

CrY

CR 2008/11 (traduction)

CR 2008/11 (translation)

Mercredi 28 mai 2008 à 10 heures

Wednesday 28 May 2008 at 10 a.m.

8 Le PRESIDENT : Veuillez-vous asseoir. La Cour se réunit ce matin pour entendre la suite des plaidoiries de la Croatie, et il me semble que c'est à vous, M. Crawford, de prendre la parole.

M. CRAWFORD : Merci, Madame le président, Messieurs de la Cour :

4. LA COMPÉTENCE DE LA COUR ET LE PRINCIPE DE LA CONTINUITÉ DE LA RESPONSABILITÉ

Introduction

1. C'est un honneur pour moi de plaider dans la présente instance au nom de la Croatie.

2. Comme l'avait annoncé M. Simonovic, il m'appartient maintenant de traiter de deux questions touchant la recevabilité. La première concerne la deuxième exception préliminaire de la Serbie, relative aux événements antérieurs au 27 avril 1992. La seconde concerne l'argument de la Serbie selon lequel certaines des demandes formulées par la Croatie dans ses conclusions quant aux remèdes sont irrecevables.

3. Bien entendu, ces deux exceptions ne sont que partielles. Elles n'empêcheront pas la Cour de connaître de l'affaire — si elle est compétente. Et nous en viendrons à la compétence, je peux vous l'assurer. Leur seul effet serait de limiter l'étendue de votre compétence *ratione temporis* ou les remèdes susceptibles d'être accordés.

4. Mon exposé sera bref car, pour nous, il est évident que les deux arguments touchent aux faits et au fond, et ne sont pas véritablement des questions de recevabilité, au moins pas au-delà d'un certain point très élémentaire. Madame le président, vous avez par deux fois maintenant averti les Parties qu'elles ne devaient s'aventurer dans les faits : je vais essayer de tenir compte de cet avertissement, et c'est pourquoi je serai bref.

La deuxième exception préliminaire de la Serbie

5. J'examinerai maintenant la deuxième exception préliminaire de la Serbie, à savoir : «La requête est irrecevable pour autant qu'elle renvoie à des actes ou omissions antérieurs au 27 avril 1992.» Il est frappant que le 27 avril 1992 était une proclamation de continuité. Le demandeur y voit aujourd'hui une solution de continuité.

6. Lundi nous avons entendu M. Djerić et M. Zimmermann se livrer à un pas de deux logique élaboré ou, si l'on compte l'agent de la Serbie, M. Varady, à un «pas de trois». Tous

9

visaient à rendre juridiquement impossible l'engagement de la responsabilité à raison des actes génocidaires commis par des entités serbes avant cette date¹. Mais la RFY n'était pas un Etat nouvellement indépendant au sens des conventions de Vienne de 1978 et 1983, et elle n'avait pas le privilège d'une ardoise vierge, ni du point de vue de la succession ni de celui de la responsabilité. Et ce sont les deux seules questions qui soient pertinentes : la question de la succession et la question de la responsabilité — il n'y en a pas de troisième. Dans ces deux domaines, le droit international est en soi cohérent : il vise à éviter les interruptions tant dans la couverture conventionnelle que dans la responsabilité pour les violations des traités.

7. S'agissant de la question de succession, elle est simple : le défendeur était-il continuellement lié par la convention sur le génocide ? M. Sands a montré qu'il l'était — de fait, le défendeur a expressément et inconditionnellement admis l'être. La fameuse lettre que le défendeur a adressée le 27 avril 1992 au Secrétaire général n'était pas une promesse, faite aux Etats qui acceptaient la thèse de la continuité de la RFY, selon laquelle la RFY ne commettrait pas de génocide ou d'autres actes contraires aux obligations conventionnelles de la RFSY. Elle n'était ni relative ni conditionnelle. Elle n'était pas non plus exprimée en termes prospectifs ; elle était rédigée en termes de continuité. Le défendeur était partie à la convention sur le génocide par l'effet de la succession dès le début de son existence en tant qu'Etat.

8. Je souligne que la succession est un mode distinct de participation à un traité. A la différence de tous les autres modes, elle rétroagit à la naissance de l'Etat successeur. Ce n'est pas, comme la Serbie a semblé le suggérer lundi, une adhésion déguisée. Elle n'est pas non plus exclue par l'article XI de la convention sur le génocide, qui ne concerne que la ratification et l'adhésion, et non la succession. En pratique, de nombreux Etats ont succédé à la convention sur le génocide, y compris la Croatie : il n'avait jamais été suggéré auparavant que l'article XI y mettait obstacle. Dire, comme l'ont fait lundi les conseils de la Croatie, que l'article XI a un tel effet est un argument désespéré².

¹ Voir, notamment, CR 2008/8, p. 54 et suiv. (Djerić) ; CR 2008/9, p. 8 et suiv. (Djerić) ; CR 2008/9, p. 13 et suiv. (Zimmermann) et CR 2008/9, p. 32-33 (Varady).

² Voir, notamment, CR 2008/8, p. 50-52.

9. Comme je l'ai dit, la succession est une forme de *transmission* de relations juridiques existantes, non un mode d'acquisition de relations juridiques nouvelles. Et l'objet de la succession est d'éviter toute solution de continuité. Lorsqu'un Etat succède à un traité, il est lié par ce traité *ab initio*, et doit rendre compte de toute violation de ce traité qui peut lui être attribuable en vertu des règles du droit international relatives à l'attribution.

10

10. Ceci est particulièrement important dans le cas des traités universels comme la convention sur le génocide. Il s'agit d'une convention déclaratoire et confirmatoire, non d'un arrangement synallagmatique entre Etats. Il n'y a pas deux types de génocide, le génocide conventionnel et le génocide coutumier — comme mes collègues de la Partie adverse l'ont laissé entendre lundi. Le génocide est une notion unitaire, il est contraire aussi bien au droit conventionnel qu'au droit coutumier. La convention sur le génocide ne vise pas un comportement qui lui est contraire, mais bien le «génocide ou ... l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III», une formulation délibérée. Et le génocide est ce qu'il y a de plus proche en droit international d'une idée absolue ; il ne s'entend pas relativement à tel ou tel Etat. Il y a juste le génocide par référence à la définition énoncée dans la Convention, et l'objet et le but de celle-ci appellent une application temporelle aussi large que possible, comme vous l'avez souligné en 1996.

11. Le problème fondamental est que la Serbie traite l'ordre juridique international comme un «club» fermé, avec des règles d'admission précises et strictes, et l'exclusion de tous ceux qui n'en sont pas membres. La date de la proclamation de l'indépendance d'un Etat est considérée comme décisive — avant cette date il ne peut y avoir d'obligations conventionnelles et donc de responsabilité pour leur violation.

12. Lorsque la dissolution d'un Etat est un processus ordonné arrêté d'un commun accord et qui se produit à un moment précis — comme elle peut l'être à l'occasion, tel fut le cas pour l'ex-Tchécoslovaquie — une telle approche peut être plus ou moins viable. Mais, en fait, même dans le cas de la Tchécoslovaquie il y a eu des problèmes — que la Cour a pris soin de minimiser sinon d'éviter totalement dans *Gabčíkovo-Nagymaros*. Je note qu'en l'occurrence le détournement du Danube a eu lieu avant la dissolution officielle de la Tchécoslovaquie, qu'elle s'est faite sous le contrôle de la Slovaquie et non de la Tchécoslovaquie, et que la responsabilité internationale de la Hongrie était déjà engagée, à strictement parler, envers la Tchécoslovaquie, non envers la

Slovaquie. Mais ces faits n'ont fait aucune différence quant au résultat, que ce soit du point de vue de la succession ou de celui de la responsabilité.

13. Mais lorsque la dissolution est un processus violent, désordonné et contesté — comme en l'espèce — la situation est tout à fait différente. La dissolution de la RFSY n'a pas du tout ressemblé à une admission dans un «club». Ceci est clairement expliqué par M. Brownlie dans les éditions successives de son manuel :

11

«Il n'est pas rare que les Etats apparaissent d'abord comme des entités belligérantes indépendantes relevant d'une autorité politique qui peut être appelée gouvernement provisoire et fonctionne effectivement comme telle ... [U]ne fois la qualité d'Etat fermement établie, il est justifiable, tant juridiquement que pratiquement, d'assumer la validation rétroactive de l'ordre juridique durant une période précédant la reconnaissance générale — période durant laquelle a existé un gouvernement ayant une certaine effectivité... [L]e principe de l'effectivité dicte l'acceptation, au moins à certaines fins juridiques, de la continuité avant et après que la qualité d'Etat a été fermement établie.»³ [*Traduction du Greffe.*]

14. Et l'une des fins juridiques pour lesquelles l'on admet «la continuité avant et après que la qualité d'Etat a été fermement établie» est la responsabilité internationale. La règle pertinente est, la Serbie le reconnaît, codifiée à l'article 10 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat, sur lequel je me pencherai bientôt. Je montrerai que la deuxième exception préliminaire confond des questions de recevabilité véritablement préliminaires avec la validité quant au fond des demandes de la Croatie, et qu'elle doit être rejetée en tant qu'exception préliminaire. J'admets que ce faisant, la Cour ne décidera pas — et n'aura pas même besoin d'envisager — quelle conduite, le cas échéant, antérieure au 27 avril 1992 est attribuable à l'Etat défendeur : l'attribution est une question de fond et vous ne préjugerez pas le fond en rejetant une exception préliminaire. J'admets aussi que c'est à la Croatie que la preuve de violations de la convention sur le génocide à raison d'actes commis avant cette date continuera d'incomber. Mais les questions de preuve sont elles aussi des questions de fond.

15. En bref, la Croatie, énonce trois propositions :

— proposition 1 : un Etat peut être responsable à raison du comportement de personnes agissant en son nom avant la date officielle à laquelle il est établi ou proclamé.

³ I Brownlie, *Principles of Public International Law* (6^e éd., Oxford, 2003), p. 77.

- proposition 2 : la question de savoir si l'Etat est ainsi responsable est une question d'attribution.
- proposition 3 : l'attribution d'un comportement à l'Etat est une question de fond, non de compétence ou de recevabilité.

Il découle de ces trois propositions que la deuxième exception préliminaire concerne le fond.

16. Je comprends que l'on puisse penser qu'il s'agit là d'une manière quelque peu abstraite et froide d'envisager la recevabilité dans une affaire de génocide. Mais la question de la recevabilité est une question catégorique : il ne s'agit pas de savoir si le défendeur est responsable en réalité — car le fond est suspendu par le fait même du défendeur. C'est qu'à priori le défendeur *ne peut pas* être responsable, et c'est ainsi que son conseil a présenté la chose hier.

12

17. Mais pour ne pas que l'on pense que je suis d'une froideur *excessive*, permettez-moi de donner un seul exemple factuel, en présentant mes excuses à la Cour. Madame le président, ce que je suis sur le point de dire est tiré de documents publics du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ; les références sont dans les notes. Dans le jugement rendu dans l'affaire *Babić*, il est dit que durant la période couverte par l'acte d'accusation, allant du 1^{er} août environ au 15 février 1992, les forces serbes, composées d'unités de la JNA, de la défense territoriale serbe locale et de la Serbie, d'unités de police serbes et d'unités paramilitaires ont attaqué des villes, des villages et des localités de la Krajina, c'est-à-dire en Croatie, et en ont pris le contrôle⁴. Selon la déposition faite par Babić dans l'affaire *Milošević*, toutes les personnes concernées en «Krajina» étaient sous le contrôle de l'ancien président Milošević et de Belgrade. Ceci comprenait l'ensemble de la structure militaire (la JNA, les forces de police et de défense territoriale de Serbie et de la «Krajina», ainsi que les unités paramilitaires, locales et importées de Serbie)⁵. Dans le second acte d'accusation dressé contre l'ex-président Milošević, l'accusation affirmait qu'il était responsable, entre autres, d'avoir participé à une entreprise criminelle commune et exercé un contrôle effectif sur d'autres participants à cette entreprise qui visait à occuper des régions de Croatie en vue du déplacement forcé de la population croate et du reste de la population non serbe⁶.

⁴ *Le procureur c. Babić*, affaire n° IT-03-72-S, chambre de première instance, jugement, 29 juin 2004, par. 14.

⁵ *Le procureur c. Milošević*, affaire n° IT-02-54-T, déposition, 3 décembre 2002, p. 13737, 13740 et 13744.

⁶ *Le procureur c. Milošević*, affaire n° IT-02-54-T, deuxième acte d'accusation modifié, 28 juillet 2004, par. 25-26.

Le jugement rendu dans l'affaire *Martić* a également montré que le défendeur avait participé directement à l'agression contre la Croatie et à l'occupation de ce pays par l'intermédiaire de son service de sécurité d'Etat (SDB) et de son ministère de l'intérieur⁷.

18. Je le souligne de nouveau : nous ne suggérons pas que la Cour doive à ce stade se pencher sur ces faits et questions. Mais ne nous y trompons pas — il s'agit de faits et de questions qu'il faudra examiner si vous avez compétence. Les arguments de la Serbie sur la recevabilité — question à laquelle ses conseils ont consacré lundi plus de la moitié de leur temps, sans compter les répétitions — visent en réalité à obtenir un jugement sur le fond par des moyens détournés, et sans avoir à déposer de contre-mémoire.

Je reviens maintenant à mes trois propositions.

13 Proposition 1 : un Etat peut être responsable à raison du comportement de personnes agissant pour son compte avant la date officielle de sa création ou de sa proclamation

19. Cette hypothèse revêt une importance particulière lorsque, comme en l'espèce, la succession est un processus et non un événement ponctuel. Le principe applicable est énoncé à l'article 10 des articles de la CDI, lequel se lit comme suit :

«Comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre

1. Le comportement d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement de l'État est considéré comme un fait de cet État d'après le droit international.
2. Le comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre qui parvient à créer un nouvel État sur une partie du territoire d'un État préexistant ou sur un territoire sous son administration est considéré comme un fait de ce nouvel État d'après le droit international.
3. Le présent article est sans préjudice de l'attribution à l'État de tout comportement, lié de quelque façon que ce soit à celui du mouvement concerné, qui doit être considéré comme un fait de cet État en vertu des articles 4 à 9.»

20. Permettez-moi tout d'abord de relever la différence existant entre les paragraphes 1 et 2. Le paragraphe 1 a trait aux mouvements rebelles dans un Etat existant, ce qui explique qu'il ne porte que sur les mouvements insurrectionnels. Le paragraphe 2 concerne, quant à lui, la situation d'un nouvel Etat et ne porte pas uniquement sur les mouvements insurrectionnels. Il s'applique au comportement de tout mouvement, insurrectionnel *ou autre*, qui parvient à créer un nouvel État.

