juillet 1954, C.I.J. Recueil 1954, p. 103-105; *Incident aérien du 10 mars 1953*, ordonnance du 14 mars 1956, C.I.J. Recueil 1956, p. 6-8; *Incident aérien du 4 septembre 1954*, ordonnance du 9 décembre 1958, C.I.J. Recueil 1958, p. 158-161; *Incident aérien du 7 novembre 1954*, ordonnance du 7 octobre 1959, C.I.J. Recueil 1959, p. 276-278; *Antarctique (Royaume-Uni c. Argentine)*, ordonnance du 16 mars 1956, C.I.J. Recueil 1956, p. 12-14, et *Antarctique (Royaume-Uni c. Chili)*, ordonnance du 16 mars 1956, C.I.J. Recueil 1956, p. 15-17.

A la lumière du paragraphe 5 de l'article 38 du Règlement, ce que la Cour pourrait faire *proprio motu*, dans certaines circonstances et avant saisine effective, serait de décider de radier une affaire du rôle général, ce qu'elle fait en réalité en vertu des procédures prévues aux articles 88 et 89 du Règlement de la Cour. A titre d'exemple, on peut citer l'affaire de la *Délimitation maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, ordonnance du 8 novembre 1995, C.I.J. Recueil 1995, p. 423.

tion of its jurisdiction *in casu* on the basis of the general principle of *compétence de la compétence*. Having in mind the nature of the duty of the Court to examine *ex officio* its jurisdiction in the case at hand, it might even be said that summary removal in such circumstances would have the meaning of a kind of denial of justice.

Consequently, by the adoption of Article 38, paragraph 5, of the Rules of Court, “removal” acquires its appropriate meaning as simple removal as an accessory effect of declining jurisdiction by the Court’s judicial decision¹⁰.

III. THE ISSUE OF THE COMPOSITION OF THE COURT

67. The fundamental difference between the composition of the Court in the provisional measures phase of the proceedings, on the one hand, and its make-up in the preliminary objections phase of the proceedings, on the other, is noticeable. It calls for comments as a matter of principle.

During the provisional measures phase of the proceedings nine out of a total of ten respondent States had judges sitting on the Bench of the Court, irrespective of whether these were national judges (France, Germany, the Netherlands, the United Kingdom and the United States of America) or judges *ad hoc* (Belgium, Canada, Italy and Spain). Among the respondent States having no judge of their nationality on the Bench, only Portugal has not designated its judge *ad hoc*. The Applicant, for its part, had one judge *ad hoc* on the Bench.

In the preliminary objections phase, the Bench underwent a significant change. At the opening of the public sitting held on 19 April 2004, the President of the Court stated, *inter alia*, that

“[b]y letters dated 23 December 2003, the Registrar informed the Parties that the Court had decided . . . that the judges *ad hoc* chosen by the respondent States should not sit during the current phase of the procedure in these cases” (CR 2004/6, p. 6).

He also noted that “Judge Simma had previously considered that he should not take part in the decision of these cases and had so informed [the President] in accordance with Article 24 of the Statute” (*ibid.*, p. 7).

Thus, during the preliminary objections phase the Bench included three national judges on the side of the respondent States and one *ad hoc* judge on the side of the Applicant.

It is interesting to note that the Court, in adopting relevant decisions,

¹⁰ It might be mentioned in passing that the practice for the “removal clause” to be included at all into the *dispositif* of a judgment of the Court is open to question; not only because of the fact that, as a rule, a case which has been completed is removed automatically from the General List of pending cases, but also because of the nature of the judicial decision of the Court which concerns the parties to the dispute rather than a matter that, basically, concerns the internal functioning of the Court.

d'examiner d'office en l'espèce la question de sa compétence, sur la base du principe général de compétence de la compétence. Eu égard au contexte particulier dans lequel la Cour se doit d'examiner d'office sa compétence en la présente instance, on pourrait même considérer qu'une radiation sommaire du rôle équivaldrait dans les circonstances à une sorte de déni de justice.

En conséquence, l'adoption du paragraphe 5 de l'article 38 du Règlement de la Cour a conféré à la « radiation » son sens adéquat, celui d'un simple effet accessoire d'une décision judiciaire¹⁰ de la Cour, par laquelle celle-ci se déclare incompétente.

III. LA QUESTION DE LA COMPOSITION DE LA COUR

67. La différence fondamentale entre la composition de la Cour lors de la phase de la procédure consacrée aux mesures conservatoires, d'une part, et sa formation au stade des exceptions préliminaires, d'autre part, est manifeste. Elle appelle quelques observations de principe.

Lors de la phase de la procédure relative aux mesures conservatoires, neuf des dix Etats défendeurs étaient représentés sur le siège de la Cour, que ce fût par un juge de leur nationalité (France, Allemagne, Pays-Bas, Royaume-Uni et Etats-Unis d'Amérique) ou par un juge *ad hoc* (Belgique, Canada, Italie et Espagne). Parmi les Etats défendeurs non représentés sur le siège par un juge de leur nationalité, seul le Portugal n'a pas désigné de juge *ad hoc*. Le demandeur comptait pour sa part un juge *ad hoc* sur le siège.

Au stade des exceptions préliminaires, la composition de la Cour fut sensiblement modifiée. A l'ouverture de l'audience publique, le 19 avril 2004, le président de la Cour déclara notamment que

« [p]ar lettres datées du 23 décembre 2003, le greffier a[vait] informé les Parties que la Cour avait décidé ... que ... les juges *ad hoc* désignés par les Etats défendeurs ne siègeraient pas dans la présente phase de la procédure en ces affaires » (CR 2004/6, p. 6).

Le président ajouta que « le juge Simma avait auparavant estimé devoir ne pas participer au jugement de ces affaires et [lui] en avait fait part, conformément [à] ... l'article 24 du Statut » (*ibid.*, p. 7).

Ainsi, au stade des exceptions préliminaires, la Cour comptait-elle sur le siège trois juges nationaux pour les Etats défendeurs et un juge *ad hoc* pour le demandeur.

Il est intéressant de noter que la Cour a adopté pareilles décisions sans

¹⁰ On peut signaler au passage que la question de savoir si la « clause de radiation » doit figurer dans le dispositif d'un arrêt de la Cour reste posée; non seulement parce que la règle veut que soit automatiquement radiée du rôle général une affaire arrivée à son terme, mais aussi en raison de la nature de la décision judiciaire de la Cour, laquelle concerne les parties au différend plutôt qu'une question qui, fondamentalement, a trait au fonctionnement interne de la Cour.

failed to provide an explanation in more detail, both with respect to particular decisions concerning the composition of the Court in the proceedings on preliminary objections and with respect to the substantial change in the two successive phases of the proceedings.

In the provisional measures phase the Court, acting on the objections raised by the Applicant relating to the nominations of judges *ad hoc* by four respondent States, settled for a succinct formulation that the nominations were “justified in the present phase of the case”¹¹. The Court was somewhat more specific in the relevant decision relating to its own make-up in the preliminary objections phase. Even though, in contrast to the provisional measures phase, the Applicant raised no objections regarding the participation of judges *ad hoc* chosen by the respondent States. In deciding that “the judges *ad hoc* chosen by the respondent States should not sit during the current phase of the procedure” (CR 2004/6, p. 6), the Court invoked the fact of “the presence on the Bench of judges of British, Dutch and French nationality” (CR 2004/6, p. 6).

68. From the terse formulation relating to the acceptance of the nominations of judges *ad hoc* by four respondent States in the provisional measures phase one could infer that the Court, in adopting the decision that their nominations were justified, relied on the grammatical interpretation of the provision of Article 31, paragraph 3, of the Statute. Namely, Article 31, paragraph 3, provides that “[i]f the Court includes upon the Bench no judge of the nationality of the parties, each of these parties may proceed to choose a judge”. In other words, the Court followed the logic that the independent and inherent right of a party to choose a judge *ad hoc* on the basis of Article 31, paragraph 3, of the Statute, was not subject to any particular restrictions in this particular case. The Applicant founded its objection to the nomination of the judges *ad hoc* by four respondent States on the contention that they are parties in the same interest and that, consequently, paragraph 5 of Article 31 of the Statute should have been applied. The Court, in its decision does not deal specifically with this contention of the Applicant, although the decision itself implies that the Court rejected it.