⁷ *Le procureur c. Martić*, affaire n° IT-95-11-T, jugement, 12 juillet 2007, par. 141-142.

Or, tel a précisément été le cas en l'espèce. J'insiste sur les mots «ou autre», dont les conseils de la Serbie ont eu tendance à faire fi⁸.

21. Le commentaire de l'article 10 précise clairement cela :

«Lorsque le mouvement insurrectionnel ou autre réussit à créer un nouvel Etat sur une partie du territoire de l'Etat préexistant ou sur un territoire qui était précédemment sous son administration, l'attribution au nouvel Etat du comportement du mouvement insurrectionnel ou autre est à nouveau justifiée par la continuité entre l'organisation du mouvement et l'organisation de l'Etat auquel celui-ci a donné naissance. En effet, l'entité qui avait auparavant les caractéristiques d'un mouvement insurrectionnel ou autre est devenue le gouvernement de l'Etat pour la création duquel elle luttait. L'Etat prédécesseur ne peut être tenu pour responsable de ces actions. La seule possibilité est donc que le nouvel Etat soit tenu d'assumer la responsabilité du comportement adopté en vue de sa propre création, et telle est la règle acceptée.»⁹

14 Je me permets de souligner le fait que la notion de «mouvement, insurrectionnel ou autre» est très large et factuelle. L'histoire a montré qu'il y a pour les mouvements de nombreuses manières — pas plus inhabituelles que celle-ci, pourrait-on dire — de créer de nouveaux Etats, et la notion de «mouvement» s'entend donc au sens large, et non dans le sens extrêmement restrictif suggéré par la Serbie.

22. Ce principe a été récemment illustré par une décision de la Commission des réclamations entre l'Erythrée et l'Ethiopie, laquelle a jugé que des Ethiopiens appartenant à l'ethnie érythréenne qui s'étaient inscrits pour voter lors du référendum sur l'indépendance de l'Erythrée avaient de ce fait — de par leur inscription — et indépendamment du fait qu'ils aient ou non voté et de la manière dont ils avaient voté, acquis la nationalité érythréenne en application d'une ordonnance de 1992. Cela est manifestement antérieur à l'indépendance officielle de l'Erythrée, laquelle — la Cour sera soulagée de l'apprendre — n'est intervenue qu'après le référendum ! L'Erythrée a, entre autres, fait valoir que, dans la mesure où elle n'était devenue un Etat qu'en 1993 et où ces personnes avaient pu être opposées à l'indépendance, on ne pouvait postuler qu'elles avaient choisi une nationalité qui n'était pas encore établie. La Commission a jugé que les personnes en question avaient acquis la nationalité érythréenne en 1992, ce qui n'était pas sans conséquences sur l'application du droit de la responsabilité entre les deux Etats. La Commission a indiqué ce qui suit :

⁸ Voir, entre autres, CR 2008/8, p. 54.

⁹ CDI, commentaire de l'article 10, par. 6 ; voir aussi par. 8.

«[L]a Commission n'est ... pas convaincue par l'argument de l'Erythrée selon lequel le fait de s'inscrire en tant que ressortissant érythréen aux fins de participer au référendum de 1993 est dépourvu de conséquences juridiques importantes. L'entité dirigeante qui a délivré ces cartes n'étaient pas encore officiellement reconnue comme indépendante ou comme membre de l'Organisation des Nations Unies, mais exerçait un contrôle effectif et autonome sur un territoire déterminé et une population permanente, et entretenait des relations effectives et importantes avec le monde extérieur, en particulier dans le domaine économique. A tous ces égards, elle présentait les caractéristiques d'un Etat du point de vue du droit international.

Compte tenu des circonstances inhabituelles de la transition ayant conduit à la création du nouvel Etat d'Erythrée et du comportement des deux Parties — avant et après le référendum de 1993 —, la Commission conclut que les personnes qui remplissaient les conditions requises pour participer au référendum ... sont devenues des citoyens du nouvel Etat d'Erythrée, conformément à la proclamation n° 21/1992 de l'Erythrée...»¹⁰. [*Traduction du Greffe*]

23. Madame le Président, Messieurs de la Cour, la logique rigide des conseils de la Serbie ne permettrait pas d'aboutir à un tel résultat, à savoir que la citoyenneté précède effectivement l'Etat. Mais le droit international n'est pas le produit de la logique, il est le fruit de l'expérience et la règle énoncée au paragraphe 2 de l'article 10 est, comme l'a précisé la CDI, «la règle acceptée».

15

24. Or, si l'on applique la règle acceptée à la présente espèce, il apparaît clairement qu'il y a eu un processus, un processus gouvernemental, et ce du début à la fin. De plus, ce processus s'est déroulé, en fait, sur le mode de la continuité. Les dates précises n'étaient pas essentielles et n'ont pas été présentées comme telles à l'époque. Il est juste de dire que c'est à son corps défendant que la FRY s'est constituée en Etat distinct, mais ça n'est pas une raison pour l'exonérer de sa responsabilité à raison du comportement de ses agents au cours dudit processus.

Proposition 2 : le fait de savoir si l'Etat est ainsi responsable est une question d'attribution

25. J'en viens maintenant à la deuxième proposition. Etant donné qu'il peut y avoir responsabilité, le fait de savoir si un Etat est responsable est une question d'attribution. Cette proposition découle maintenant de la première. Le fait de savoir si le nouvel Etat est responsable est une question d'attribution. L'article 10 est une règle spéciale d'attribution relative à une situation spécifique, ce qui explique qu'il vienne à la suite de l'article 9, autre règle spéciale de cette nature. Cette règle ne repose pas — contrairement à ce que les conseils de la Serbie ont laissé entendre lundi — sur la continuité de la personnalité juridique. Elle repose sur la continuité du

¹⁰ Commission des réclamations entre l'Erythrée et l'Ethiopie, Sentence partielle, Mauvais traitements des populations civiles — Réclamations de l'Erythrée N°s 15, 16, 23, 27-32, 17 décembre 2004, ILM, vol. 44, p. 601, p. 610-611 (par. 48-49, 51).

contrôle effectif. En fait, en dehors du contexte de la décolonisation, il est extrêmement rare qu'un mouvement engagé dans la création d'un nouvel Etat jouisse d'une forme quelconque de personnalité autonome, et il ressort clairement du commentaire que cela est dépourvu de pertinence aux fins de l'application du paragraphe 2 de l'article 10¹¹. Il s'agit plutôt d'une question de fait et de preuve propre au cas d'espèce.

Proposition 3 : l'attribution d'un comportement à un Etat est une question de fond, non de compétence ou de recevabilité

26. Cela m'amène déjà à notre troisième proposition. L'attribution d'un comportement à un Etat est une question de fond, non de compétence ou de recevabilité. Une fois accepté le principe établi au paragraphe 2 de l'article 10 — et la Serbie ne l'a pas contesté même si elle l'a mal compris et mal interprété —, il s'ensuit inévitablement que l'exception à la recevabilité doit être rejetée. Les exemples factuels que j'ai donnés (j'aurais pu en citer d'autres) montrent que la question se pose. La voilà plaidée. Aux fins de la recevabilité, c'est ce tout qui importe. L'évaluation des faits sera pour une autre fois ; elle ne relève pas de ce stade de la procédure.

27. Madame le président, Messieurs de la Cour, en résumé, le droit de la responsabilité permet d'attribuer le comportement d'un mouvement de quelque nature que ce soit à un Etat qui était en cours de formation au moment où ce comportement a été adopté. Cette règle d'attribution, consacrée au paragraphe 2 de l'article 10 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat, dépend de faits précis qui ne peuvent être étudiés à ce stade. L'argument de la Serbie sur la recevabilité doit être rejeté.

16 Troisième exception préliminaire : recevabilité des conclusions

28. J'en viens à présent, et avec davantage de concision, à ma deuxième tâche, celle qui consiste à répondre à l'argument de la Serbie selon lequel certains remèdes demandés par la Croatie dans ses conclusions sont irrecevables parce qu'ils sont d'une part sans objet et d'autre part non disponibles en principe. L'agent de la Croatie a abordé la question du défaut d'objet, je dirai quelques mots sur la recevabilité des conclusions en principe. Cette question est examinée au

¹¹ CDI, commentaire du paragraphe 2 de l'article 10.

chapitre 4 de nos observations écrites, dont je ne rappellerai pas le contenu ici, mais auquel il convient d'ajouter un bref commentaire.

29. Lundi, la Serbie a formulé un grief précis au sujet de la conclusion relative à la restitution des biens culturels. Au paragraphe 2 c) de nos conclusions, nous prions la Cour d'ordonner notamment au défendeur, si celui-ci est reconnu responsable de génocide, de «restituer sans délai au demandeur tout bien culturel relevant de sa juridiction ou de son contrôle saisi dans le cadre des actes de génocide dont [il] porte la responsabilité¹²».

Pour la Serbie la saisie de biens culturels ne pouvant être considérée comme un acte de génocide, ordonner leur restitution n'entre pas dans le champ d'application de la convention sur le génocide et la demande est donc irrecevable¹³.

30. Je commencerai par faire observer que cette question se pose uniquement si la Cour, premièrement, se déclare compétente pour connaître de cette demande et, deuxièmement, si elle la juge fondée au regard des faits. La question se posera alors de savoir ce que devra faire le défendeur au titre de réparation intégrale. Cette question devra être tranchée à la lumière des faits établis et des arguments des Parties, y compris de développements que pourrait connaître l'affaire jusqu'à la clôture des plaidoiries sur le fond. Demander en fait à la Cour, au stade actuel de l'examen de la recevabilité, de modifier les conclusions finales de la Croatie sur les remèdes demandés est pour le moins prématuré. La catégorie hétéroclite qu'est la recevabilité ne devrait pas être élargie indument, ni être utilisée pour soulever à l'avance des questions qui relèvent du fond. Autrement toute affaire contentieuse sera précédée d'une phase préliminaire contentieuse au cours de laquelle — sans l'avantage de la présentation complète des faits — la Cour sera effectivement priée d'anticiper quels remèdes doivent être exclus *in limine*. Je ne dis pas que ce pouvoir n'existe pas, mais je dis qu'il devrait uniquement être exercé dans le cadre d'une affaire claire. Cela n'est pas le cas en l'occurrence.

17

31. Pour en revenir au cas de l'espèce, il est vrai que la Croatie ne cherche pas seulement — même pas principalement en réalité — une indemnisation financière, bien que cette question reste une réalité. Dans ses conclusions, en sa qualité de *parens patriae* des victimes, outre

¹² MC, p. 414.

¹³ Voir notamment CR 2008/9, p. 29 (M. Zimmermann).

l'indemnisation de celles-ci, la Croatie demande des remèdes découlant tant des besoins des victimes et de leurs familles que de la convention sur le génocide et du droit international.

32. Bien entendu, établir que le génocide a été commis est une condition préalable à tous les autres remèdes, dont la compensation financière, mais aussi un remède en soi, comme la Cour l'a fréquemment dit.

33. Juger ceux qui semblent être responsables d'actes de génocide est l'essence de la convention sur le génocide dans ses deux aspects : la prévention et la répression.

34. Révéler où se trouvent des personnes disparues qui ont été victimes de génocide est une obligation bien ancrée dans la convention sur le génocide. Des gens ont été enlevés, assassinés, ou ont simplement «disparu» dans le cadre d'une campagne de génocide. Révéler la vérité sur ces personnes fait partie du processus d'établissement de la responsabilité pour le génocide. C'est également, une fois cette responsabilité établie, un remède important pour le groupe ethnique visé et les familles issues de ce groupe.

35. Enfin, il convient de se poser la question suivante : la perte du patrimoine culturel du groupe ethnique visé, sa destruction et son pillage délibérés peuvent-ils être considérés comme un génocide tel que défini en droit international ? Je n'essaierai même pas d'aborder cette question difficile en termes généraux. Il suffit de dire que pour la Croatie, la destruction délibérée et le pillage des biens culturels font partie d'un programme plus large d'activités, qui comprend l'extermination physique, visant l'extinction du groupe ethnique croate des territoires occupés et exécuté avec l'intention pertinente. Ordonner la restitution n'est à priori pas irrecevable comme remède pour le génocide tel que défini dans la Convention. La question de savoir s'il s'agit d'un remède approprié devra de nouveau être examinée une autre fois.

36. Madame le président, Messieurs de la Cour, ainsi s'achève ce traitement plutôt sommaire de questions qui nécessiteront sans aucun doute un examen plus approfondi en temps voulu, à supposer que la Cour soit compétente *ratione personae* vis-à-vis du défendeur sur le fondement de l'article 35 du Statut. Et c'est cette question, celle qui se pose réellement à ce stade la procédure, que M. Sands et moi allons à présent examiner. Et avec votre permission, Madame le président, c'est M. Sands qui va commencer.

Le PRESIDENT : Merci, Monsieur Crawford. J'appelle à présent M. Sands.

M. SANDS :

LE STATUT PARTICULIER DE LA RFY AU SEIN DE L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES

I. Introduction

1. Madame le président, Messieurs de la Cour, je vais examiner, dans ce deuxième exposé présenté au nom de la Croatie, la question de l'accès à la Cour en vertu du paragraphe 1 de l'article 35 du Statut. M. Crawford se penchera ensuite sur la question de l'accès et sur les droits dont peut se prévaloir la Croatie en vertu du paragraphe 2 de l'article 35. Ces arguments sont indépendants et présentés à titre subsidiaire.

2. Le simple fait que l'article 35 du Statut de la Cour doit être examiné — à ce stade de l'instance — peut sembler surprenant. La Croatie a déposé sa requête le 2 juillet 1999. A ce moment-là, la Cour avait déjà fait connaître sa position — unanime —, à savoir que l'article 35 n'empêchait pas la Cour de connaître de la requête de la Croatie, pour des raisons tant de compétence *ratione personae* que d'«accès à la Cour». Dans les deux ordonnances en indication de mesures conservatoires de 1993, la Cour a dit qu'elle n'avait pas, au stade où en était la procédure, à «statuer définitivement» sur la question de savoir si la Yougoslavie était partie au Statut de la Cour : nous dénommerons cette question la «question du paragraphe 1 de l'article 35». La Cour a conclu qu'elle avait compétence *prima facie* en vertu du paragraphe 2 de l'article 35, étant donné que la Bosnie-Herzégovine et la Yougoslavie étaient *prima facie* parties à la convention sur le génocide qui pourrait être considérée comme une «disposition particulière d'un traité en vigueur» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 14, par. 19 et 20 ; et Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 338, par. 25*). Les ordonnances n'ont soulevé aucune objection. Trois ans plus tard, dans son arrêt de 1996 sur les exceptions préliminaires, la Cour ne s'est pas prononcée expressément sur l'article 35 du Statut. La

19

Yougoslavie n'avait soulevé aucune exception préliminaire en ce qui concerne cette disposition, et visiblement aucun juge n'a estimé nécessaire d'émettre une opinion sur des difficultés quelconques ayant trait aux paragraphes 1 ou 2 de l'article 35. Ce silence n'est pas resté sans conséquence : il aurait été logique que la Cour parte du fait que les conditions établies, *soit* par le paragraphe 1 de l'article 35, *soit* par le paragraphe 2 de l'article 35, ou par les deux, étaient remplies ; et il semble que c'est ce que vous avez précisé au paragraphe 133 de l'arrêt que vous avez rendu en 2007. Cela dit, il est vrai que trois ans après l'arrêt de 1996, dans votre ordonnance du 2 juin 1999, vous avez jugé ne pas avoir compétence *prima facie* pour connaître d'une demande en indication de mesures conservatoires déposée par la Yougoslavie contre un certain nombre de Membres de l'OTAN ; *mais* les raisons qui vous ont conduit à cette conclusion étaient très différentes, à savoir que : premièrement, aucune compétence *ratione temporis* ne pouvait être invoquée en vertu du paragraphe 2 de l'article 35 du Statut, et, deuxièmement, les actes allégués à l'encontre du défendeur ne pouvaient pas être considérés *prima facie* comme relevant de la convention sur le génocide (*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 et p. 138, par. 41*). La Cour a conclu qu'elle n'avait pas à examiner la question de savoir si les conditions du paragraphe 1 de l'article 35 étaient remplies à l'époque. La Yougoslavie s'est cependant penchée sur cette question. Et, le 12 mai 1999, l'agent de la Yougoslavie, M. Etinski, dûment autorisé par l'Etat défendeur pour être son représentant, a pris la parole devant la Cour dans cette même salle. Il a fait valoir que la Yougoslavie était Membre de l'Organisation des Nations Unies et avait «le droit de participer aux travaux d'organes [de l'ONU] *autres que ceux de l'Assemblée générale*»¹⁴ ; et j'insiste sur ces derniers mots.

3. Madame le président, Messieurs de la Cour, c'est dans *ce* contexte, celui de la décision judiciaire rendue par la Cour et des arguments avancés par la RFY, que la Croatie a déposé sa requête le 2 juillet 1999. Aussi, avant d'analyser plus en détail cette requête, il convient de faire quelques observations sur les relations *sui generis* entre la RFY et l'Organisation des Nations Unies — et sur le Statut de la Cour — dans la période en question. J'aimerais pouvoir répondre aux

¹⁴ CR 99/25, p. 24.

arguments avancés lundi par la Serbie au sujet du paragraphe 1 de l'article 35, mais cela m'est impossible. La Serbie s'est contentée d'affirmer, n'étayant ses dires d'aucune argumentation détaillée.

II. Les relations de la RFY et l'Organisation des Nations Unies de 1992 à 2000

20

4. La Cour dispose à présent d'une très bonne connaissance des faits relatifs à l'éclatement de la RFSY, à la naissance de la RFY et aux relations entre la RFY et l'Organisation des Nations Unies. Il est inutile de revenir là-dessus de manière très détaillée. En résumé, de 1992 à 2000 — y compris à la date à laquelle la Croatie a déposé sa requête en la présente instance —, la RFY entretenait une relation particulière et unique avec l'ONU. Nous faisons valoir que cette relation se traduisait par certains attributs de la qualité de Membre, ainsi que la capacité à ester devant la Cour sous les conditions énoncées au paragraphe 1 de l'article 35 du Statut de la Cour. Cet article, vous vous en souviendrez, dispose que : «[l]a Cour est ouverte aux Etats parties au présent Statut».

5. La RFSY était un membre fondateur de l'ONU. Elle en demeura Membre pendant plus de quarante-cinq ans, jusqu'au début de son éclatement, au milieu de l'année 1991, ainsi qu'il est indiqué dans le mémoire de la Croatie¹⁵. Les principales dates apparaissent à l'écran derrière moi et, bien sûr, aussi sous l'un des onglets de votre dossier de plaidoiries, à savoir l'onglet 7 [diapositives]. Le *19 mai 1991*, dans le cadre d'un référendum organisé en Croatie, la population s'est prononcée à une majorité écrasante pour l'indépendance¹⁶. Le *25 juin 1991*, le parlement croate, le Sabor, a proclamé que la Croatie était «un Etat souverain et indépendant»¹⁷. Le *29 novembre 1991*, la commission Badinter a estimé que la RFSY était alors engagée dans un «processus de dissolution»¹⁸. Le *27 avril 1992*, la République de Serbie et le Monténégro ont proclamé la formation de la RFY, déclarant que celle-ci assurerait «la continuité de l'Etat et de la personnalité juridique et politique internationale de la [RFSY], respectera[it] strictement tous les

¹⁵ MC, chap. 2, p. 41 et suiv.

¹⁶ *Ibid.*, par. 2.113.

¹⁷ *Ibid.*, par. 2.114.

¹⁸ Avis n° 1 de décembre 1991 ; MC, par. 2.120.

engagements que la [RFSY] a pris à l'échelon international»¹⁹. Le mois suivant, le 22 mai 1992, la Croatie a été admise en qualité de Membre à l'Organisation des Nations Unies. Ensuite, le 30 mai 1992, le Conseil de sécurité de l'ONU a adopté la résolution 757 (1992), notant que «l'affirmation de la [RFY] selon laquelle elle assur[ait] automatiquement la continuité de l'ancienne [RFSY] comme Membre de l'Organisation des Nations Unies n'a[vait] pas été généralement acceptée». Le 19 septembre 1992, dans sa résolution 777, le Conseil de sécurité déclarait que la RFY «ne p[ouvai]t pas assurer automatiquement la continuité de la qualité de Membre de l'ancienne [RFSY]». Et trois jours plus tard, le 22 septembre 1992, l'Assemblée générale, dans sa résolution 47/1, en a adopté les termes et décidé que la RFY «devrait présenter une demande d'admission à l'Organisation et qu'elle ne participera[it] pas aux travaux de l'Assemblée générale»²⁰ [dernière diapositive]. Cela dit, le 29 septembre 1992, le Secrétaire général adjoint de l'ONU, Conseiller juridique de l'Organisation, par une lettre adressée aux représentants permanents de la Bosnie-Herzégovine et de la Croatie, a déclaré que «l'unique conséquence pratique de cette résolution [47/1] [était] que la [RFY] ne *participera[it]* pas aux travaux de l'Assemblée générale» et qu'il était «clair que les représentants de la [RFY] ne p[ouvaie]nt plus *participer* aux travaux de l'Assemblée générale et de ses organes subsidiaires, ni aux conférences et réunions organisées par celle-ci». Il a ajouté :

21

«D'un autre côté, la résolution ne met pas fin à l'*appartenance* de la Yougoslavie à l'Organisation et ne la suspend pas. En conséquence, le siège et la plaque portant le nom de la Yougoslavie subsistent, mais dans les organes de l'Assemblée les représentants de la [RFY] ne peuvent occuper la place réservée à la «Yougoslavie». La mission de la Yougoslavie auprès du Siège de l'Organisation des Nations Unies, ainsi que les bureaux occupés par celle-ci, peuvent poursuivre leurs activités, ils peuvent recevoir et distribuer des documents. Au Siège, le Secrétariat continuera de hisser le drapeau de l'ancienne Yougoslavie, car c'est le dernier drapeau que le Secrétariat ait connu. La résolution n'enlève pas à la Yougoslavie le droit de participer aux travaux des organes autres que ceux de l'Assemblée. L'admission à l'Organisation des Nations Unies d'une nouvelle Yougoslavie, en vertu de l'article 4 de la Charte, mettra fin à la situation créée par la résolution 47/1.»²¹

Le 29 avril 1993, l'Assemblée générale a adopté la résolution 47/229, à l'effet que la RFY «ne participera[it] pas aux travaux du Conseil économique et social». Le seul fait que cette résolution

¹⁹ Nations Unies, doc. A/46/915 ; MC, par. 2.138.

²⁰ La résolution a été adoptée par 127 voix contre 6, avec 26 abstentions.

²¹ Nations Unies, doc. A/47/485 ; les italiques sont dans l'original.

devait être adoptée, et que son champ était aussi limité et étroit, est en contradiction avec la conclusion selon laquelle la RFY n'avait pas à cette date — 29 avril 1993 — d'autres attributs de la qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies, y compris un droit d'accès à la Cour en vertu du paragraphe 1 de l'article 35.

6. La participation de la RFY aux travaux de l'Organisation des Nations Unies n'a fait l'objet d'aucune autre restriction. Il n'a d'ailleurs été adopté aucune mesure qui aurait empêché la RFY de participer aux travaux de tous autres organes, programmes, ou instances de l'Organisation des Nations Unies, y compris de son organe judiciaire principal, la Cour internationale de Justice. Les faits, regroupés en deux phases, sont incontestables ; du 27 avril 1992 au 22 septembre 1992, la pleine participation de la RFY aux travaux de l'ensemble des organes de l'ONU, y compris l'Assemblée générale, n'ont fait l'objet d'aucune restriction ; de même, à partir du 22 septembre 1992 (et ce jusqu'au 1^{er} novembre 2000, lorsque la RFY a été admise en qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies), la participation de la RFY aux travaux de tous les organes de l'Organisation, à l'exception de l'Assemblée générale et du Conseil économique et social n'a fait l'objet d'aucune restriction. Ni non plus sa participation aux travaux de la Cour.

7. Pendant toute cette période, la RFY avait — et était perçue comme ayant — les attributs de la qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies. Je vais en citer quelques exemples :

22

- a) la Yougoslavie affirmait être un Etat membre de l'Organisation des Nations Unies²² ;
- b) un certain nombre d'autres Membres de l'Organisation des Nations Unies — y compris la Fédération de Russie et la Chine — ont estimé que la décision de suspendre la participation de la RFY à un nombre limité d'activités n'équivalait pas à une exclusion ou à une cessation d'appartenance²³ ;

²² Voir, par exemple, le mémoire de la RFY dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, déposé le 5 janvier 2000. La partie III de ce mémoire est intitulée «La République fédérale de Yougoslavie est un Etat Membre des Nations Unies.» Voir aussi CR 99/25, p. 24 (Etinski), dans lequel l'agent a déclaré sans ambiguïté : «la République fédérale de Yougoslavie est un Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies».

²³ Voir par exemple l'opinion émise par M. Vorontsov, représentant permanent de la Fédération de Russie, qui a déclaré :

«[la décision] de suspendre la participation de la République fédérative de Yougoslavie aux travaux de l'Assemblée générale n'entamera en rien la possibilité qu'elle a de participer aux travaux des autres organes des Nations Unies, en particulier du Conseil de sécurité...» (*Conseil de sécurité, procès-verbal provisoire de la 3116^e séance, S/PV.3116*, 19 septembre 1992, 2-5) [*traduction du Greffe*] (*Licéité de l'emploi de la force*, mémoire, par. 3.1.1).

Voir aussi la position du représentant permanent de la République populaire de Chine, M. Li Daoyu :

- c) l'édition annuelle de l'*Annuaire de la C.I.J.* indiquait que la Yougoslavie était Membre de l'Organisation des Nations Unies²⁴ ;
- d) pour participer aux travaux d'autres organes et instances de l'Organisation des Nations Unies, la RFY occupait le siège de l'*ex-Yougoslavie*, dont le siège, le nom et les missions subsistaient ;
- e) la RFY était en mesure de diffuser des documents au sein du système des Nations Unies dans les mêmes conditions que d'autres Membres (sauf dans le contexte limité de l'Assemblée générale et du Conseil économique et social) et de recevoir des documents diffusés par d'autres Membres ;
- f) la mission permanente de la RFY, située à la même adresse que l'ancienne mission de la RFSY, figurait sur la liste des missions établie par l'Organisation des Nations Unies ;
- g) la RFY a continué à participer aux travaux d'autres organes des Nations Unies, y compris à ceux du Conseil de sécurité et de la Cour internationale de Justice, ainsi que d'autres organes des Nations Unies, tels que le TPIY, d'une manière qui ne différait pas de la participation d'autres Membres²⁵ ; et
- h) tout au long de cette période, la RFY versait des contributions au budget de l'Organisation des Nations Unies et agissait comme si elle était assujettie (en tant que continuateur) à certaines contributions impayées de la RFSY (moins les montants dus par les Etats successeurs qui devenaient naturellement contributeurs en leur nom propre)²⁶.

23

8. Je ferai observer que si, tout au long de cette période, quatre des Etats successeurs de la RFSY, y compris la Croatie, ont contesté ce statut particulier dont bénéficiait la RFY, leurs tentatives visant à le modifier ont échoué.

«la résolution qui vient d'être adoptée n'équivaut pas à une exclusion de la Yougoslavie des Nations Unies. La plaque nominative «Yougoslavie» sera conservée dans le hall de l'Assemblée générale. La République fédérative de Yougoslavie continuera à participer aux travaux des organes des Nations Unies autres que l'Assemblée générale.» (*Conseil de sécurité, procès-verbal provisoire de la 3116^e séance, S/PV.3116*, 19 septembre 1992, 7.) [*Traduction du Greffe.*] (*Licéité de l'emploi de la force*, mémoire, par. 3.1.2.)

²⁴ Voir, par exemple, *Licéité de l'emploi de la force* ; mémoire, par. 3.1.17.

²⁵ Voir arguments ajoutés par la RFY dans le mémoire qu'elle a déposé le 5 janvier 2000 dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, par. 3.1.1 et suiv. Voir aussi les arguments de l'agent de la RFY dans cette même salle, le 12 mai 1999, à l'audience sur la demande en indication de mesures conservatoires dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, CR 99/25, p. 24 et suiv.

²⁶ Voir, entre autres, CR 99/25, p. 24-25, en ce qui concerne le versement des contributions par la RFY.