69. The absence of an explanation leaves room for assumptions. One of them, it seems to me, that merits attention rests on the interpretation of the expression “several parties in the same interest” (Statute, Art. 31, para. 5). It has been said that

“Article 31, which uses a form of wording in the singular, ‘applies separately to each case on the Court’s List’. ‘In the presence of two

¹¹ *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium)*, Order of 2 June 1999, I.C.J. Reports 1999 (I), p. 130, para. 12; *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Canada)*, Order of 2 June 1999, I.C.J. Reports 1999 (I), p. 265, para. 12; *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Italy)*, Order of 2 June 1999, I.C.J. Reports 1999 (I), p. 487, para. 12; *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Spain)*, Order of 2 June 1999, I.C.J. Reports 1999 (II), p. 767, para. 12.

les expliquer plus avant, qu'il s'agisse des décisions relatives à sa composition dans la procédure sur les exceptions préliminaires ou du remaniement substantiel intervenu entre les deux phases successives de la procédure.

Au stade des mesures conservatoires, la Cour, répondant aux objections élevées par le demandeur contre la désignation d'un juge *ad hoc* par quatre Etats défendeurs, s'en est tenue à une formule succincte selon laquelle les désignations «se justifia[i]en[t] dans la présente phase de l'affaire»¹¹. La Cour fut un peu plus explicite dans sa décision concernant sa propre composition lors de la phase relative aux exceptions préliminaires, alors même que le demandeur, bien qu'il y fût opposé au stade des mesures conservatoires, n'élevait plus aucune objection contre la participation de juges *ad hoc* désignés par les Etats défendeurs. A l'appui de la décision selon laquelle «les juges *ad hoc* désignés par les Etats défendeurs ne siègeraient pas dans la présente phase de la procédure» (CR 2004/6, p. 6), la Cour invoqua «la présence sur le siège de juges de nationalité britannique, française et néerlandaise» (CR 2004/6, p. 6).

68. De la formule laconique utilisée pour approuver la désignation d'un juge *ad hoc* par quatre Etats défendeurs au stade des mesures conservatoires, l'on pouvait déduire que, en déclarant la désignation des intéressés justifiée, la Cour se fondait sur une interprétation grammaticale de la disposition énoncée au paragraphe 3 de l'article 31 du Statut, selon laquelle «[s]i la Cour ne compte sur le siège aucun juge de la nationalité des parties, chacune de ces parties peut procéder à la désignation d'un juge». En d'autres termes, la Cour a estimé que le droit indépendant et naturel d'une partie de désigner un juge *ad hoc* en vertu du paragraphe 3 de l'article 31 du Statut n'était soumis à aucune restriction particulière en l'espèce. Or, le demandeur contestait la désignation de juges *ad hoc* par quatre Etats défendeurs au motif que ceux-ci faisaient cause commune et que, par conséquent, le paragraphe 5 de l'article 31 du Statut aurait dû s'appliquer. La Cour ne traite pas spécifiquement de cet argument du demandeur dans sa décision, mais celle-ci signifie implicitement en soi que la Cour l'a rejeté.

69. Cette absence d'explication autorise plusieurs hypothèses. L'une d'elles, qui mérite selon moi d'être examinée, repose sur l'interprétation de l'expression «plusieurs parties [faisant] cause commune» (paragraphe 5 de l'article 31 du Statut). Il a été dit que :

«l'article 31, qui us[e] du singulier, «s'applique séparément à chaque affaire inscrite au rôle de la Cour». «En présence de deux affaires

¹¹ Voir *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique)*, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 130, par. 12; *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Canada)*, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 265, par. 12; *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Italie)*, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 487, par. 12; *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Espagne)*, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (II), p. 767, par. 12.

separate cases between two sets of parties (*even if one party is common to both cases*), Article 31, paragraph 5, has no application’.” (H. Thirlway, “The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1960-1989 (Part Eleven)”, *The British Year Book of International Law*, 2000, p. 167, emphasis added, citing joint declaration of Judges Bedjaoui, Guillaume and Ranjeva in *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 40.)

It appears that the interpretation is far too narrow and, in the light of the meaning and in particular of the application of Article 31, paragraph 5, of the Statute, arbitrary because it implies an indissoluble organic link between “parties in the same interest” and formal joinder, which is obviously not the case. The Court may find that the parties are in the same interest without having recourse to joinder. Moreover, it is said that “the ‘same interest’ provisions apply” only “in the case of the choice of judges *ad hoc*” (G. Guillaume, “La ‘cause commune’ devant la Cour internationale de Justice”, *Liber Amicorum — Mohammed Bedjaoui* (Emile Yakpo and Tahar Boumedra, eds.), 1999, p. 330 [translation by the Registry]). The jurisprudence of the Court was also formed in this sense¹².

Consequently, the provision of Article 31, paragraph 5, of the Statute according to which the parties in the same interest shall be reckoned as one party only, cannot be understood as being tantamount to joinder. Although the same interest of the parties constitutes an element of the notion of joinder, taken *per se* it neither constitutes formal joinder nor can be considered identical to it. Joinder implies that the parties in the same interest are reckoned as one party in the totality of their procedural position which, in addition to the appointment of a single judge *ad hoc* includes also one set of pleadings and a single judgment.

The parties in the same interest, in the sense of Article 31, paragraph 5, of the Statute, are reckoned as one party in a restricted, functional sense versus the process position of parties in its totality in the event of the issue of joinder, and that is the choice of judges *ad hoc*. The formulation according to which “several parties in the same interest . . . shall . . . be reckoned as one party only” (Statute, Art. 31, para. 5) is made not for the

¹² *Exempli causa*,

“in the *Fisheries Jurisdiction* cases, the Court did not join the cases, and rendered two distinct series of judgments, both on jurisdiction and on the merits. However, that did not prevent it from regarding the United Kingdom and Germany as being ‘in the same interest’ during the initial phase of the procedure.” (G. Guillaume, “La ‘cause commune’ devant la Cour internationale de Justice”, *Liber Amicorum — Mohammed Bedjaoui*, 1999, pp. 330, 334-335 [translation by the Registry]).

distinctes entre deux séries de parties (*même si l'une des parties est en cause dans les deux affaires*), le paragraphe 5 de l'article 31 ne trouve pas à s'appliquer.»» (H. Thirlway, «The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1960-1989 (Part Eleven)», *The British Year Book of International Law*, 2000, p. 167; l'auteur cite la déclaration commune des juges Bedjaoui, Guillaume et Ranjeva dans l'affaire relative à des *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, *exceptions préliminaires, arrêt*, C.I.J. Recueil 1998, p. 40; les italiques sont de moi.)

Or, c'est là une interprétation bien trop réductrice et aussi — compte tenu du sens et, en particulier, de l'application du paragraphe 5 de l'article 31 du Statut — arbitraire car elle suppose l'existence d'un lien organique indissoluble entre les «parties f[aisant] cause commune» et la jonction formelle d'instances, lien qui n'existe naturellement pas. La Cour peut fort bien considérer que les parties font cause commune sans prononcer la jonction d'instances. En outre, il a été dit que «les dispositions sur la cause commune trouv[ai]ent à s'appliquer» uniquement «à l'occasion de la désignation des juges *ad hoc*» (G. Guillaume, «La «cause commune» devant la Cour internationale de Justice», *Liber Amicorum — Mohammed Bedjaoui*, Emile Yakpo et Tahar Boumedra, dir. publ., 1999, p. 330). C'est ce que confirme aussi la jurisprudence de la Cour¹².

Dès lors, la disposition énoncée au paragraphe 5 de l'article 31 du Statut, selon laquelle les parties faisant cause commune ne comptent que pour une seule, ne saurait être assimilée à la jonction d'instances. Si le fait que les parties font «cause commune» est l'un des éléments de la jonction d'instances, cette cause commune ne constitue pas pour autant, en tant que telle, une jonction formelle, pas plus qu'elle ne peut être tenue pour identique à celle-ci. La jonction d'instances signifie que les parties faisant cause commune ne comptent que pour une seule dans l'ensemble de leurs démarches procédurales qui, outre la désignation d'un seul juge *ad hoc*, comprennent également un seul jeu d'écritures et un arrêt unique.