III La requête de la Croatie et le revirement de la RFY

9. C'est dans ce contexte que la Croatie a introduit sa requête devant la Cour le 2 juillet 1999. A cette époque, d'autres faits, encore plus importants, étaient survenus, suscitant chez la Croatie des attentes sur lesquelles elle comptait. En particulier, la Cour avait rendu des ordonnances et des arrêts — en 1993, 1996 et 1999 — n'identifiant aucun obstacle à l'exercice de sa compétence en vertu des paragraphes 1 et/ou 2 de l'article 35. Dans le cadre de ces procédures, la RFY avait publiquement annoncé son droit de saisir la Cour internationale de Justice et n'avait pas soulevé d'exceptions préliminaires sur le fondement de l'article 35 du Statut. La Croatie pouvait s'en remettre aux propos tenus dans cette même salle par M. Etinski, l'agent de la RFY, quelques semaines seulement avant qu'elle ne dépose sa requête : «la République fédérale de Yougoslavie est un Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies». M. Etinski avait ajouté que toutes les conditions prescrites par le Statut et le Règlement de la Cour avaient été remplies²⁷. Pour ce qui est de l'effet des résolutions de l'Assemblée générale, M. Etinski avait été très explicite :

«La conclusion est claire : la république fédérale de Yougoslavie ne peut pas participer aux travaux de l'Assemblée générale ni de [l'ECOSOC]. C'est tout. Il n'y a pas d'autre conséquence.»

M. Etinski avait également rappelé à la Cour que «l'*Annuaire* de la CIJ nous inform[ait] qu'au 31 juillet 1997, la Yougoslavie [était] l'un des 185 Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies».

10. Ces prises de position de l'agent ont donné lieu à une attente sur laquelle la Croatie pouvait compter : il est instructif de comparer la requête de la Croatie du 2 juillet 1999 avec celle de la Bosnie du 20 mars 1993. La Croatie a invoqué les mêmes dispositions de la convention sur le génocide, du Statut et du Règlement de la Cour²⁸. C'est la distinction principale entre la présente

²⁷ CR 99/25, p. 23.

²⁸ La Croatie dit notamment ce qui suit dans sa requête du 2 juillet 1999 :

«Au nom de la République de Croatie et conformément au paragraphe 1 de l'article 40 du Statut de la Cour internationale de Justice ainsi qu'à l'article 38 de son Règlement, j'ai l'honneur de soumettre respectueusement la présente requête introductive d'instance contre le Gouvernement de la République fédérale de Yougoslavie, en raison de violations de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (ci-après dénommée «convention sur le génocide»). La Cour est compétente en vertu du paragraphe 1 de l'article 36 de son Statut et de l'article IX de la convention sur le génocide.» (Par. 1.)

La requête de la Bosnie du 20 mars 1993 se présente notamment comme suit :

24 affaire et celle qu'a portée la RFY contre des Etats membres de l'OTAN, qui était fondée sur une déclaration au sens du paragraphe 2 de l'article 36, dont la Cour a décidé — à juste titre, devrait-on dire —, qu'elle ne pouvait être appliquée rétroactivement, pour reprendre les termes qu'elle a employés²⁹.

11. Entre la date du dépôt de la requête (2 juillet 1999) et celle du dépôt du mémoire de la Croatie (1^{er} mars 2001) un fait nouveau est intervenu. Le 24 septembre 2000, M. Koštunica a été élu président de la RFY. Le 27 octobre 2000, il a adressé une lettre au Secrétaire général demandant l'admission de la République fédérale de Yougoslavie à l'Organisation des Nations Unies «après l'évolution démocratique fondamentale» qui s'était produite en RFY³⁰. Le 31 octobre 2000, le Conseil de sécurité a recommandé à l'Assemblée générale d'admettre la République fédérale de Yougoslavie en qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies³¹. Le 1^{er} novembre 2000, par sa résolution 55/12, l'Assemblée générale a décidé «d'admettre la République fédérale de Yougoslavie à l'Organisation des Nations Unies».

12. Quatre mois plus tard, le 1^{er} mars 2001, dans le cadre de la présente affaire, la Croatie a déposé son mémoire dont le chapitre 6 était consacré à la compétence. Fondant complètement ses arguments sur l'arrêt de la Cour de 1996, elle n'a pas jugé utile de mentionner l'article 35 du Statut de celle-ci. La Croatie n'avait pas de raison de douter, comme elle le dit dans son mémoire «[qu']à la date où la Croatie a soumis sa requête à la Cour, la RFY était liée par la convention sur le génocide» dans des conditions qui l'autorisaient à saisir la Cour. Il importe de souligner que cette conclusion «n'exclut nullement la position constante de la Croatie, qui rejette la prétention de la RFY selon laquelle celle-ci est le prolongement de la RFSY». Cette déclaration reconnaît

«[j']ai l'honneur de me référer à l'article IX de la convention du 9 décembre 1948 sur la prévention et la répression du crime de génocide (ci-après dénommée «convention sur le génocide») et, en vertu de la juridiction ainsi conférée à la Cour, de lui soumettre, conformément au paragraphe 1 de l'article 36 et au paragraphe 1 de l'article 40 de son Statut et à l'article 38 de son Règlement, une requête introduisant, au nom de la République de Bosnie-Herzégovine, une instance contre la Yougoslavie (Serbie et Monténégro) pour violation de la convention sur le génocide en l'affaire ci-après».

²⁹ Voir requête déposée par la RFY le 29 avril 1999 :

«Fondements juridiques de la compétence de la Cour

Le Gouvernement de la République fédérale de Yougoslavie invoque le paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice ainsi que l'article 9 de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide.»

³⁰ Nations Unies, doc. A/55/528-S/2000/1043.

³¹ Nations Unies, doc. S/RES/1326.

25 néanmoins l'approche adoptée par la Cour au sujet du statut *sui generis* de la RFY à l'égard des Nations Unies. Je reviendrai sur ce point sous peu.

13. En septembre 2002, la RFY a déposé ses exceptions préliminaires, qui étaient au nombre de trois. Abandonnant la position qui avait été constamment la sienne pendant huit ans jusqu'aux événements de novembre 2000, la RFY a alors déclaré qu'elle «[n'était] jamais devenue liée par l'article IX de la convention sur le génocide»³². Néanmoins, il est particulièrement flagrant que les exceptions préliminaires de la RFY passent complètement sous silence l'article 35 du Statut de la Cour. La RFY dit uniquement, au passage, «[qu'i]l est aujourd'hui établi que la RFY n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies au moment de la dissolution de la RFSY, en 1992»³³. Mais le texte des exceptions ne dit mot au sujet du paragraphe 1 de l'article 35. Comme la Cour l'a récemment relevé, les pièces de procédure présentées en l'espèce sont silencieuses sur ce point, et pour une raison évidente : il n'y a jamais eu de problème auparavant. Lundi aussi, la Serbie n'a presque dit mot à ce sujet.

14. La RFY a invoqué le même argument dans la demande qu'elle a présentée le 24 avril 2001 aux fins de la révision de l'arrêt de 1996. Le 3 février 2003, cinq mois après le dépôt des exceptions préliminaires en l'espèce, la Cour a rendu son arrêt dans cette affaire (*Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996 en l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires (*Yougoslavie c. Bosnie-Herzégovine*), arrêt, *C.I.J. Recueil 2003*, p. 7). Les arguments de la RFY ont été rejetés sans ménagement. La Cour a parlé de la «situation particulière de la RFY entre septembre 1992 et novembre 2000) (*ibid.*, p. 22, par. 45), mettant en évidence «la situation *sui generis* dans laquelle se trouvait la RFY vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies pendant la période 1992-2000» (*ibid.*, p. 31, par. 71). Vous avez également souligné que la résolution 55/12 de l'Assemblée générale des Nations Unies en date du 1^{er} novembre 2000 «ne [pouvait] avoir rétroactivement modifié la situation *sui generis* ... ni sa situation à l'égard du Statut de la Cour et la convention sur le génocide (*ibid.*). Nous soutenons que cette observation est cruciale, et forcément correcte, tant du point de vue du droit que de celui de la politique. Une

³² Exceptions préliminaires, par. 3.8.

³³ *Ibid.*, par. 3.12.

26

partie à une affaire ne peut changer de cap — politique — et attendre de la Cour qu'elle autorise que ce revirement ait un effet rétroactif. Lundi, sur une autre question, la Serbie a prononcé un long plaidoyer contre la non-rétroactivité, mais quand il s'est agit de l'affaire qui nous intéresse, dans le cadre de laquelle toute son argumentation repose sur la rétroactivité, elle est soudainement devenue silencieuse et s'est érigée en alliée secrète de la rétroactivité. En tout état de cause, nous faisons valoir que l'approche adoptée par la Cour en 2003 doit aussi s'appliquer en l'espèce : quels que soient les effets éventuels de tout développement survenu en 2000, ils ne sauraient transformer rétroactivement la situation juridique ou factuelle qui prévalait le 2 juillet 1999.

15. Quelque deux mois seulement après l'arrêt de la Cour du 3 février 2003, au moment de préparer ses observations écrites du 29 avril 2003 en réponse aux exceptions préliminaires de la RFY, la Croatie a longuement étudié cet arrêt. Pour la Croatie, il ressortait de celui-ci que les conclusions rendues par la Cour en 1993, 1996 et 1999 au sujet de la situation juridique qui prévalait à ces dates ne pouvaient être modifiées par les mesures prises par la RFY en 2000 ou par l'Organisation des Nations Unies la même année ou les années suivantes. A cet égard, le choix du 2 juillet 1999 (qui correspond au dépôt de la requête de la Croatie) comme date juridique critique est crucial en l'espèce sous réserve de ce que l'on peut appeler l'argument *Mavrommatis*. Nous prions la Cour de tenir compte de la situation juridique — et des questions de compétence et d'accès — qui prévalait à cette date critique, au moment de se prononcer sur des questions relatives à sa compétence ou à sa saisine. L'approche logique adoptée dans l'arrêt de 2003 a des conséquences inévitables. Si les mesures de la RFY ou de l'Assemblée générale des Nations Unies ne peuvent avoir eu d'effet rétroactif sur la position *sui generis* de la RFY à l'égard des Nations unies entre 1992 et 2000, en ce qui concerne les relations de la RFY avec la Bosnie, il est difficile de voir sur quelle base une conclusion différente pourrait être tirée au sujet de la Croatie.

16. C'est cette logique qui a motivé l'approche adoptée par la Croatie dans ses observations écrites du 23 avril 2003. Ces observations n'auraient tout simplement pas pu prévoir l'arrêt rendu un an plus tard. Cet arrêt a provoqué un effet de surprise, un tremblement de terre judiciaire. Pour ce qui est de l'arrêt de 2003, la Croatie a estimé que «le raisonnement de la Cour [était]

27

irréfutable»³⁴ ; concluant qu'il s'appliquait «tout aussi bien à la situation juridique qui régissait les relations entre la Croatie et la RFY (Serbie et Monténégro) pendant la période allant jusqu'au 2 juillet 1999 inclus»³⁵. C'est sur cette base que la Croatie a conclu qu'à la date de sa requête, la Cour était compétente, à l'égard de la RFY en vertu de l'article IX, comme elle l'était à l'égard de la Bosnie-Herzégovine et que la première exception préliminaire de la RFY était dénuée de fondement et devait être rejetée. Lundi, la Serbie n'a pas formulé de réponse à cet argument, qui n'a toujours pas été contesté. Comme dans l'affaire *Bosnie-Herzégovine*, il n'était pas nécessaire de mentionner l'article 35 du Statut de la Cour dans les observations écrites de la Croatie, étant donné qu'il ne l'a pas été par la RFY dans ses exceptions préliminaires, déposées après les événements de novembre 2000.

IV. Le revirement de la Cour

17. Nous en arrivons au revirement de la Cour. J'ai indiqué où en étaient les choses à la clôture de la procédure orale dans cette étape de l'affaire. Dans des circonstances normales, on aurait pu s'attendre à les trouver inchangées aujourd'hui, cinq ans environ après le prononcé de cet arrêt. Sur une période de dix ans, en effet, la jurisprudence de la Cour avait révélé une approche constante à l'égard de l'article 35 : celui-ci ne faisait nullement obstacle à l'exercice de la compétence et ne soulevait aucune question de recevabilité. La seule exception à cette règle — une exception inattendue et, soutient respectueusement la Croatie, une exception qui n'avait pas lieu d'être — fut formulée le 15 décembre 2004, date à laquelle la Cour a rendu ses arrêts dans les affaires introduites par la RFY à l'encontre de divers membres de l'OTAN au sujet de la *Licéité de l'emploi de la force*. La Cour, à une faible majorité, renonçait à l'approche qui avait jusqu'alors été la sienne à l'égard de l'article 35. Elle en adoptait une nouvelle. Or, il est difficile de savoir comment concilier ces deux approches. Nous avons affaire, semble-t-il, à des arrêts incompatibles, un fait que la Serbie cherche à escamoter et qui place tant le siège que le barreau dans une situation quelque peu délicate.

³⁴ Observations écrites, 29 avril 2003, par. 2.12.

³⁵ *Ibid.*

18. L'arrêt de 2004 mérite un examen attentif. Quatorze membres de la Cour et un juge *ad hoc* siégeaient alors. Ils ont, à l'unanimité, conclu à l'incompétence de la Cour (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Pays-Bas), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004*, p. 1011, par. 128)³⁶. Ils l'ont fait, cependant, pour des raisons très différentes.

28

19. La Cour a consacré 46 paragraphes de son arrêt aux questions soulevées par le paragraphe 1 de l'article 35 (*ibid.*, par. 44-90) — elle y récapitulait, pour l'essentiel, les événements intervenus entre 1992 et 2000 (par. 53-81). La Cour a jugé que les événements ainsi rapportés n'attestaient rien d'autre que «l'assez grande confusion et la complexité de la situation qui prévalait aux Nations Unies autour de la question du statut juridique de la République fédérale de Yougoslavie au sein de l'Organisation pendant cette période» (*ibid.*, p. 1040, par. 72), et estimé que la locution «*sui generis*» employée pour qualifier la situation de la RFY n'était qu'une «expression descriptive renvoyant au caractère indéterminé de la situation» et non «une expression normative, dont découleraient certaines conséquences juridiques bien définies» (*ibid.*, p. 1040, par. 73). Selon la majorité des juges siégeant alors, l'évolution intervenue en 2000 — la demande d'admission en qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies présentée par la RFY — mit fin à la situation *sui generis* (*ibid.*, p. 1041, par. 77) et clarifia «la situation juridique, jusque-là indéterminée» (*ibid.*, p. 1042, par. 78). La Cour a conclu que son précédent arrêt de 2003 — dans lequel elle avait estimé que l'évolution intervenue en 2000 ne «[pouvait] avoir rétroactivement modifié la situation *sui generis* dans laquelle se trouvait la RFY» — «ne pouvait] ... être interprété ... comme [emportant] des conclusions ... vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies et de la convention sur le génocide» (*ibid.*, p. 1045, par. 87). Il s'agit pour nous d'une décision cryptique, qui semble difficilement conciliable avec la logique juridique. Au paragraphe 90 de son arrêt, la Cour a jugé que, «[p]our tous les motifs qui préc[édaient]», la Serbie-et-Monténégro n'était pas, au moment où elle a déposé sa requête, membre de l'Organisation des Nations Unies ni, dès lors, en cette qualité, partie au Statut de la Cour.