Si les parties faisant cause commune au sens du paragraphe 5 de l'article 31 du Statut ne comptent que pour une seule, c'est, par opposition à la jonction d'instances qui suppose une position unique des parties dans l'ensemble de leurs démarches procédurales, dans un sens restreint et fonctionnel, c'est-à-dire uniquement pour le choix du juge *ad hoc*. La formule selon laquelle «les parties f[aisant] cause commune ... ne comptent

¹² Par exemple, dans

«les affaires de la *Compétence en matière de pêcheries*, la Cour n'a pas prononcé une telle jonction et a rendu deux séries d'arrêts distincts, tant sur la compétence que sur le fond. Mais cela ne l'a pas empêchée de regarder le Royaume-Uni et l'Allemagne comme faisant «cause commune» dans la première phase de la procédure.» (G. Guillaume, «La «cause commune» devant la Cour internationale de Justice», *Liber Amicorum — Mohammed Bedjaoui*, 1999, p. 330 et 334-335.)

purpose of a joinder but “for the purpose of the preceding provisions” (Statute, Art. 31, para. 5) of Article 31 regulating equalization of the parties before the Court.

If we continue for a moment to use the terminology of joinder, we could possibly qualify the parties in the same interest, in the sense of Article 31, paragraph 5, of the Statute, as a kind of small or procedural joinder substantively and functionally linked with the choice of judges *ad hoc* on the basis of the provisions of Article 31 of the Statute of the Court.

70. The fundamental difference in the composition of the Court in the provisional measures phase as against the preliminary objections phase could be defended with the argument that in the provisional measures phase the Court was not in a position to ascertain the positions of the respondent States vis-à-vis the demands of the Applicant. The argument bears a certain weight but it should not be overestimated in this particular case for two reasons at least. *Primo*, the question of the composition of the Court is a matter of public order (in the Advisory Opinion case concerning *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* (hereinafter referred to as “*Namibia*”), Vice-President Ammoun pointed out in his separate opinion that it relates to “the rule of . . . very equality which the Statute seeks to safeguard through the institution of judges *ad hoc*” (*I.C.J. Reports 1971*, p. 68)) possessing “absolute logical priority” (*ibid.*, p. 25, para. 36; see also *Western Sahara, Order of 22 May 1975, I.C.J. Reports 1975*, pp. 7-8; *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, p. 17-18, para. 13). *Secundo*, the indication for consideration of the same interest of the respondent States was provided in the Application itself which related to all the ten respondent States with identical statements of facts and law. The Application itself offered the basis for a *prima facie* appreciation of the facts and law for the treatment of “the appointment of a judge *ad hoc* . . . as a preliminary matter” (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 25, para. 36). *Tertio*, the urgency of the proceedings for interim measures could hardly be deemed to have been an obstacle to such proceedings in this particular case, because the proceedings for interim measures themselves lasted over 30 days, counting from the date of submission of the request to the date of the rendering of the order.

71. The decision regarding the composition of the Court in both phases, the provisional measures phase and the preliminary objections phase, was adopted informally, being intimated to the Parties by the Registrar. (The Court has thus departed from the practice established in the *South West Africa* cases (cf. *Order of 18 March 1965, I.C.J. Reports 1965*, p. 3) in which the decision about the composition of the Court was adopted in the

... que pour une seule» (Statut, art. 31, par. 5) ne vise pas une jonction mais «l'application des dispositions qui précèdent» (Statut, art. 31, par. 5) de l'article 31, lesquelles réglementent l'égalité entre les parties étant devant la Cour.

Si nous restons encore un instant dans le registre de la jonction d'instances, nous pourrions peut-être même dire de la situation de parties faisant cause commune au sens du paragraphe 5 de l'article 31 du Statut que c'est une sorte de jonction restreinte ou d'ordre procédural liée, au fond et dans la pratique, à la désignation de juges *ad hoc* sur la base des dispositions de l'article 31 du Statut de la Cour.

70. La Cour aurait pu justifier cette différence fondamentale de sa composition au stade des mesures conservatoires par opposition à celui des exceptions préliminaires en faisant valoir que, au stade des mesures conservatoires, elle n'était pas en mesure d'analyser quelle position les Etats défendeurs adoptaient sur les demandes du demandeur. Il faut sans doute reconnaître à cet argument un certain poids, mais il ne faut cependant pas trop lui en accorder dans la présente affaire, et ce pour au moins deux raisons. Premièrement, la question de la composition de la Cour relève de l'ordre public (dans l'opinion individuelle qu'il joignit à l'avis consultatif sur les *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité* (ci-après dénommé avis consultatif relatif à la «*Namibie*»), le juge Ammoun, vice-président, souligna que cette question touchait à «la règle de l'égalité que le Statut de la Cour a[vait] voulu justement sauvegarder par l'institution du juge *ad hoc*» (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 68)), règle présentant une «priorité logique absolue» (*ibid.*, p. 25, par. 36; voir également *Sahara occidental, ordonnance du 22 mai 1975, C.I.J. Recueil 1975*, p. 7-8; *Sahara occidental, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975*, p. 17-18, par. 13). Deuxièmement, la cause commune des Etats défendeurs ressortait de la requête elle-même, qui présentait à l'encontre des dix pays un exposé des faits et du droit identique. La requête permettait, en soi, d'apprécier *prima facie* les faits et le droit pour traiter «la désignation d'un juge *ad hoc* ... comme une question préliminaire» (*Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 25, par. 36). Troisièmement, on voit mal comment l'urgence de la procédure relative aux mesures conservatoires aurait pu être perçue comme un obstacle à une telle démarche en l'espèce, cette procédure ayant elle-même duré trente jours à compter de la date du dépôt de la requête jusqu'à celle du prononcé de l'ordonnance.

71. La décision relative à la composition de la Cour dans les deux phases (celle des mesures conservatoires et celle des exceptions préliminaires) a été adoptée de manière informelle, ayant été annoncée aux Parties par le greffier (la Cour s'est ainsi écartée de la pratique établie dans les affaires du *Sud-Ouest africain* (cf. *ordonnance du 18 mars 1965, C.I.J. Recueil 1965*, p. 3), dans lesquelles elle avait décidé de sa composition par voie d'ordon-

form of an order.) This practice possessed certain inherent advantages, both formal and those of a substantive nature. As far as the formal advantages are concerned, it is difficult to understand that the issue of composition of the Court is regulated informally, at least when more delicate and controversial cases are in question, whereas issues, such as the appointment of experts of the Court (cf. *Corfu Channel, Order of 19 November 1949, I.C.J. Reports 1949*, p. 237; *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Appointment of Expert, Order of 30 March 1984, I.C.J. Reports 1984*, p. 165), the appointment of experts to assist the parties to implement a judgment (cf. *Frontier Dispute, Nomination of Experts, Order of 9 April 1987, I.C.J. Reports 1987*, p. 7), or decisions on a request for an inspection *in loco* (cf. *South West Africa, Order of 29 November 1965, I.C.J. Reports 1965*, p. 9; *Gabèikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Order of 5 February 1997, I.C.J. Reports 1997*, p. 3) are dealt with through a formal order. Although there is no difference in the legal effect of decisions adopted informally or in the legal effect of those adopted in a formal manner, the manner in which a decision of the Court is embodied bears the meaning of an implicit evaluation of the issues being the object of the decision. This practice is all the more surprising having in mind that the question of the composition of the Court is not a purely procedural matter, but, in cases such as the case in hand, a matter of public order that indirectly concerns the principle of equality of States as one of the fundamental principles of international law which falls within *corpus juris cogentis*.

Also indisputable, it seems to me, are the substantive advantages of making decisions on the composition of the Court in a formal manner. They emanate from the very structure of the order, in particular from the special considerations that the Court had in mind making the order and reasons justifying a particular decision on the composition of the Court. Thus, an easier and more reliable interpretation of the decision of the Court is enabled and, equally important, a consolidation of jurisprudence of the Court on the matter.

72. The decision of the Court by which three respondent States (Belgium, Canada and Italy) have been denied the extension of the appointments of their judges *ad hoc* in the preliminary objections phase, and denying Portugal the right to appoint a judge *ad hoc*, is based on Article 31, paragraph 5, of the Statute which provides that “[s]hould there be several parties in the same interest, they shall, for the purpose of the preceding provisions, be reckoned as one party only. Any doubt upon this point shall be settled by the decision of the Court.”

(a) As regards Belgium, Canada and Italy, the Court adopted the relevant decision “pursuant to Article 31, paragraph 5, of the Statute, *taking into account the presence on the Bench of judges of British, Dutch and French nationality*” (CR 2004/6, pp. 6-7; emphasis added). The interpretation of this explanation of the Court’s decision inevitably leads to the conclusion that the Court considered not only Belgium, Canada and Italy

nance). Cette pratique présentait certains avantages intrinsèques, tant du point de vue de la forme que de celui du fond. En ce qui concerne les avantages formels, il est difficile de saisir pourquoi la Cour règle de manière informelle la question de sa composition, du moins lorsque des affaires plus délicates et controversées sont en cause, alors qu'elle traite par voie d'ordonnance formelle des questions comme la désignation d'experts à son service (cf. *Détroit de Corfou*, ordonnance du 19 novembre 1949, C.I.J. Recueil 1949, p. 237; *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, nomination d'expert, ordonnance du 30 mars 1984, C.I.J. Recueil 1984, p. 165), la désignation d'experts chargés d'aider les parties à mettre un arrêt en œuvre (cf. *Différend frontalier*, désignation d'experts, ordonnance du 9 avril 1987, C.I.J. Recueil 1987, p. 7) ou les demandes de descente sur les lieux (cf. *Sud-Ouest africain*, ordonnance du 29 novembre 1965, C.I.J. Recueil 1965, p. 9; *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, ordonnance du 5 février 1997, C.I.J. Recueil 1997, p. 3). Il n'y a certes aucune différence entre l'effet juridique de décisions adoptées à titre informel et l'effet juridique de décisions formelles, mais la manière dont la Cour se prononce traduit cependant une appréciation implicite des questions faisant l'objet de la décision. Cette pratique est d'autant plus surprenante quand on sait que la question de la composition de la Cour n'est pas une question purement procédurale, mais est, dans des affaires comme celle qui nous occupe ici, une question d'ordre public qui intéresse indirectement le principe de l'égalité des Etats, l'un des principes fondamentaux du droit international qui relève du *corpus juris cogentis*.

Il est également incontestable, me semble-t-il, que donner un caractère formel aux décisions de la Cour sur sa composition présente des avantages quant au fond. Ceux-ci tiennent à la structure même de l'ordonnance, et surtout aux considérations spéciales que la Cour avait à l'esprit en la rendant et aux raisons justifiant sa décision sur sa composition. La Cour permet ainsi une interprétation plus aisée et plus sûre de sa décision et, ce qui est tout aussi important, consolide sa jurisprudence sur le sujet.

72. En décidant de refuser à trois Etats défendeurs (la Belgique, le Canada et l'Italie) la prorogation du mandat de leur juge *ad hoc* au stade des exceptions préliminaires, et en refusant au Portugal le droit de désigner un juge *ad hoc*, la Cour s'est fondée sur le paragraphe 5 de l'article 31 du Statut, lequel dispose que «[l]orsque plusieurs parties font cause commune, elles ne comptent, pour l'application des dispositions qui précèdent, que pour une seule. En cas de doute, la Cour décide.»

a) S'agissant de la Belgique, du Canada et de l'Italie, la Cour a pris cette décision «en application du paragraphe 5 de l'article 31 de son Statut..., compte tenu de la présence sur le siège de juges de nationalité britannique, française et néerlandaise» (CR 2004/6, p. 6-7; les italiques sont de moi). A l'interpréter, on conclut nécessairement de cette explication de la décision de la Cour que cette dernière considérait non seulement que la Belgique, le

as parties in the same interest, but also France, the Netherlands and the United Kingdom.

The effect of Article 31, paragraph 5, of the Statute obviously could not have been the deprivation of Belgium, Canada and Italy's right, "reckoned as one party only", to have upon the Bench a single judge *ad hoc*, but of the extension of the appointments of judges *ad hoc* which they had appointed individually in the provisional measures phase. The deprivation was legally founded only if the Court had found that these three respondent States, together with France, the Netherlands and the United Kingdom, were in the position of "parties in the same interest". The argument of the Court is suggestive of this but not explicit, because it only referred to the "presence on the Bench of judges of British, Dutch and French nationality" (CR 2004/6, p. 6) as *ratio* of exclusion of the right of Belgium, Canada and Italy to choose a single judge *ad hoc* without saying that all of them were parties in the same interest. A direct *nexus* between these two matters — on the one hand, the deprivation of the three respondent States, having no judge of their nationality on the Bench, of their right to choose a single judge *ad hoc*, and, on the other hand, the presence on the Bench of judges of the nationality of the three other respondent States, having judges of their nationality on the Bench — is only possible to establish on the basis of the same interest position of all these respondent States.

(b) As far as Germany is concerned, as Judge Simma had considered that he should not take part in the decision in this case, Germany, on the basis of Article 37, paragraph 1, of the Rules of Court became "entitled to choose a judge *ad hoc* within a time-limit to be fixed by the Court, or by the President". The Court, however, decided that the entitlement under Article 37 is non-existent *in casu* "pursuant to Article 31, paragraph 5, of the Statute" (CR 2004/6, p. 7). In other words, the Court subsumed the position of Germany in this particular matter under Article 37, paragraph 2, of the Rules of Court which provides that "[p]arties in the same interest shall be deemed not to have a judge of one of their nationalities . . . if the Member of the Court . . . is or becomes unable to sit" (emphasis added).

Consequently, the Court, proceeding from the "same interest" provision embodied in Article 31, paragraph 1, of the Statute and elaborated in Article 37, paragraphs 1 and 2, of the Rules of Court, by its decision notified to the Parties by letters of the Registrar dated 23 December 2003, took the position that all eight respondent States are parties in the same interest.

73. The decision of the Court produced equalization effects in the composition of the Bench between the Applicant, on the one hand, and the Respondents, on the other.

The equalization effects are expressed on two levels:

- (i) on the level of the relation between the applicant State and those

Canada et l'Italie étaient des parties faisant cause commune, mais aussi qu'il en allait de même pour la France, les Pays-Bas et le Royaume-Uni.

Manifestement, l'effet du paragraphe 5 de l'article 31 du Statut ne pouvait pas être de priver la Belgique, le Canada et l'Italie, qui «ne comptent ... que pour une seule» partie, de leur droit d'être représentés sur le siège par un juge *ad hoc* unique, mais cet effet était de les priver de la prorogation du mandat des juges *ad hoc* que ces Etats avaient désignés individuellement au stade des mesures conservatoires. Or, ce refus de prorogation n'était fondé en droit que si la Cour avait conclu que ces trois Etats défendeurs se trouvaient être, avec la France, les Pays-Bas et le Royaume-Uni, dans la situation de «parties [faisant] cause commune». L'argument de la Cour donne à penser que tel est le cas, mais elle ne l'exprime pas clairement, puisqu'elle se borne à évoquer «la présence sur le siège de juges de nationalité britannique, française et néerlandaise» (CR 2004/6, p. 6) comme une raison justifiant d'exclure le droit de la Belgique, du Canada et de l'Italie de désigner un juge *ad hoc* unique sans déclarer que ces Etats faisaient tous cause commune. Pour établir un lien direct entre ces deux éléments — d'une part, le fait que les trois Etats défendeurs non représentés sur le siège par un juge de leur nationalité ont été privés de leur droit de désigner un juge *ad hoc* unique et, de l'autre, la présence sur le siège de juges de la nationalité des trois autres Etats défendeurs qui, eux, étaient bien représentés —, il faut nécessairement considérer que les Etats défendeurs en question faisaient tous cause commune.

b) En ce qui concerne l'Allemagne, le juge Simma ayant estimé devoir ne pas participer au jugement de l'affaire, elle était, sur la base du paragraphe 1 de l'article 37 du Règlement de la Cour, «autorisée à désigner un juge *ad hoc* dans un délai fixé par la Cour ou ... par le président». La Cour a toutefois déclaré que l'autorisation prévue à l'article 37 n'était en l'espèce pas applicable «en vertu du paragraphe 5 de l'article 31 du Statut» (CR 2004/6, p. 7). C'est-à-dire que la Cour a considéré que la situation de l'Allemagne relevait à cet égard des dispositions du paragraphe 2 de l'article 37 du Règlement, aux termes duquel «*[l]es parties faisant cause commune ne sont pas considérées comme comptant ... un juge de la nationalité de l'une d'elles* si le membre de la Cour ... n'est pas ou n'est plus en mesure de siéger» (les italiques sont de moi).