20. Il y aurait fort à dire sur cet arrêt, mais pour le moment, nous nous en tiendrons à un aspect : la Cour semble n'avoir pas, en réalité, motivé la conclusion à laquelle elle était parvenue,

³⁶ Des arrêts analogues ont également été rendus dans plusieurs autres affaires.

exposé les raisons pour lesquelles elle avait choisi de se départir de sa précédente jurisprudence, ni fourni la moindre indication sur la manière de concilier sa nouvelle approche et l'ancienne aux fins des autres affaires restées pendantes. Pourquoi a-t-elle-même jugé nécessaire d'inclure ces 46 paragraphes ? Ce point, pour nous, demeure assez mystérieux : tous les juges s'accordaient à penser que la Cour n'était pas compétente *ratione temporis*, et il y avait là matière suffisante à leur permettre de trancher sans entrer dans les considérations qui nous embarrassent aujourd'hui.

29 21. La Croatie, très respectueusement, fait valoir que l'arrêt rendu par la Cour en 2004 soulève d'importantes questions pour votre éminente institution, l'«organe judiciaire principal» de l'Organisation des Nations Unies. Il place le conseil appelé à plaider devant vous dans une situation fort difficile, étant donné le très grand respect dans lequel est tenu chaque membre de la Cour. Il me faut cependant mentionner la déclaration commune jointe par le vice-président d'alors et six membres de la Cour, soulignant la nécessité pour une juridiction, dans l'exercice de sa fonction judiciaire, de se laisser guider par trois principes essentiels consistant : premièrement, à assurer la cohérence avec sa jurisprudence ; deuxièmement, à opter pour la certitude et, troisièmement, à être attentive aux implications de son choix dans les autres affaires pendantes (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004*, déclaration commune de M. le juge Ranjeva, vice-président, et de M. le juge Guillaume, de Mme le juge Higgins et de MM. les juges Kooijmans, Al-Khasawneh, Buergenthal et Elaraby, p. 330, par. 3). Or, nous percevons mal comment l'arrêt de 2004 répond à la nécessité de respecter ces principes cruciaux. Les auteurs de la déclaration commune ont qualifié de «douteu[s]» (*ibid.*, p. 330, par. 3), «contraire[s]» à la position qu'elle avait adoptée dans son ordonnance de 1999 (*ibid.*, p. 332, par. 8) et assimilables à un «changement d'attitude» (*ibid.*, p. 332, par. 9) les conclusions auxquelles la Cour était parvenue. La Croatie estime que le raisonnement tenu par la Cour est effectivement «incompatible avec des arrêts ou ordonnances déjà rendus par elle» (*ibid.*) et que le terrain choisi par la majorité offrait «moins de certitude» que d'autres options possibles (*ibid.*, p. 333, par. 12). Point revêtant une importance décisive en la présente espèce, les auteurs de la déclaration relevaient que, contrairement à l'avis exprimé par la majorité, la Cour avait «déjà jugé que la RFY pouvait ester devant la Cour entre 1992 et 2000» et que les faits nouveaux apparus ultérieurement n'avaient rien changé à cette situation (*ibid.*, p. 332,

par. 10). S'agissant de l'affirmation de la majorité selon laquelle il était «clair que «la situation *sui generis* du demandeur ne pouvait être regardée comme équivalant à la qualité de Membre de l'Organisation»», les auteurs de la déclaration estimaient que son bien-fondé était «loin d'être évident...», ajoutant qu'ils n'avaient «pu identifier les étapes de raisonnement adopté» (*ibid.*, p. 333, par. 12).

22. Un certain nombre de juges ont joint des opinions individuelles et chacune d'entre elles doit bien sûr être examinée avec la plus scrupuleuse attention. Mais il se pourrait que celles de deux juges que votre éminente Cour ne compte plus aujourd'hui sur son siège, mais qui en ont été des membres illustres pendant de nombreuses années, méritent plus particulièrement d'être mentionnées. L'opinion individuelle du juge Kooijmans revêt un intérêt tout particulier : en 1999, alors que l'affaire en était au stade des mesures conservatoires, le juge Kooijmans avait en effet estimé que les décisions prises en 1992 par des organes de l'Organisation des Nations Unies suscitaient des doutes sérieux sur la possibilité pour la RFY d'accepter la juridiction obligatoire de la Cour en tant que partie au Statut (*ibid.*, opinion individuelle de M. le juge Kooijmans, p. 343, par. 2). Dans son opinion, il notait que la Cour avait désormais «renoncé» à la démarche qu'elle avait adoptée en 1999, en faveur de celle que lui-même préconisait à l'époque. Et néanmoins, concluait-il avec cette indépendance d'esprit qui le caractérise, «loin de [l]e réjouir, ce changement d'attitude [l]e préoccup[ait]» (*ibid.*, p. 344, par. 3). Le juge Kooijmans n'était pas convaincu qu'une analyse et une évaluation approfondies et attentives avaient «démontré de manière convaincante» que les événements de 2000 avaient clarifié «la situation juridique, jusque-là indéterminée», qui prévalait dans la période 1992-2000 (*ibid.*, p. 344, par. 4). Tel est l'aspect de son opinion que nous retiendrons : pour le juge Kooijmans, la conclusion de la Cour ne semblait pas fondée sur une analyse et une évaluation approfondies et attentives des effets juridiques des déclarations faites par la RFY avant 2000 (*ibid.*, p. 344, par. 5), ni des circonstances factuelles qui prévalaient entre 1992 et 2000, sur lesquelles j'ai appelé l'attention de la Cour en introduction de mon exposé.

30

23. En l'absence de toute décision de suspendre son droit de participer aux travaux d'autres organes de l'Organisation des Nations Unies, et son droit, notamment, d'ester devant la Cour internationale de Justice, la Croatie espérait à tout le moins obtenir de celle-ci une explication

circonstanciée sur la manière dont la situation *sui generis* de la RFY à l'égard de l'Organisation des Nations Unies avait changé. A cet égard, la Croatie fait siennes nombre des considérations exposées par le juge Elaraby dans son opinion individuelle et adhère, en particulier, à la conclusion que l'opération judiciaire par laquelle la Cour a transformé le statut de la RFY, jusqu'alors considéré comme ayant été *sui generis* entre 1992 et 2000, en celui d'un Etat non membre de l'Organisation des Nations Unies durant cette période «ne repose ... sur aucune base juridique solide» (*ibid.*, opinion individuelle de M. le juge Elaraby, p. 357, par. 13). Selon lui, une démarche fondée sur les dispositions de la Charte et la pratique établie de l'Organisation des Nations Unies aurait conduit la Cour «à conclure que la RFY était Membre de l'Organisation des Nations Unies en 1999, date du dépôt de sa requête», et, partant, que la Cour lui était ouverte en vertu du paragraphe 1 de l'article 35 du Statut (*ibid.*, p. 358, par. 13).

V. Approche de la Croatie

24. Madame le président, la Croatie déplore vivement que sa requête place aujourd'hui la Cour en quelque sorte à la croisée des chemins. Et nous espérons que vous comprendrez, ainsi que tous les membres de la Cour, que la Croatie ne souhaite nullement la mettre dans l'embarras. Si ces audiences s'étaient déroulées à n'importe quel moment de la période comprise entre 1996 et 2003, il semble que la Cour n'aurait pas eu à faire face à ce problème. Avant la décision de 2004, la Cour avait établi une jurisprudence cohérente, dont le principe était que rien n'empêchait la RFY d'ester devant elle, ni ne l'empêchait, elle, d'exercer sa compétence à l'égard de la RFY au titre de l'article 35 du Statut. La Cour a pris acte des circonstances particulières — et singulières — propres à la période qui a suivi l'éclatement de la RFSY, et elle a qualifié de *sui generis* la situation de la RFY à l'égard de l'Organisation des Nations Unies. Il est à remarquer que l'approche adoptée par la Cour quant à l'exercice de sa compétence à l'égard de la RFY ne lui avait globalement valu de critiques ni des Etats ni des auteurs. Le caractère *sui generis* de la situation de la RFY cadrerait avec une réalité politique et juridique reposant sur un équilibre entre reconnaissance des attributions associées à la qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies, d'une part, et souci pragmatique éviter d'entrer dans le détail, d'autre part. Très

respectueusement, nous aurions tendance à dire que c'est l'arrêt de 2004 qui est à l'origine du problème, et non les cinq arrêts et ordonnances qui ont été rendus avant comme après.

VI. Conclusions

25. Madame le président, Messieurs de la Cour, les Parties ont reçu une lettre du greffier en date du 6 mai 2008, les invitant à exposer leurs arguments sur ces questions d'accès à la Cour. Nous avons cru comprendre que cette lettre visait les questions que pose l'article 35 du Statut, au regard des faits, au regard du droit et au regard aussi, bien sûr, de la jurisprudence de la Cour. En réalité, nous avons déjà pris l'initiative de nous pencher sur ces questions, car nous en avons perçu la pertinence et l'importance. La lettre du greffier était donc la bienvenue. Nous nous attendions à entendre la Serbie s'exprimer sur ces points. Et peut-être l'entendrons-nous, au second tour, exposer son avis sur la manière dont la Cour devrait concilier ces deux arrêts contradictoires. Quoi qu'il en soit, notre conclusion sur la première question est simple : nous estimons que, en fait et en droit, la RFY avait, le 2 juillet 1999, avec l'Organisation des Nations Unies, une relation spéciale, qui a été qualifiée à bon droit de *sui generis*. Compte tenu des attributions qui étaient les siennes, cette situation s'apparentait à une appartenance en qualité de Membre. La RFY ne pouvait peut-être pas participer aux travaux de l'Assemblée générale ou de l'ECOSOC, mais rien ne l'empêchait de participer à ceux de tel ou tel autre organe de l'Organisation des Nations Unies, de telle ou telle autre institution de l'Organisation des Nations Unies, ou de tel ou tel autre programme de l'Organisation des Nations Unies et rien ne l'empêchait d'ester devant la Cour au titre du paragraphe 1 de l'article 35. Disons les choses autrement : vous n'avez pas jugé que le paragraphe 1 de l'article 35 excluait la compétence dans le cas de l'affaire introduite par la Bosnie à l'encontre de la RFY, en 1993, en 1996, en 2003 ou encore en 2007. Pourquoi en irait-il autrement en l'espèce ?

26. Madame le président, voilà qui clôt mon exposé, et je vous remercie, ainsi que les membres de la Cour, de votre attention. J'ai jeté un œil à ma montre et je ne sais pas si le moment est venu de faire une pause, ou si M. Crawford devrait commencer sa plaidoirie.

32

Le **PRESIDENT** : Si M. Crawford veut bien parler sans s'interrompre pendant les 60 minutes que doit durer son intervention, nous pourrions marquer une pause maintenant. L'audience est suspendue. Je vous remercie.

L'audience est suspendue de 11 h 15 à 11 h 30.

Le **PRESIDENT** : Veuillez vous asseoir. M. Crawford, vous avez la parole.

M. **CRAWFORD** : Madame le président, Messieurs de la Cour :

VI. QUESTION DE L'ACCES DE LA SERBIE A LA COUR

Introduction

1. Au cours de cet exposé, j'examinerai deux arguments relatifs à l'accès à la Cour, question que cette dernière, dans sa lettre du 6 mai 2008, nous a demandé de traiter. Il s'agissait là d'une demande inhabituelle, bien que tout à fait compréhensible ; en tout état de cause, nous avons l'intention de nous livrer à un examen approfondi de l'article 35. En revanche, la lettre de la Cour a suscité de la part de la Serbie une réponse inhabituelle et bien moins compréhensible. Nos contradicteurs n'ont en effet rien dit au sujet du paragraphe 2 de l'article 35, sinon brièvement pour évoquer les arrêts *OTAN*. Ils ne sont pas livrés à la moindre analyse desdits arrêts, des opinions individuelles et dissidentes ni de l'examen de la Cour dans son arrêt ultérieur de 2007. Pas la moindre analyse. En exposant mes deux arguments, je ne serai donc pas en mesure de répondre à la Serbie. Ce n'est d'ailleurs pas la première fois que cette dernière refuse de développer sa thèse sur un point sur lequel il lui faudrait pourtant le faire. Je me contenterai donc de répondre à l'invitation de la Cour, et ce, tout comme elle, sans l'aide de la Serbie.

2. Le premier des deux arguments a trait aux conséquences devant être tirées du fait évident que la présente espèce a effectivement commencé à la date à laquelle elle a été introduite en 1999 — date depuis laquelle la Cour en est saisie —, et qu'elle a continué d'exister après que le défendeur a été admis au sein de l'Organisation des Nations Unies, le 1^{er} novembre 2000. Par cette admission, toute lacune qui aurait pu exister avant cette date a été comblée.

3. Le deuxième argument porte sur le paragraphe 2 de l'article 35 du Statut de la Cour et la décision que cette dernière a formulée sur ladite disposition dans les affaires *OTAN*. A supposer,

33

quod non, que la Cour n'a compétence que si les conditions nécessaires étaient remplies en 1999, à l'époque où la présente instance a été introduite, je démontrerai que le défendeur avait alors qualité pour ester devant la Cour en vertu du paragraphe 2 de l'article 35 et quel qu'ait été son statut à l'égard de l'Organisation des Nations Unies. S'il en est ainsi, c'est parce que l'article IX de la convention sur le génocide constituait, à l'époque, une disposition particulière d'un traité en vigueur.

4. Pour des raisons que vous comprendrez, j'appellerai le premier de ces arguments l'argument *Mavrommatis*, même si j'aurais pu, respectueusement, le qualifier de façon plus appropriée d'argument Tomka (affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt du 27 février 2007, opinion individuelle du juge Tomka, par. 24-36). Quant au second argument, je l'appellerai argument des «traités en vigueur». Sur la base de chacun de ces arguments, la Cour a compétence.

5. Ces arguments reposent — ou devraient reposer — sur deux points fondamentaux, lesquels devraient être tenus pour acquis.

6. Le premier de ces points est que le défendeur en la présente espèce est aujourd'hui — et a été à toutes les époques pertinentes — un Etat en droit international. La condition fondamentale, la vraie question de la capacité d'ester devant la Cour, d'être partie à une instance devant elle ne fait pas le moindre doute. Elle est énoncée séparément et clairement au paragraphe 1 de l'article 34 du Statut de la Cour. Cette dernière doit s'assurer, si nécessaire de sa propre initiative, que cette condition est remplie dans toute affaire. En la présente espèce, cette condition est remplie. Ainsi que je l'ai indiqué, le défendeur est un Etat, et il l'a été à toutes les époques pertinentes.