En conséquence, suivant la disposition relative à la «cause commune» qui est énoncée au paragraphe 1 de l'article 31 de son Statut et développée aux paragraphes 1 et 2 de l'article 37 de son Règlement, la Cour, par la décision qui fut notifiée aux Parties par le greffier dans des lettres datées du 23 décembre 2003, a adopté pour position que les huit Etats défendeurs faisaient tous cause commune.

73. Cette décision de la Cour a eu pour effet de rétablir, dans sa composition, l'égalité entre le demandeur et les défendeurs.

Ce rétablissement de l'égalité se manifeste à deux niveaux :

- i) au niveau de la relation entre l'Etat demandeur et ceux des Etats

respondent States having no national judge upon the Bench. Unlike the provisional measures phase, full equalization was realized in the preliminary objections phase in accordance with the perfectly coherent jurisprudence of the Court, thanks to the decision of the Court. (Cf. joint declaration of Judges Bedjaoui, Guillaume and Ranjeva, *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, *Preliminary Objections, Judgment*, *I.C.J. Reports 1998*, pp. 34-39);

- (ii) on the level of the relation between the applicant State and those respondent States having Members of their nationality upon the Bench. On this level partial equalization has been realized given the fact that Judge Simma had decided not to take part in the decision in the case, and the Court's decision that Germany, pursuant to Article 31, paragraph 5, of the Statute was not entitled to choose a judge *ad hoc*.

Thus the relation between the applicant State and the respondent States having Members of their nationality upon the Bench suffered a change in the concrete matter in comparison with the composition of the Court in the procedure on provisional measures — three respondent States (France, the Netherlands and the United Kingdom) have their national judges upon the Bench and the applicant State has a judge *ad hoc* on the Bench.

Can such a solution be considered tenable in law and justice? The answer to this question, it seems to me, is in the negative rather than in the positive.

In the construction of Article 31, paragraphs 1 to 5, of the Statute, the arithmetical equality of the numbers of judges upon the Bench having the nationality of the parties, in the relevant variants of the relation between the number of national judges (Art. 31, para. 1), national judges and judges *ad hoc* (Art. 31, para. 2) or judges *ad hoc* mutually (Art. 31, para. 3), figures as an expression of equality of the parties. Although equality of the parties is not exhausted in the arithmetical equality, it seems incontestable that, in the relations among States as sovereign political units, the arithmetical equality is an important constitutive element of equality: *a contrario*, the provisions of Article 31, paragraphs 1 to 5, of the Statute as such would be devoid of substance.

It is obvious that *in concreto* this arithmetical equality is non-existent despite the fact that the respondent States are parties in the same interest. What is involved, in fact, is but one example of inequality of the parties, inequality that comes about due to grammatical interpretation of Article 31, paragraph 4, of the Statute.

For as Judge Guillaume notes, referring to Article 31, paragraph 4, of the Statute,

“This provision guaranteed equality between the parties where

défendeurs qui ne comptaient sur le siège aucun juge national: grâce à ladite décision de la Cour, l'égalité, absente au stade des mesures conservatoires, était parfaite lors de la phase consacrée aux exceptions préliminaires, conformément à la jurisprudence tout à fait cohérente de la Cour (voir la déclaration commune de MM. les juges Bedjaoui, Guillaume et Ranjeva dans l'affaire des *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 34-39);

- ii) au niveau de la relation entre l'Etat demandeur et ceux des Etats défendeurs qui comptaient sur le siège un membre de leur nationalité: à ce niveau, l'égalité a été rétablie partiellement quand le juge Simma a décidé de ne pas participer au jugement de l'affaire et que la Cour a conclu que l'Allemagne, en application du paragraphe 5 de l'article 31, n'était pas habilitée à désigner un juge *ad hoc*.

Ainsi la relation entre l'Etat demandeur et les Etats défendeurs comptant sur le siège un membre de leur nationalité a-t-elle été concrètement modifiée par rapport à la composition de la Cour lors de la procédure sur les mesures conservatoires — trois Etats défendeurs (la France, les Pays-Bas et le Royaume-Uni) ont sur le siège un juge de leur nationalité et l'Etat demandeur y comptait un juge *ad hoc*.

Pareille solution est-elle défendable du point de vue du droit et de la justice? Il faut à mon sens répondre à cette question non par l'affirmative mais par la négative.

Lorsqu'on interprète les paragraphes 1 à 5 de l'article 31 du Statut, on voit que l'égalité arithmétique du nombre de juges sur le siège ayant la nationalité des parties, laquelle est assurée par des variantes du rapport entre le nombre de juges nationaux (art. 31, par. 1), le nombre de juges nationaux et de juges *ad hoc* (art. 31, par. 2) ou le nombre de juges *ad hoc*, réciproquement (art. 31, par. 3), constitue une expression de l'égalité des parties. Cette égalité des parties ne correspond certes pas exclusivement à l'égalité arithmétique, mais il semble toutefois incontestable que, dans les relations entre Etats en tant qu'entités politiques souveraines, l'égalité arithmétique est une composante importante de l'égalité: si tel n'était pas le cas, les dispositions des paragraphes 1 à 5 de l'article 31 du Statut seraient, en tant que telles, dénuées de substance.

Or, force est de constater que, concrètement, cette égalité arithmétique n'existe pas, bien que les Etats défendeurs fassent cause commune. En fait, nous sommes tout simplement face à un exemple d'inégalité entre les parties, inégalité due à une interprétation grammaticale du paragraphe 4 de l'article 31 du Statut.

En effet, comme M. le juge Guillaume, se référant au paragraphe 4 de l'article 31 du Statut, le fait observer,

«Ce texte permettait d'assurer l'égalité des parties dans l'hypo-

neither had a national on the Bench. Thus in such cases, whether there is a plurality of applicants, or of respondents, or of both, only one judge *ad hoc* is chosen to sit on each side.

The system worked equally well where the Court included a judge of the nationality of one of the parties and the latter objected to a plurality of applicants or respondents acting in the same interest and not having a judge of their own nationality present on the Bench. Here again, equality was effectively guaranteed.

On the other hand, the system was more open to criticism where on one side there were several States with judges of their nationality on the Bench, whereas on the other there was only one judge, or even merely a judge *ad hoc*.” (G. Guillaume, “La ‘cause commune’ devant la Cour internationale de Justice”, *Liber Amicorum — Mohammed Bedjaoui* (Emile Yakpo and Tahar Boumedra, eds.), 1999, pp. 328-329; emphasis added.)

It follows, consequently, that in the event of conflict between the principle of permanence of the Court and equality of parties “the authors of the Statute and Rules accorded priority to the principle of the permanence of the Court”, having restricted the application of the principle of equality of parties “in regard to choice of judges *ad hoc* to situations where the ‘common interest’ provisions apply” (*ibid.*, p. 330 [translation by the Registry]).

Such a state of affairs is hardly tenable. The deficiencies of the solutions enshrined in the Statute and in the Rules of Court cannot constitute a basis for a derogation of the fundamental principle of equality of parties. The principle of equality of parties is but one ingredient, a constitutive element of a broader principle of sovereign equality of States. Although the Statute and the Rules of Court are, by their nature, *jus specialis* designed to regulate the work of the Court, it cannot be accepted that they authorize, as such, the Court to disregard the relevant norms of general international law. And, as the Statute itself determines, the Court’s function “is to decide in accordance with international law” (Statute, Art. 38, para. 1). Especially as concerns contemporary international law which, unlike international law that was in effect at the time of drawing up of the Statute of the Permanent Court of International Justice, recognizes *jus cogens* the rules of overriding importance that, by definition, brook no competition of incongruous rules. And the principle of sovereign equality of States is undoubtedly a rule that belongs to *corpus juris cogentis*.