7. Le second point fondamental est qu'il s'agit, pour ainsi dire, du bon Etat — je veux dire par là du bon défendeur. La responsabilité que la Croatie invoque en la présente espèce est la responsabilité de cet Etat, le défendeur ici présent. J'ai d'ores et déjà démontré la continuité de cette responsabilité en vertu de la convention sur le génocide. A n'en pas douter, le défendeur conteste cette responsabilité, mais il s'agit là d'une question de fond. Ce qui importe à ce stade est que l'Etat qui comparaît devant vous est le même qu'en 1992. Depuis lors, le défendeur avait toujours affirmé qu'il était lié par la convention sur le génocide. Ce n'est que le 12 mars 2001, soit

quelques semaines après le dépôt du mémoire en la présente espèce, qu'il a mis à exécution son plan visant à se soustraire à la responsabilité qui lui incombe en vertu de la convention sur le génocide. A cette date, Madame le président, Messieurs de la Cour, il était trop tard.

A. Le principe *Mavrommatis* : toutes les conditions de fond pour que la Cour ait compétence étaient réunies le 1^{er} novembre 2000

34

8. J'en arrive maintenant à mon premier argument, lequel est fondé sur ce que j'ai appelé le principe *Mavrommatis*. Pour le formuler aussi simplement que possible, cet argument consiste à dire que toutes les conditions de fond pour que la Cour ait compétence étaient réunies, au plus tard, lorsque le défendeur a été admis au sein de l'Organisation des Nations Unies, le 1^{er} novembre 2000. Une instance avait été dûment introduite devant la Cour par la Croatie, et il y avait donc *saisine*. Le défendeur était, aux époques pertinentes, partie à la convention sur le génocide, et il existait donc manifestement un *fondement juridique à la demande*. Le défendeur était un Etat dont le consentement inconditionnel à la juridiction de la Cour en vertu de la convention sur le génocide était en vigueur, et il y avait donc *consentement à la juridiction*. Le défendeur était, au moins depuis le 1^{er} novembre 2000, partie au Statut de la Cour, et il avait donc *accès à la Cour*. Premièrement : *saisine* ; deuxièmement : existence d'un *fondement juridique à la demande* ; troisièmement : *consentement à la juridiction* ; quatrièmement : *accès à la Cour*. Qui pourrait prétendre qu'il existerait une cinquième condition pour que la Cour puisse connaître d'une affaire ? Le principe *Mavrommatis* est le principe selon lequel ces quatre éléments de fond doivent être réunis à un moment donné, l'ordre dans lequel cela se produit étant une pure question de forme et n'ayant aucune incidence sur la compétence de la Cour.

[Projection de l'image]

9. L'historique de la procédure en l'affaire *Mavrommatis* (*Concessions Mavrommatis en Palestine, C.P.J.I. série A n° 2, 1924, p. 34.*) est projeté à l'écran ; pour votre commodité, cette diapositive et les suivantes figurent dans votre dossier, sous l'onglet 8. La Grèce a déposé sa requête en l'affaire *Mavrommatis* le 13 mai 1924. Le 6 août 1924 ont été déposés les instruments de ratification du traité de Lausanne, y compris le protocole XII.

10. La Grande-Bretagne avait soutenu que la Cour permanente n'avait pas compétence car, au moment du dépôt de la requête, le protocole XII n'était pas en vigueur. La Cour a répondu à cet argument de la manière suivante :

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

35 Permettez-moi de souligner l'expression «ce fait aurait été couvert». La question est de savoir si les conditions pour que la juridiction puisse être exercée sont «couvertes» — c'est-à-dire, si elles sont réunies — au moment pertinent, et non l'ordre chronologique dans lequel elles ont été remplies.

[Fin de la projection]

11. La Cour permanente a adopté une approche similaire, quoique l'exprimant de manière plus succincte, en l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*. L'usine de Chorzów était l'un des intérêts allemands, et la Pologne avait formulé une exception préliminaire selon laquelle «une divergence de vues au sujet de l'interprétation et de l'application de la Convention de Genève n'aurait pas été constatée avant l'introduction de la Requête» (*Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, compétence, arrêt n° 6, 1925, C.P.J.I. série A n° 6, p. 13*). La Cour a relevé que l'article 23 de la convention de Genève de 1922 n'exigeait pas qu'une procédure spéciale, par voie de notification ou de négociation, précède l'introduction de la requête. Elle a cependant poursuivi en indiquant :

«Même si la nécessité d'une contestation formelle ressortait de l'article 23, cette condition pourrait être à tout moment remplie par un acte unilatéral de la Partie demanderesse. La Cour ne pourrait s'arrêter à un défaut de forme qu'il dépendrait de la seule Partie intéressée de faire disparaître.» (*Ibid.*, p. 14.)

La Cour a dit la même chose en ce qui concerne la deuxième partie de l'affaire, à savoir les grands fonds ruraux : «si la requête était, par ce motif, déclarée prématurée, le Gouvernement allemand serait libre de la renouveler le lendemain» (*ibid.*, p. 22).

12. La présente Cour a suivi le même raisonnement dans plusieurs affaires. En l'affaire du *Nicaragua (Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 392)*, les Etats-Unis avaient protesté contre l'invocation par le Nicaragua, dans son mémoire, du traité bilatéral d'amitié, de commerce et de navigation de 1956 comme base de compétence complémentaire de la Cour, le Nicaragua n'ayant pas indiqué cette base de compétence dans la requête (*ibid.*, p. 426, par. 77-18). La Cour a répondu :

36

«Vu [l]es dispositions [pertinentes] du traité de 1956, ... il n'est pas douteux que, dans les circonstances où le Nicaragua a présenté sa requête à la Cour et d'après les faits qui y sont allégués, il existe un différend entre les Parties, notamment quant à 'l'interprétation ou à l'application' du traité. Il est clair aussi que ce différend 'ne pourrait pas être réglé d'une manière satisfaisante par la voie diplomatique' au sens de l'article XXIV du traité de 1956... De l'avis de la Cour, parce qu'un Etat ne s'est pas expressément référé, dans des négociations avec un autre Etat, à un traité particulier qui aurait été violé par la conduite de celui-ci, il n'en découle pas nécessairement que le premier ne serait pas admis à invoquer la clause compromissoire dudit traité. Les Etats-Unis savaient avant l'introduction de la présente instance que le Nicaragua affirmait que leur comportement constituait une violation de leurs obligations internationales; ils savent maintenant qu'il leur est reproché d'avoir violé des articles précis du traité de 1956. Il n'y aurait aucun sens à obliger maintenant le Nicaragua à entamer une nouvelle procédure sur la base du traité — ce qu'il aurait pleinement le droit de faire.» (*Ibid.*, p. 428-429, par. 83.)

Après avoir cité le passage de l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* auquel je me suis déjà référé, la Cour indiqué :

«En conséquence la Cour conclut que, dans la mesure où les demandes formulées dans la requête du Nicaragua révèlent l'existence d'un différend sur l'interprétation ou l'application des articles du traité de 1956 mentionnés ... la Cour a compétence pour en connaître en vertu de ce traité.» (*Ibid.*, p. 429.)

13. En l'affaire de la *Bosnie (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. 595)*, la chronologie a été plus complexe. Elle se lit comme suit :

[Projection]

6 mars 1992 : Indépendance de la Bosnie-Herzégovine

- 22 mai 1992 : La Bosnie-Herzégovine devient Membre de l'Organisation des Nations Unies
- 29 décembre 1992 : Notification de succession à l'égard de la convention sur le génocide (avec effet à compter du 6 mars 1992)
- 18 mars 1993 : Notification aux parties de la succession de la Bosnie-Herzégovine
- 20 mars 1993 : Dépôt de la requête de la Bosnie-Herzégovine
- 14 décembre 1995 : Entrée en vigueur des accords de Dayton-Paris.

14. La Yougoslavie a fait valoir que, à supposer même que la Bosnie-Herzégovine ait été liée par la Convention en mars 1993, au moment du dépôt de la requête, ladite Convention n'aurait pu, à cette époque, entrer en vigueur entre les parties, car les deux Etats ne se reconnaissaient pas et les conditions nécessaires pour conférer une base consensuelle à la juridiction de la Cour faisaient par conséquent défaut. Le défendeur a soutenu que les parties n'étaient pas liées par la Convention avant leur reconnaissance mutuelle par l'entrée en vigueur, le 14 décembre 1995, des accords de Dayton-Paris (*ibid.*, p. 612-613, par. 25). Ecartant cet argument, la Cour a indiqué :

37

«Certes, la compétence de la Cour doit normalement s'apprécier à la date du dépôt de l'acte introductif d'instance. Cependant la Cour, comme sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale, a toujours eu recours au principe selon lequel elle ne doit pas sanctionner un défaut qui affecterait un acte de procédure et auquel la partie requérante pourrait aisément porter remède.

.....

En l'occurrence, quand bien même il serait établi que les Parties, qui étaient liées chacune par la convention au moment du dépôt de la requête, ne l'auraient été entre elles qu'à compter du 14 décembre 1995, la Cour ne saurait écarter sa compétence sur cette base dans la mesure où la Bosnie-Herzégovine pourrait à tout moment déposer une nouvelle requête, identique à la présente, qui serait de ce point de vue inattaquable. Au vu de ce qui précède, la Cour estime devoir rejeter la troisième exception préliminaire de la Yougoslavie.» (*Ibid.*, p. 613-614, par. 26.)

[Fin de la projection]

15. En résumé, Madame le président, Messieurs de la Cour, le principe *Mavrommatis* est le principe selon lequel, même si les conditions de la compétence sont remplies dans le désordre, cela n'empêche pas la Cour d'exercer sa juridiction, pourvu que lesdites conditions soient bien remplies à un moment donné. Les requêtes prématurées sont «couvert[es] par le dépôt ultérieur des ratifications requises» (*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 34*).

[Projection de l'image]

16. J'en viens maintenant aux faits de la présente espèce. La chronologie est projetée à l'écran mais vous la connaissez fort bien.

12 janvier 1951	La RFSY devient partie à la Convention sur le génocide sans formuler de réserve.
27 avril 1992	La RFY affirme qu'elle «respectera strictement tous les engagements» que la RFSY a pris à l'échelon international.
22 mai 1992	La Croatie est admise en tant que Membre de l'Organisation des Nations Unies.
12 octobre 1992	La Croatie notifie sa succession à la Convention sur le génocide avec effet à compter du 8 octobre 1991.
2 juillet 1999	Dépôt de la requête de la Croatie.
1 ^{er} novembre 2000	La RFY est admise en tant que Membre de l'Organisation des Nations Unies.

Même si la situation du défendeur a pu, avant le 1^{er} novembre 2000, présenter certains défauts — et nous affirmons que tel n'est pas le cas —, il était possible d'y porter remède et cela a été fait à cette date. Le 2 novembre 2000, une affaire continuait de figurer au rôle de la Cour. Cette affaire avait été introduite contre le présent défendeur. A cette date, ce dernier était partie au Statut de la Cour. Il était partie à la Convention sur le génocide et ce, sans avoir formulé la moindre réserve. Toutes les conditions pour que la Cour puisse connaître de l'affaire au fond étaient réunies à cette date. Refuser de connaître de cette affaire au motif que ces conditions ont été réunies dans le désordre serait contradictoire avec le principe *Mavrommatis*.

38

17. Il convient de souligner que l'argument du défendeur n'est formulé que *maintenant*, et qu'il l'est par un Etat que rien ne prive de sa capacité d'agir devant la Cour et de l'accès à cette dernière. Ledit argument repose en effet sur un défaut de qualité pour agir qui n'est plus le sien et qui, depuis le 1^{er} novembre 2000, a perdu toute pertinence. Faire droit à l'argument de la Serbie ne reviendrait pas seulement à juger que la réserve qu'elle a formulée à l'article IX de la Convention sur le génocide est valable, ce qui, ainsi que M. Sands l'a démontré, n'est pas le cas. Cela reviendrait également à lui conférer un effet rétroactif. Quelqu'effet prospectif que les réserves puissent avoir, personne ne leur confère d'effet *rétroactif*.

18. On pourrait soutenir que, s'il est vrai que la Croatie aurait pu introduire la présente instance le 1^{er} mars 2001, date à laquelle le consentement inconditionnel du défendeur à la compétence de la Cour en vertu de la convention sur le génocide ne faisait de doute pour personne, elle ne l'a pas fait. Qu'a fait la Croatie le 1^{er} mars 2001 ? Elle a déposé son mémoire ! Soutenir que, plutôt que de déposer son mémoire, elle aurait dû déposer une requête ne serait que pur formalisme, formalisme que la Cour a écarté en l'affaire *Mavrommatis* et dans des affaires ultérieures. En effet, dans aucune des affaires *Mavrommatis*, *Haute-Silésie*, *Nicaragua* ou *Bosnie* la Cour n'a exigé qu'une nouvelle instance soit introduite.

19. En tout état de cause, pourquoi la Croatie aurait-elle dû accomplir des formalités aussi manifestement superflues ? Au 1^{er} mars 2001, la Cour avait confirmé sans équivoque que le défendeur avait qualité pour être partie à une instance en vertu de l'article IX de la convention sur le génocide. Au cours de la période allant de 1992 jusqu'à la date de son admission au sein de l'Organisation des Nations Unies, le défendeur a présenté au total à la Cour — si je compte bien — quarante requêtes, pièces de procédure, demandes ou documents analogues, soit plus que tout autre Etat. La liste est pour le moins imposante. Vous la trouverez dans votre dossier, sous l'onglet 9. Je prie toutefois mes contradicteurs de bien vouloir m'excuser si j'ai sous-estimé leur impressionnante production judiciaire pendant la période en question. Et tout cela, prétendent-ils aujourd'hui, de la part d'un Etat qui n'avait pas accès à la Cour ! Si c'est cela que font les Etats qui n'ont pas accès à la Cour, Dieu seul sait ce que font ceux qui y ont bien accès !

39

20. Mais si, Madame le président, Messieurs de la Cour, *si* la Croatie avait dû accomplir un quelconque acte concret après le 1^{er} novembre 2001, c'est-à-dire à une époque où toutes les conditions pour que la Cour ait compétence étaient *assurément* remplies, elle a satisfait à cette exigence par le dépôt de son mémoire. En effet, peut-il y avoir confirmation plus claire d'une requête que le dépôt d'un mémoire qui l'étaye et lui donne du contenu ? Certes, elle aurait pu lui être annexée. Peut-être qu'à l'avenir, tout le monde fera figurer sa requête en annexe 1 de son mémoire, au cas où. Le droit international n'impose pas que les étapes de la procédure soient répétées — mais il s'agissait bien là, s'il en est, d'une étape de la procédure.