74. The issue of the realization of the overriding rule of equality of States in regard to the composition of the Bench is, basically, an issue of a technical, derivative nature. There are two ways that seem to be appro-

thèse où aucune des parties ne compte un de ses nationaux parmi les membres de la Cour. En pareil cas en effet, que l'on ait pluralité de demandeurs ou pluralité de défendeurs, voire pluralité à la fois de demandeurs et de défendeurs, un seul juge *ad hoc* est désigné pour siéger de chaque côté.

Le système était également satisfaisant dans le cas où figure parmi les membres de la Cour un juge ayant la nationalité de l'une des parties et lorsque cette partie est opposée à une pluralité de demandeurs ou de défendeurs faisant cause commune et n'ayant pas de juge de leur nationalité au sein de la juridiction. Là encore, l'égalité est en effet garantie.

En revanche la situation était plus critiquable lorsque, d'un côté, se trouvent plusieurs Etats ayant des juges de leur nationalité siégeant à la Cour tandis que, de l'autre, on ne compte qu'un juge, voire un juge *ad hoc*.» (G. Guillaume, «La «cause commune» devant la Cour internationale de Justice», *Liber Amicorum — Mohammed Bedjaoui*, Emile Yakpo et Tahar Boumedra, dir. publ., 1999, p. 328-329; les italiques sont de moi.)

Il s'ensuit donc que, en cas de conflit entre le principe de la permanence de la Cour et celui de l'égalité des parties, «les auteurs du Statut et du Règlement ont privilégié le principe de la permanence de la Cour», ayant restreint l'application du principe de l'égalité entre les parties «à l'occasion de la désignation des juges *ad hoc* ... [où] les dispositions sur la clause commune trouvent à s'appliquer» (*ibid.*, p. 330).

Pareil état de choses est difficilement acceptable. Les lacunes que présentent les solutions prévues dans le Statut et dans le Règlement de la Cour ne sauraient justifier une dérogation au principe fondamental de l'égalité des parties. Ce principe n'est qu'un ingrédient, une composante du principe plus général de l'égalité souveraine des Etats. Bien que le Statut et le Règlement de la Cour constituent, par nature, un *jus specialis* destiné à réglementer les travaux de la Cour, on ne saurait pour autant considérer que, en tant que tels, ils autorisent la Cour à faire fi des normes du droit international général en la matière. D'ailleurs, ainsi qu'il est dit dans le Statut lui-même, la mission de la Cour «est de régler [les différends] conformément au droit international» (Statut, art. 38, par. 1). Cela vaut d'autant plus lorsqu'il s'agit du droit international contemporain qui, à la différence du droit international en vigueur à l'époque de la rédaction du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, range dans le *jus cogens* les règles d'importance fondamentale, lesquelles, par définition, ne souffrent aucune concurrence de la part de règles incongrues. Or, le principe de l'égalité souveraine des Etats fait indubitablement partie intégrante du *corpus juris cogentis*.

74. La concrétisation du principe fondamental de l'égalité des Etats dans la composition de la Cour constitue fondamentalement une question accessoire d'ordre technique. Deux moyens semblent permettre

priate, independently or in combination, depending on the circumstances of a particular case. One of them boils down to the exemption of a Member or Members of the Court in the event that there exists inequality between the litigant parties in multiple cases in which one party is comprised of two or several States whose judges sit in the Court. Whereas the other party is composed of a State (or States) that do not have national judges or have a smaller number of national judges as compared to the other side. In such a case a solution could be found within the co-ordinates of the proposal submitted at the time of the revision of the Rules of Court in 1926, according to which:

“Where one of the parties is represented by two or more States having judges present on the Bench, only one of those judges, to be chosen by the States in question, may take part in the proceedings and judgment in the case.” (*Statut et Règlement de la Cour permanente de Justice internationale — Eléments d'interprétation*, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1934, p. 189, cited in G. Guillaume, “La ‘cause commune’ devant la Cour internationale de Justice”, *Liber Amicorum — Mohammed Bedjaoui* (Emile Yakpo and Tahar Boumedra, eds.), 1999, p. 329. [Translation by the Registry.]

Two objections could be raised with respect to this way of solving the issue. The first is that it implies revision of Article 31, paragraph 1, of the Statute. The objection is justified, but only partially, having in mind that, by the application of Article 24, paragraph 2, of the Statute, it is possible to achieve equalization even without a formal revision of the Statute. The circumstances that two or more States whose judges sit in the Court — States that are parties in the same interest — can be regarded by the President of the Court as a “special reason” for having recourse to the authority being at their disposal on the basis of Article 24, paragraph 2, of the Statute. It is difficult, however, to imagine that a broader application of this provision of the Statute is feasible, not only because of the principle of permanence of the function of a Member of the Court, but also because of the requirement relating to the minimal number of judges constituting the Court (Statute, Art. 25, para. 2). Still, the possibilities offered by this provision of the Statute should not be underestimated, especially if the principle of permanence is interpreted systematically, without the ingredients of a fetish. In that sense, the principle of permanence of the Court is of a relative nature, not only because of the provision of the Statute stipulating that a third of judges shall be elected every third year (Statute, Art. 13), but also because of the fact that a judge or judges may be prevented from sitting on the Bench for factual or legal reasons (Statute, Art. 23, para. 3, and Art. 24, para. 1).

The other manner would consist in giving the right to a party having no judge of its nationality on the Bench to nominate more than one judge *ad hoc* if equalization cannot be achieved in some other way. There exist no substantive obstacles in the Statute to this manner of equalization. The fact that Article 31, paragraph 2, of the Statute refers to the right of

d'assurer cette égalité, séparément ou conjointement, selon les circonstances. Le premier d'entre eux consiste simplement à dispenser un ou plusieurs membres de la Cour de siéger quand existe une inégalité entre les parties en litige dans les affaires multiples où l'une des parties comprend deux ou plusieurs Etats représentés sur le siège par un juge de leur nationalité, tandis que l'autre partie comprend un ou plusieurs Etats qui n'ont aucun juge national sur le siège ou qui en comptent moins que la partie adverse. En pareil cas, une solution consisterait peut-être à s'inspirer de la proposition qui fut faite en 1926, à l'époque de la revision du Règlement de la Cour, selon laquelle :

«Lorsqu'une des parties est représentée par deux ou plus de deux Etats qui ont des juges siégeant à la Cour, seul l'un de ces juges, désigné par lesdits Etats, pourra prendre part à la procédure et au jugement de l'affaire.» (*Statut et Règlement de la Cour permanente de Justice internationale — Eléments d'interprétation*, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1934, p. 189, cité in G. Guillaume, «La «cause commune» devant la Cour internationale de Justice», *Liber Amicorum — Mohammed Bedjaoui*, Emile Yakpo et Tahar Boumedra, dir. publ., 1999, p. 329.)

On peut formuler deux objections à l'encontre de cette manière de régler la question. La première est que cette solution oblige implicitement à reviser le paragraphe 1 de l'article 31 du Statut. Cette objection est justifiée, mais seulement en partie, si l'on se souvient que l'application du paragraphe 2 de l'article 24 du Statut permet d'assurer l'égalité sans même qu'il faille procéder à une revision formelle du Statut. Le fait que deux ou plusieurs Etats comptent des juges de leur nationalité sur le siège de la Cour, s'agissant d'Etats qui font cause commune, peut en effet être considéré par le président comme une «raison spéciale» d'exercer le pouvoir que lui confère le paragraphe 2 de l'article 24 du Statut. Toutefois, il est difficile d'envisager une application plus extensive de cette disposition du Statut, eu égard non seulement au principe de la permanence de la mission des membres de la Cour, mais aussi à la condition relative au nombre minimum de juges à réunir pour constituer la Cour (Statut, art. 25, par. 2). Pourtant, il ne faut pas sous-estimer les possibilités offertes par cette disposition du Statut, surtout si l'on interprète le principe de la permanence de façon systématique sans verser dans le fétichisme. En ce sens, le principe de la permanence de la Cour revêt un caractère relatif, en raison non seulement de la disposition du Statut prévoyant qu'un tiers de la Cour est élu tous les trois ans (Statut, art. 13), mais aussi du fait qu'un ou plusieurs juges peuvent être empêchés de siéger pour des raisons factuelles ou juridiques (Statut, art. 23, par. 3, et art. 24, par. 1).

Le second moyen consisterait à autoriser une partie non représentée sur le siège par un juge de sa nationalité à désigner plus d'un juge *ad hoc* si l'égalité ne peut être établie autrement. Rien, dans le Statut, ne fait vraiment obstacle à cette manière d'établir l'égalité. Le fait que le paragraphe 2 de l'article 31 du Statut confère à «toute autre partie» (c'est-à-

“any other party” (i.e., a party other than the party which has a judge of its nationality) to “choose a person to sit as judge” in the singular, cannot be regarded as a ban on “any other party” to choose more than one judge *ad hoc*. Article 31, paragraph 2, of the Statute is, both by diction and by the terms used, designed individualistically, i.e., one party (having a judge of its nationality on the Bench)/other party (party other than the party having a judge of its nationality on the Bench). When multiple cases, such as the cases at hand, are involved, the said provision should be interpreted teleologically.

A contrario, it remains unclear how equalization, as an expression and manner of ensuring the fundamental principle of equality of States, could be achieved. For it should be borne in mind that it is not only about nominal equality between parties, considering that even a quick look at the voting practice in the Court shows that differences between national judges and judges *ad hoc* in the cases in which States of their nationalities were involved are not so significant as usually presumed.

75. The schedule of public hearings in the eight cases concerning the *Legality of Use of Force* held from 19 April 2004 to 23 April 2004, taken *per se* and in particular in connection with the decision of the Court relating to the composition of the Court in these cases, represents a specific and unusual approach of the Court.

Prima facie, the schedule of public hearings reflects the idea of consolidation of separate proceedings in the sense of a logical order of the hearings. More precisely, during the first round of pleadings on the preliminary objections held on 19 and 20 April, all eight respondent States submitted their pleadings, whereas the Applicant did so on 21 April 2004. The schedule was basically applied to the second round of pleadings, so that 22 April 2004 was reserved for the eight respondent States and 23 April 2004 for the Applicant. However, a couple of things contradict a simple equalization of this schedule of public hearings with the consolidation of separate proceedings. *Primo*, the schedule departs from the logical and normal practice that after the pleading of one respondent State, who raised preliminary objections, there follows the pleading of the Applicant, bearing in mind that a separate pleading is in question. It is possible to argue that eight respondent States were in question, so that the schedule of public hearings in the form in which it is designed was meant to avoid possible duplication in the arguments of the Parties, in particular that of the Applicant. Leaving aside the fact that such reasoning implies also substantive similarity or identity of pleadings of the respondent States, it is clear already from a quick reading of the official records of pleadings that, as designed, the schedule of public hearings did not exclude duplication of arguments. *Secundo*, the order of pleadings of the respondent States does not correspond to their order in the List of pending cases. Moreover, it is in contrast also with the order of pleadings of the respondent States in the provisional measures phase of the cases.

dire toute partie autre que celle représentée par un juge de sa nationalité) le droit de «désigner une personne de son choix pour siéger en qualité de juge», au singulier, ne saurait être interprété comme interdisant que «toute autre partie» désigne plus d'un juge *ad hoc*. Le paragraphe 2 de l'article 31 du Statut, tant dans sa syntaxe que dans ses termes, est conçu dans une optique individuelle, c'est-à-dire suivant l'opposition entre une partie (ayant sur le siège un juge de sa nationalité)/l'autre partie (autre que celle ayant sur le siège un juge de sa nationalité). Mais quand il faut juger des affaires multiples comme celles qui nous occupent ici, cette disposition devrait être interprétée de manière téléologique.

Dans le cas contraire, on voit mal comment assurer ce rééquilibrage en tant qu'expression du principe fondamental de l'égalité des Etats et manière d'en garantir le respect. Car il ne faut pas oublier qu'il n'est pas seulement question d'une égalité symbolique entre les parties, puisqu'un simple coup d'œil à la pratique de la Cour lorsqu'elle vote montre que la différence entre les juges nationaux et les juges *ad hoc*, dans les affaires où des Etats de leur nationalité sont en cause, n'est pas si grande qu'on le pense généralement.

75. Le calendrier des audiences publiques tenues du 19 au 23 avril 2004 dans les huit affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, envisagé en tant que tel et, en particulier, au regard de la décision de la Cour sur sa composition dans lesdites affaires, représente une approche particulière et inhabituelle de la part de la Cour.

A première vue, le calendrier des audiences publiques paraît suggérer une intention de regrouper des procédures distinctes afin d'organiser les audiences selon un ordre logique. Plus précisément, lors du premier tour de plaidoiries sur les exceptions préliminaires, tenu les 19 et 20 avril, les huit Etats défendeurs ont tous plaidé tandis que le demandeur l'a fait le 21 avril 2004. Le second tour de plaidoiries a été en substance organisé de la même manière, de sorte que le 22 avril 2004 a été réservé aux huit Etats défendeurs et le 23 avril 2004 au demandeur. Cependant, trois éléments montrent que ce calendrier des audiences publiques ne peut pas être simplement assimilé à un regroupement de procédures distinctes. Premièrement, le calendrier s'écarte de la pratique logique et normale qui est que, à la suite de la plaidoirie d'un Etat défendeur ayant soulevé des exceptions préliminaires, le demandeur plaide à son tour, étant bien entendu qu'il s'agit de plaidoiries distinctes. On pourrait arguer que huit Etats défendeurs étaient en cause, de sorte que le calendrier des audiences publiques, tel qu'il a été établi, visait à éviter d'éventuelles redites dans les plaidoiries des Parties, en particulier dans celles du demandeur. Mis à part le fait qu'un tel raisonnement suppose également que les plaidoiries des défendeurs présentent au fond beaucoup de ressemblances et soient même identiques, il suffit de parcourir les comptes rendus officiels d'audience pour voir clairement que, tel qu'il était conçu, le calendrier des audiences publiques n'a pas empêché les redites. Deuxièmement, l'ordre de parole des Etats défendeurs ne correspond pas à l'ordre qui leur est attribué dans la liste des affaires pendantes. Il ne correspond pas non plus à l'ordre dans

The Court decided at the time that after Yugoslavia, as the applicant State, the respondent States should make their presentations in English alphabetical order (International Court of Justice, Press Release 99/19 of 7 May 1999), which is also the order of the cases in the official name of the cases on the Court's List of pending cases. This would not merit too much attention by itself. It could simply be a matter of convenience — if it were not followed also by grouping of the respondent States in the schedule of public hearings. Thus, within the framework of the first round of oral pleadings, the morning session of the Court on 19 April 2004 was reserved for Belgium and the Netherlands. Also, the morning session of the following day was reserved for Germany, France and Italy. Although the Court offered no explanation for the reasons for such a grouping, which cannot be taken as unusual, it is reasonable to assume that the Court relied, among other things, also on different jurisdictional claims pointed out by the applicant State. (Namely, with respect to Belgium and the Netherlands, the Applicant presented also additional titles of jurisdiction, i.e., Article 4 of the Convention of Conciliation, Judicial Settlement and Arbitration between Belgium and the Kingdom of Yugoslavia dated 25 March 1930, and Article 4 of the Treaty of Judicial Settlement, Arbitration and Conciliation between the Netherlands and the Kingdom of Yugoslavia dated 11 March 1931.) On the other hand, the process position of Germany, France and Italy is characterized by the fact that these three respondent States have not made a declaration of acceptance of the compulsory jurisdiction of the Court under Article 36, paragraph 2, of the Statute. *Tertio*, there has appeared an intriguing coincidence of the said grouping of the respondent States in the schedule of public hearings and of the composition of the Court derived from it, a composition that would completely fit in with the principle of equality of parties. If, *ex hypothesi*, joinder has been established for groups of cases in accordance with the schedule of public hearings held on 19 and 20 April 2004 (joinder for Belgium and the Netherlands, a second for Germany, France and Italy, and a third for the United Kingdom, Portugal and Canada), then the relation between the Applicant and the groups of respondent States included in the said joinders would be brought to the point of full equality of the Parties as far as the composition of the Court is concerned.