[Fin de la projection.]

21. Compte tenu de ce qui précède, la Croatie considère que la Cour peut se déclarer compétente en la présente espèce au simple fondement que, lorsque le défendeur est devenu partie au Statut, tout vice qui aurait pu exister auparavant a été «couvert», pour reprendre le terme que la Cour permanente a utilisé en l'affaire *Mavrommatis*. Si la Cour en décide ainsi, elle n'aura pas à trancher les questions soulevées par d'autres aspects de l'article 35.

B. Accès à la Cour en vertu du paragraphe 2 de l'article 35 du Statut

22. Madame le président, Messieurs de la Cour, c'est avec une certaine appréhension que j'en viens maintenant à mon deuxième argument. Celui-ci porte sur la qualité qu'a le défendeur d'ester devant la Cour en vertu du paragraphe 2 de l'article 35 du Statut du fait qu'il a, à tous les moments pertinents, été partie à la convention sur le génocide. Ce n'est pas souvent qu'un conseil est amené à faire valoir devant la Cour qu'une décision expresse récemment rendue par elle est erronée. Si je le fais aujourd'hui — à propos de votre décision sur le sens à attribuer au paragraphe 2 de l'article 35 du Statut —, soyez convaincus que c'est sans irrévérence envers la Cour en tant qu'institution, ni envers les différents juges qui ont siégé dans ces affaires.

23. Mais la question du paragraphe 2 de l'article 35 n'a été soulevée par aucun des Etats parties aux affaires *OTAN*, pas même la Serbie, qui était alors partie demanderesse. Dans ces conditions, la Cour comprendra, j'en suis certain, que j'y revienne ici. Je le fais en partant du principe que la Serbie était, à tous les moments pertinents, partie à la convention sur le génocide et parce que la Croatie a accusé de génocide des personnes dont la conduite relève ou pourrait relever de la responsabilité du défendeur.

[GRAPHIQUE]

24. Je commencerai, comme il se doit, par citer le libellé même de l'article 35.

Il se lit ainsi :

«Article 35

1. La Cour est ouverte aux Etats parties au présent Statut.
2. Les conditions auxquelles elle est ouverte aux autres Etats sont, sous réserve des dispositions particulières des traités en vigueur, réglées par le Conseil de sécurité, et, dans tous les cas, sans qu'il puisse en résulter pour les parties aucune inégalité devant la Cour.

3. Lorsqu'un Etat, qui n'est pas Membre des Nations Unies, est partie en cause, la Cour fixera la contribution aux frais de la Cour que cette partie devra supporter. Toutefois, cette disposition ne s'appliquera pas si cet Etat participe aux dépenses de la Cour.»

25. Commençons par souligner que toutes les autres formules employées à l'article 35 le sont sans conteste dans leur sens courant. Chacune d'entre elles renvoie à tel ou tel élément de l'article 35 qui s'applique au moment dont il s'agit alors, aux choses telles qu'elles sont, et non telles qu'elles étaient le jour de l'adoption de la Charte — le 26 juin 1945 — ou le jour de son entrée en vigueur. De fait, la Charte est entrée en vigueur le 24 octobre 1945 mais (ainsi que la Cour l'a relevé dans l'affaire de la *Barcelona Traction*), cette entrée en vigueur aurait aussi bien pu être considérablement différée³⁷. La Cour est ouverte aux Etats qui sont parties au Statut à tel ou tel moment. Les «autres Etats» visés au paragraphe 2 de l'article 35 sont les Etats non parties au Statut à ce moment. Les conditions réglées par le Conseil de sécurité au sens du paragraphe 2 de l'article 35 sont celles qui sont réglées à ce moment. Toutes ces formulations renvoient à la situation telle qu'elle se présente à ce moment, et non telle qu'elle se présentait un jour donné de 1945.

26. Et il en va nécessairement de même pour le membre de phrase «des dispositions particulières des traités en vigueur». Au sens littéral, il vise les traités en vigueur à la date pertinente, celle à laquelle l'«autre» Etat vient à ester devant la Cour. Cette disposition, clairement, n'est pas destinée à donner effet permanent aux traités en vigueur au 26 juin 1945 ou au 24 octobre 1945, conférant compétence à la Cour. A vrai dire, d'après nos recherches, pourtant exhaustives, aucun traité de cette nature n'existait à l'une ou l'autre de ces dates. Pas une seule des listes de traités établies par les pays — nous en avons consulté une bonne dizaine — n'en répertorie. Le *Recueil des traités* des Nations Unies n'en mentionne aucun et les publications de la Cour elle-même, pas davantage. C'est à l'article 37, et non au paragraphe 2 de l'article 35, que l'on trouve les dispositions relatives aux traités conférant compétence à la Cour permanente — je reviendrai sur cet article dans quelques instants.

27. Supposons néanmoins — même si les faits le démentent — qu'un traité prévoyant expressément la compétence de la Cour ait été en vigueur à la date du 26 juin 1945 ou du

³⁷ C.I.J. *Recueil* 1964, p. 6, p. 35.

41

24 octobre 1945. Ce traité aurait été couvert par le paragraphe 2 de l'article 35. Supposons encore que, par la suite, il ait été mis fin à ce traité ou que celui-ci ait été remplacé — une éventualité des plus plausibles. A l'évidence, ce traité n'aurait plus pu être invoqué. L'expression «traités en vigueur», telle qu'elle figure au paragraphe 2 de l'article 35, ne saurait simplement renvoyer aux «traités qui étaient en vigueur au moment de l'adoption de la Charte». Un traité ne saurait être invoqué à moins d'être en vigueur au moment où il est invoqué : telle est précisément la raison pour laquelle le sens ordinaire de l'expression «traités en vigueur» est celui que j'ai indiqué. Au lieu de quoi, le défendeur est amené à interpréter l'expression «traités en vigueur» comme signifiant «traités en vigueur à la date du 26 juin 1945 ou du 24 octobre 1945, qui continuent de l'être au moment pertinent». Je le dis respectueusement, ce n'est pas là interpréter un passage — c'est le réécrire entièrement.

28. Le paragraphe 3 de l'article 35 apporte un autre élément à l'appui de notre démonstration. Cette disposition prévoit que la Cour — et j'insiste bien, la Cour — fixe la contribution à ses frais que devra supporter l'Etat non membre, à moins qu'il ne «participe aux dépenses de la Cour». Or, un Etat non membre de l'Organisation des Nations Unies peut avoir accès à la Cour de deux façons, en dehors de la clause relative aux traités en vigueur. L'une est de devenir partie au Statut en vertu du paragraphe 2 de l'article 93 de la Charte, à des conditions — notamment en ce qui concerne les contributions exigibles — déterminées par l'Assemblée générale sur recommandation du Conseil de sécurité. L'autre consiste pour lui à se prévaloir des conditions réglées par le Conseil de sécurité en vertu du paragraphe 2 de l'article 35, auquel cas les contributions aux frais pourront être fixées par ce dernier : en réalité, la résolution 9 (I) du Conseil de sécurité de 1946 ne fait pas mention de ces contributions, mais elle aurait pu le faire. Pourquoi mêler la Cour à la question des contributions aux frais ? Parce qu'il existe une troisième voie d'accès à la Cour, ne faisant intervenir ni l'Assemblée générale ni le Conseil de sécurité : celle qu'ouvre la clause relative aux traités en vigueur. Le fait qu'il revient à la Cour de fixer le montant des contributions des «autres» Etats est une marque d'ouverture, et non l'inverse.

[Fin de la projection]

29. Examinons maintenant le contexte du Statut dans son ensemble. Référence à des traités ou autres instruments en vigueur y est faite en quatre endroits, qui sont les suivants :

«Article 35 2)

«[S]ous réserve des dispositions particulières des traités en vigueur.»

42

Article 36 1)

[T]ous les cas spécialement prévus ... dans les traités et conventions en vigueur...»

Article 36 5)

«Les déclarations faites en application de l'article 36 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale pour une durée qui n'est pas encore expirée...»

Article 37

«Lorsqu'un traité ou une convention en vigueur prévoit le renvoi à une juridiction que devait instituer la Société des Nations ou à la Cour permanente de Justice internationale...»

30. Ces quatre dispositions se répartissent en deux catégories très clairement définies. La première, qui regroupe le paragraphe 5 de l'article 36 et l'article 37, concerne la question spécifique des déclarations faites en vertu de la clause facultative et des traités prévoyant la compétence de la Cour permanente. La seconde catégorie, dont relèvent le paragraphe 2 de l'article 35 et le paragraphe 1 de l'article 36, comporte des références assez générales à la compétence spécialement prévue par les traités en vigueur. Ces deux dispositions — le paragraphe 2 de l'article 35 et le paragraphe 1 de l'article 36 — sont rédigées en des termes identiques — «dispositions particulières»/«spécialement prévues» («special provisions» et «specially provided», en anglais) ; «traités en vigueur»/«traités et conventions en vigueur». Force est de supposer que les mêmes termes ou expressions tels qu'employés dans ces paragraphes ont le même sens.

31. Or, il va de soi — et la majorité, dans les affaires *OTAN*, l'a expressément admis (*C.I.J. Recueil 2004*, p. 319, par. 101) — que l'expression «traités et conventions en vigueur» utilisée au paragraphe 1 de l'article 36 renvoie aux traités en vigueur au moment précis dans le temps dont il s'agit — elle ne vise pas les traités en vigueur au moment de l'adoption de la Charte. Il doit en aller de même en ce qui concerne les termes comparables employés au paragraphe 2 de l'article 35.

32. Qu'en est-il des références faites dans les dispositions relevant de l'autre catégorie — à savoir le paragraphe 5 de l'article 36 et l'article 37 ? Si vous me le permettez, je les examinerai l'une après l'autre.

33. Le paragraphe 5 de l'article 36 est ainsi libellé :

«5. Les déclarations faites en application de l'article 36 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale pour une durée qui n'est pas encore expirée seront considérées, dans les rapports entre parties au présent Statut, comme comportant acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice pour la durée restant à courir d'après ces déclarations et conformément à leurs termes.»

43

Cette disposition est rédigée en des termes qui n'ont rien à voir avec ceux du paragraphe 2 de l'article 35. Elle vise des déclarations faites, par définition, par le passé — la dernière déclaration faite en application de l'article 36 du Statut de la Cour permanente remonte à 1940. Elle utilise les termes « qui n'est pas encore expirée » («still in force»). Dans la version anglaise, le mot «still» est répété dans le cadre de ce qui constitue une disposition transitoire classique : le français, plus élégant, se contente d'un seul «encore». En outre, le paragraphe 5 de l'article 36 porte expressément sur la question de la continuité de la validité de ces déclarations : «pour la durée restant à courir d'après ces déclarations et conformément à leurs termes». Il n'existe pas de formulation équivalente au paragraphe 2 de l'article 35 mais — selon le défendeur — il aurait dû y en avoir.

34. La question de savoir si le paragraphe 5 de l'article 36 est resté en vigueur après 1945 a été tranchée par la Cour dans l'affaire relative à l'*Incident aérien (Incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie), arrêt, C.I.J. Recueil 1959, p. 127)*. La question était de savoir si la déclaration faite par la Bulgarie en vertu de la clause facultative en 1921 était encore en vigueur («still in force») en 1955, date à laquelle la Bulgarie fut admise au sein de l'Organisation des Nations Unies et devint, de ce fait, partie au Statut de la Cour. La majorité estima que non, et que le paragraphe 5 de l'article 36 n'était qu'une disposition transitoire, applicable uniquement aux premiers signataires de la Charte. Le passage suivant de l'arrêt donne une bonne idée du raisonnement suivi. Renvoyant au paragraphe 5 de l'article 36, la Cour conclut :

«Par sa nature et par son but, cette disposition transitoire n'est applicable qu'à la situation transitoire qu'on a entendu régler et qui comportait la coïncidence de l'institution d'une Cour nouvelle avec la dissolution de l'ancienne Cour. Tout autre

est la situation lorsque, l'ancienne Cour et l'acceptation de sa juridiction obligatoire ayant disparu depuis longtemps, un Etat devient partie au Statut de la nouvelle Cour : il n'y a pas alors de situation transitoire à régler par application de l'article 36, paragraphe 5.» (*Ibid.*, p. 139.)

35. Contrairement au paragraphe 5 de l'article 36 qui est expressément une disposition transitoire, le paragraphe 2 de l'article 35 n'en est nullement une. Il peut toujours y avoir des Etats non parties au Statut de la Cour : il y en a plusieurs à l'heure actuelle.

36. Ainsi, l'arrêt rendu en l'affaire *Israël c. Bulgarie* ne contient rien qui puisse inciter à croire que l'expression «traités en vigueur» renverrait uniquement aux traités en vigueur en 1945 ou 1946. La question n'a pas été abordée dans le cadre de cette affaire.

44 37. En outre, la décision rendue en l'affaire *Israël c. Bulgarie* n'a pas eu d'effet restrictif sur l'interprétation que la Cour a faite de la seconde disposition transitoire — l'article 37. En 1964, dans l'affaire de la *Barcelona Traction (exceptions préliminaires)*, la Cour a clairement indiqué que l'expression «traité ou convention en vigueur» telle qu'employée à l'article 37, renvoyait au moment dont il était alors question, et ne visait pas exclusivement les traités en vigueur à la date de l'adoption de la Charte. Comme l'a dit la Cour, «[l']affaire *Israël c. Bulgarie* était en un sens *sui generis*» (*C.I.J. Recueil 1964*, p. 29). L'expression portait sur des déclarations unilatérales ; elle ne portait pas sur des traités, et à fortiori sur «certaines conventions générales multilatérales de grande importance [ayant] apparemment un caractère durable» (*ibid.*). L'article 37 n'était pas à interpréter en un sens restrictif selon lequel un hiatus fortuit aurait entraîné une perte de juridiction. En conséquence, l'expression «traité ou convention en vigueur» telle qu'employée à l'article 37 renvoyait à un traité ou à une convention en vigueur au moment pertinent — en l'occurrence, en 1955, lorsque l'Espagne est devenue Membre de l'Organisation des Nations Unies.