* * *

76. The question of *locus standi* of Serbia and Montenegro before the Court, or its jurisdiction, is one thing, and the question of the legality of use of force is another.

Due to the inherent features of the jurisdiction of the Court — the consensual nature coupled with limited access — the Court was not in a position to make a pronouncement with regard to the legality of use of force in these particular cases.

lequel les Etats défendeurs ont plaidé au stade des mesures conservatoires dans ces affaires. La Cour à l'époque a décidé qu'après la Yougoslavie, qui était l'Etat demandeur, les Etats défendeurs devraient plaider suivant l'ordre alphabétique anglais (Cour internationale de Justice, communiqué de presse 99/19 du 7 mai 1999), ce qui est également l'ordre dans lequel les affaires sont officiellement dénommées dans la liste des affaires pendantes inscrites au rôle de la Cour. Cela ne mérite pas en soi qu'on s'y attarde et ce pourrait simplement répondre à un souci de commodité s'il n'y avait pas eu aussi, par la suite, regroupement des Etats défendeurs dans le calendrier des audiences publiques. Ainsi, dans le cadre du premier tour de plaidoiries, l'audience tenue par la Cour le matin du 19 avril 2004 a-t-elle été réservée à la Belgique et aux Pays-Bas. De même, l'audience tenue le matin suivant a été réservée à l'Allemagne, la France et l'Italie. La Cour n'a pas précisé les raisons d'un tel groupement, lequel ne saurait être tenu pour inhabituel, mais on peut raisonnablement penser qu'elle avait tenu notamment compte de différents motifs de compétence invoqués par l'Etat demandeur (c'est-à-dire que, à l'égard de la Belgique et des Pays-Bas, le demandeur invoquait aussi des titres de compétence supplémentaires, soit l'article 4 de la convention de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage entre la Belgique et le Royaume de Yougoslavie, datée du 25 mars 1930, et l'article 4 du traité de règlement judiciaire, d'arbitrage et de conciliation entre les Pays-Bas et le Royaume de Yougoslavie, daté du 11 mars 1931). Ce qui caractérisait, en revanche, la situation de l'Allemagne, celle de la France et celle de l'Italie dans ces procédures, c'est qu'aucun de ces trois Etats défendeurs n'avait fait la déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour qui est prévue au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut. Troisièmement, on constate une coïncidence intéressante entre ledit regroupement des Etats défendeurs dans le calendrier des audiences publiques et la composition de la Cour qui peut en être déduite, composition qui répondrait pleinement au principe de l'égalité des parties. A supposer, par hypothèse, qu'il y ait jonction d'instances pour des groupes d'affaires constitués conformément au calendrier des audiences publiques tenues les 19 et 20 avril 2004 (soit une première jonction pour la Belgique et les Pays-Bas, une deuxième jonction pour l'Allemagne, la France et l'Italie et une troisième pour le Royaume-Uni, le Portugal et le Canada), le demandeur et les groupes d'Etats défendeurs visés par lesdites jonctions auraient alors été placés dans une position d'égalité parfaite du point de vue de la composition de la Cour.

* * *

76. La question de savoir si la Serbie-et-Monténégro a qualité pour ester devant la Cour ou si cette dernière est compétente est une chose, celle de la licéité de l'emploi de la force en est une autre.

En raison des caractéristiques inhérentes de sa compétence — le caractère consensuel et l'accès limité —, la Cour n'a pas été en mesure de se prononcer sur la licéité de l'emploi de la force dans les affaires en question.

This fact testifies by itself to the delicate position in which the Court, as the world Court, may find itself.

The Court, whose function is “to decide in accordance with international law” (Statute, Art. 38, para. 1) disputes as are submitted to it is, in these particular cases, hindered in a way in carrying out its function in regard to the issue that certainly cannot be regarded as an ordinary one.

The question of the use of force in relations between States in an ontological issue of the international order. It is a watershed of the primitive *de facto* order that is governed by the elements of constellation of powers and opportunism, and of the *de jure* international order embodied in the rule of law.

On this occasion it seems appropriate to observe that we are witnessing a cacophony of voices, coming as a rule from the circle of powerful and influential States, to the effect that the sovereignty of States is just history. As far as international law and the Court, as its organ, are concerned, it is painful and surprising to realize that, among the advocates of limited sovereignty, there can hardly be found those supporting a limitation of sovereignty in, probably, the only aspect where limitation of sovereignty — irrespective of the will of the States — corresponds with the idea of a legally organized international community. Namely, that disputes between States should be solved before the Court and not on the battlefield.

The *ratio* of existence of international law rests in its implementation, especially when it comes to rules that have an overriding character. Hence, one can understand the calls, or perhaps entreaties, addressed to the Court that

“Yugoslavia was at least entitled to deliberation on the merits of its claim . . . rather than being brushed off on a jurisdictional technicality” (Anthony D’Amato in “Review of the ICJ Order of June 2, 1999 on the Illegality [*sic*] of Use of Force Case”, as found in “Kosovo & Yugoslavia: Law in Crisis”, a presentation of Jurist (source: <http://jurist.law.pitt.edu/amato1.htm> at 22 November 2004)).

It remains for the Court, fettered by the strong rules of its jurisdiction, to appeal, if at all, to the Parties, somewhat quixotically, to be aware of their responsibilities under international law, following the practice in some previous cases (*exempli causa*, *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, *Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 456, para. 56) or to address the matter even in a more qualified manner.

(Signed) Milenko KREĆA.

Ce fait témoigne en soi de la position délicate dans laquelle la Cour, en tant que cour mondiale, peut se trouver.

La Cour, dont la mission est «de régler conformément au droit international» les différends qui lui sont soumis (Statut, art. 38, par. 1), est en quelque sorte empêchée dans les présentes affaires de s'acquitter de sa mission en ce qui concerne cette question, laquelle ne peut certainement pas être considérée comme une question ordinaire.

La question de l'emploi de la force dans les relations entre Etats touche à l'ontologie de l'ordre international. Elle est à la charnière entre l'ordre primitif *de facto*, régi par les alliances et l'opportunisme, et l'ordre international *de jure*, incarné par l'état de droit.

Il y a lieu ici de constater qu'il nous est servi une véritable cacophonie dont la source correspond généralement aux Etats puissants et influents, lesquels nous disent finalement que la souveraineté des Etats appartient désormais au passé. S'agissant du droit international et de la Cour, parce qu'elle en est l'organe, il est désolant et surprenant de voir que, parmi les partisans d'une souveraineté limitée, il ne s'en trouve guère pour préconiser une limitation de la souveraineté en ce qui concerne le seul aspect, car c'est probablement le seul, à l'égard duquel — indépendamment de la volonté des Etats — cette limitation répond à l'idée d'une communauté internationale juridiquement organisée, à savoir que les différends entre Etats doivent être réglés devant la Cour et non sur le champ de bataille.

La raison d'être du droit international réside dans sa mise en œuvre, à fortiori lorsqu'il s'agit de règles qui revêtent un caractère primordial. Partant, on peut comprendre les appels, ou peut-être devrait-on dire les exhortations, adressés à la Cour en ces termes :

«La Yougoslavie avait au moins droit à ce que la Cour délibère sur le fond de sa demande ... au lieu d'être écartée pour un point de procédure concernant la compétence» (Anthony D'Amato, in «Review of the ICJ Order of June 2, 1999 on the Illegality [*sic*] of Use of Force Case», extrait de «Kosovo & Yugoslavia: Law in Crisis», a presentation of Jurist (source: <http://jurist.law.pitt.edu/amato1.htm>, consulté le 22 novembre 2004)).

Il reste à la Cour, entravée par les règles rigoureuses qui gouvernent sa compétence, à rappeler peut-être aux Parties, sans grand espoir d'être entendue, les responsabilités qui sont les leurs en vertu du droit international, conformément à la pratique qu'elle a suivie dans quelques affaires antérieures (voir, par exemple, *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 456, par. 56); ou bien il lui reste à examiner la question, fût-ce de manière plus limitée.

(Signé) Milenko KREĆA.