38. Parmi les facteurs que la Cour a pris en considération en 1964 pour parvenir à cette conclusion, figurait le souci de ne pas créer d'inégalité ni de discrimination en faveur des Etats devenus parties au Statut après 1946 (voir *ibid.*, p. 36). Mais compte tenu de son sens ordinaire et naturel, le paragraphe 2 de l'article 35 n'engendre rien de tel. Seules les parties au traité en vigueur sont liées par ses termes, de sorte que le principe du consentement est maintenu. Un Etat ne peut participer au système de la clause facultative par le biais du paragraphe 2 de l'article 35. Nul n'échappe à l'obligation de participer aux frais, puisque la Cour peut fixer la contribution des Etats en application du paragraphe 3 de l'article 35.

[Fin de la projection]

39. La Cour a jusqu'à présent insisté sur le fait qu'elle est ouverte à tous les Etats, qu'ils soient ou non parties à son Statut, sans établir de distinctions arbitraires ou artificielles ni insister sur des points de pure forme. Telle était la pratique de la Cour permanente et, jusqu'aux décisions de 2004 dans les affaires *OTAN*, telle était également la vôtre.

40. En ce qui concerne la Cour permanente, je prendrai deux exemples : l'affaire relative la *Haute-Silésie polonaise* et l'affaire du *Lotus*.

[Graphique]

41. Vous voyez apparaître à l'écran la chronologie en l'affaire de la *Haute-Silésie polonaise* :

- 1^{er} septembre 1921 : le Statut de la CPJI entre en vigueur ;
- 15 mai 1922 : la convention entre la Pologne et l'Allemagne relative à la Haute-Silésie — communément appelée la convention de Genève — est adoptée. Elle entre en vigueur le 3 juin 1922 ;
- 15 mai 1925 : l'Allemagne introduit une instance contre la Pologne sur le fondement de l'article 23 de la convention de 1922 ;
- 45** — 8 septembre 1926 : *après, donc, l'introduction de l'instance, l'Allemagne devient Membre de la Société des Nations ;*
- 11 mars 1927 : l'Allemagne ratifie le Statut de la Cour permanente.

42. Si la position qu'elle a adoptée dans les affaires *OTAN* était justifiée, la Cour aurait dû alors conclure à son incompétence. Mais elle s'est, bien sûr, déclarée compétente, indiquant, entre autres :

«Avant d'examiner les exceptions préliminaires soulevées par la Pologne, il convient de constater que les deux Parties sont d'accord pour reconnaître que l'article 23 de la Convention de Genève rentre dans la catégorie des «cas spécialement prévus dans les traités et conventions en vigueur», visés à l'article 36 du Statut de la Cour, et le Gouvernement polonais ne conteste pas que la Cour soit régulièrement saisie en conformité des articles 35 et 40 du Statut.» (*Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (exceptions préliminaires)*, C.P.J.I. série A n° 6 (1925), p. 11.)

43. Certes, la référence qui est faite dans le passage dont je viens de donner lecture concerne les «traités et conventions en vigueur» visés à l'article 36 du Statut, et non les «traités en vigueur» visés à l'article 35. Mais l'Allemagne ne pouvait ester devant la Cour, en cette affaire, que sur le

fondement de l'article 35, et la Cour l'a expressément reconnu en faisant, par la suite, référence à cet article. En 1925, l'Allemagne n'était pas partie au Statut, elle n'était pas membre de la Société de Nations. Elle ne figurait pas parmi les Etats répertoriés en annexe du pacte. La compétence de la Cour était fondée sur l'article 23 de la convention de Genève, conclue et entrée en vigueur après l'entrée en vigueur du Statut de la Cour permanente. L'Allemagne n'a pas fait de déclaration particulière ou générale d'acceptation de la juridiction de la Cour, dans les termes prévus par la résolution du Conseil du 17 mai 1922 faite elle-même conformément à l'article 35. Seuls trois Etats firent de telles déclarations : le Liechtenstein et Monaco — il s'agissait de déclarations générales ; et la Turquie, dans des circonstances sur lesquelles je reviendrai dans un instant. Pour sa part, l'Allemagne n'a jamais fait de déclarations de cette nature. Elle s'est exclusivement fondée sur les termes des dispositions spéciales de traités en vigueur, et la Cour a accueilli cette démarche.

[Fin de la projection]

[Nouveau graphique]

46

44. La publication de la Cour permanente intitulée *Collection des textes gouvernant la compétence de la Cour* répertoriait un certain nombre d'accords auxquels étaient parties des Etats non membres de la Société des Nations, comme l'Allemagne, et qui avaient été conclus après l'entrée en vigueur du Statut le 1^{er} septembre 1921. Nous en avons retrouvé une trentaine. J'en donnerai quelques exemples. L'un de ces traités était l'accord conclu à Londres le 30 août 1924 entre les gouvernements alliés et l'Allemagne pour l'exécution du Plan des Experts du 9 avril 1924³⁸. Cet accord portait sur la stabilisation de la devise allemande et l'article 10 prévoyait que toute contestation qui pourrait naître entre les Alliés et l'Allemagne serait soumise à la Cour permanente.

45. Autre exemple — un exemple déchirant ! — les célèbres traités d'arbitrage de Locarno de 1925. Vous en voyez la liste à l'écran. Ces traités d'arbitrage furent conclus le même jour entre l'Allemagne et quatre autres Etats européens : la Belgique, la France, la Pologne et la

³⁸ Belgique, Empire britannique, France, Italie, etc. et Allemagne, Accord entre les gouvernements alliés et l'Allemagne pour l'exécution du Plan des Experts du 9 avril 1924, Londres, 30 août 1924, Société des Nations, *Recueil des traités*, vol. 30, p. 75.

Tchécoslovaquie, respectivement³⁹. Leur efficacité juridique dépendait d'un accès rapide et assuré à la Cour permanente, expressément visée aux articles 1, 16 et 19 de chacun d'entre eux. Locarno incarnait l'espoir du système international de l'entre-deux guerres. Pour conférer la compétence, les traités de Locarno reposaient, à l'époque où ils furent conclus, sur une interprétation de l'expression «traités en vigueur», telle qu'employée au paragraphe 2 de l'article 35 du Statut de la Cour, fondée sur son sens ordinaire et naturel !

«Traité d'arbitrage de Locarno, 16 octobre 1925

Convention d'arbitrage entre l'Allemagne et la Belgique, Société des Nations, *Recueil des traités*, vol. 54, p. 303, articles 1, 16, 19.

Convention d'arbitrage entre l'Allemagne et la France, Société des Nations, *Recueil des traités*, vol. 54, p. 315, articles 1, 16, 19.

Convention d'arbitrage entre l'Allemagne et la Pologne, Société des Nations, *Recueil des traités*, vol. 54, p. 327, articles 1, 16, 19.

Convention d'arbitrage entre l'Allemagne et la Tchécoslovaquie, Société des Nations, *Recueil des traités*, vol. 54, p. 341, articles 1, 16, 19.»

[Fin de la projection]

[Nouveau graphique]

47

46. Madame le président, Messieurs de la Cour, je voudrais maintenant me pencher sur un autre arrêt célèbre de cette époque, l'arrêt rendu dans l'affaire *Lotus* (arrêt n° 9, C.P.J.I. série A n° 10). Voici la chronologie de cette affaire :

- le 1^{er} septembre 1921 : le Statut de la C.P.J.I. entre en vigueur ;
- le 12 octobre 1926 : un compromis est conclu ;
- le 4 janvier 1927 : la Turquie et la France engagent une action sur le fondement du compromis. (Bien entendu, la Turquie ne faisait pas partie de la Société des Nations en 1927.) ;
- le 4 janvier 1927 : le Greffe donne un accusé de réception conformément au Statut et demande à la Turquie de désigner un juge *ad hoc*.

³⁹ Convention d'arbitrage entre l'Allemagne et la Belgique, Société des Nations, *Recueil des traités*, vol. 54, p. 303, articles 1, 16 et 19 ; convention d'arbitrage entre l'Allemagne et la France, Société des Nations, *Recueil des traités*, vol. 54, p. 315, articles 1, 16 et 19 ; convention d'arbitrage entre l'Allemagne et la Pologne, Société des Nations, *Recueil des traités*, vol. 54, p. 327, articles 1, 16 et 19 ; convention d'arbitrage entre l'Allemagne et la Tchécoslovaquie, Société des Nations, *Recueil des traités*, vol. 54, p. 341, articles 1, 16 et 19 ; voir aussi *Collection des textes gouvernant la compétence de la Cour* (3^e éd.), C.P.J.I. série E n° 5, 1926, p. 297-301.

— le 24 janvier 1927 : la Turquie dépose une déclaration «conformément aux termes du paragraphe 2 de l'article 5 du règlement».

47. En l'espèce, le point est différent de celui en cause dans l'affaire de la *Haute-Silésie*, et il porte plus sur la procédure que sur le fond. Aux termes du paragraphe 2 de l'article 35 du Règlement de la Cour (révisé), la déclaration prévue par la Résolution du Conseil de la Société des Nations en date du 17 mai 1922 sera déposée «au plus tard, avec la première pièce de procédure». Le mémoire pouvait donc être déposé et être versé au dossier avant que la Cour se déclare compétente. En fait, ce n'est pas ce que la résolution du Conseil en date du 17 mai 1922 disait : selon elle, il fallait que l'Etat concerné ait déposé une déclaration «*préalablement* au Greffe», c'est-à-dire avant que l'Etat déclarant ait accès à la Cour. Mais la Cour acceptait volontiers que cela soit fait à un stade ultérieur. L'attitude était plus souple en matière de procédure. Dans l'intervalle, le mémoire était devant la Cour et faisait partie du dossier.

48. La Cour était donc sur un terrain solide lorsque, dans la phase consacrée aux mesures provisoires dans l'affaire de la Bosnie, vous avez exprimé l'avis que, de prime abord, le paragraphe 2 de l'article 35 constituait un fondement de la compétence de la Cour (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), mesures provisoires*, ordonnance du 8 avril 1993, *C.I.J. Recueil 1993*, p. 14-16, par. 20-26) et lors de la phase consacrée aux exceptions préliminaires, vous avez reconnu que le défendeur pouvait plaider devant la Cour — en résumé son droit d'ester devant la Cour — pour le même motif (*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. 610-614, par. 17-26). Ainsi, vous avez suivi la pratique et la jurisprudence de votre prédécesseur, la Cour permanente.

48

49. Il est possible que la principale raison donnée par la majorité dans l'affaire des bombardements de l'OTAN à l'appui d'une interprétation restrictive de l'expression «traités en vigueur» figurant dans le paragraphe 2 de l'article 35 est que les travaux préparatoires sont dans ce sens (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique), exceptions préliminaires, arrêt*, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 318-328, par. 100-114). Avant que je passe à ces travaux, il convient de faire deux remarques préliminaires.

50. La première remarque préliminaire est que les travaux pertinents ne sont pas ceux de 1945, mais ceux de 1920, qui ont trait à la Cour permanente, pas à votre Cour. En 1945, il n'y avait aucun exemple de dispositions concernant la compétence visant la nouvelle Cour : nulle disposition de réserve n'était nécessaire parce qu'il n'y avait rien à réserver. On a fait valoir que le texte de l'article 35 du Statut de la Cour permanente a été repris à l'aveuglette, mais sans que l'on tienne compte du fait que — selon vos arrêts de 2004 — la mention des traités en vigueur en 1945 était vide de sens et lettre morte. Il est exact que de larges portions du Statut de la Cour permanente ont été reprises dans votre Statut, mais cela n'a pas été fait à l'aveuglette. Par exemple, dans l'article 35, deux des quatre phrases ont été modifiées et, pour des raisons de commodité, l'on a inséré des numéros de paragraphes. En outre, il y avait l'expérience d'une Cour, dont l'importance était bien documentée, laquelle, bien qu'elle n'ait pas été un organisme de la Société, avait connu un certain succès parmi les entités existant avant la guerre. On doit tenir pour acquis que les auteurs de votre Statut étaient tout à fait au courant de la pratique de la Cour permanente en ce qui concerne l'accès à elle pour les Etats qui n'étaient pas membres de la Société des Nations ; on pense surtout à l'Allemagne avant 1926. Dans deux des plus célèbres arrêts rendus par la Cour permanente, rendus dans l'affaire de la *Haute-Silésie* et celle du *Lotus*, il y avait des parties qui n'en étaient pas membres. Deux conceptions sont possibles : la conception positive, selon laquelle les auteurs du paragraphe 2 de l'article 35, étaient favorables à l'accès à la Cour d'Etats non membres, ou la conception négative, selon laquelle ils rejetaient l'idée d'accès pour ces Etats, mais ils n'ont pas remarqué que l'expression «sous réserve des dispositions particulières des traités en vigueur» était alors non seulement inutile mais en fait nuisible. S'ils voulaient refuser aux Etats non membres le droit d'accès à la Cour par traité, la solution consistait à ne pas reprendre cette expression, il fallait simplement la laisser de côté ! La conception négative est contraire au principe de l'effet utile ; de plus, elle ne rend pas hommage aux auteurs du texte, qui étaient compétents et bien informés.

49

51. Mais supposons, pour les besoins de la discussion, que les auteurs de 1945 n'avaient nulle autre intention que de reprendre le sens de la deuxième phrase de l'article 35 du Statut de la Cour permanente, peu importe son sens. Cela m'amène à ma deuxième remarque préliminaire.

52. A l'époque de la rédaction du Statut de la Cour permanente en 1920 et en 1921, les auteurs étaient déjà conscients du fait qu'un grave problème se posait en raison des Etats qui n'étaient pas membres de la Société. Il ne s'agissait pas simplement du fait que les puissances centrales, les anciens ennemis comme l'Allemagne et la Turquie, n'étaient pas admissibles à ce stade. La Russie et les Etats-Unis étaient aussi exclus, pour des raisons différentes. Aux Etats-Unis, le Sénat a rejeté le traité de Versailles le 19 novembre 1919, et encore une fois, définitivement, le 19 mars 1920. Si la Cour permanente n'était qu'une cour de la Société, qui n'était ouverte qu'à ses seuls membres, elle risquait l'échec ; il était prévisible que de nombreux différends se produiraient entre Etats membres et non membres, et c'est ce qui est arrivé. L'historique de l'article 35 ne se comprend qu'au regard de cette réalité fondamentale.

53. J'arrive maintenant à l'historique du texte. La Cour connaît sans doute la vieille plaisanterie concernant l'historique des textes législatifs. Il y en a qui disent qu'il n'est nécessaire d'interpréter les termes d'un texte législatif que lorsque son historique est ambigu ou obscur ! Vous serez heureux d'apprendre que, en la présente espèce, l'historique est clair et sans ambiguïté.

54. Bien entendu, dans l'historique du Statut de la Cour permanente, on compte deux phases : en premier, l'intervention du comité consultatif de juristes, puis celle de l'assemblée de la Société et de différents comités : il y a eu certains chevauchements sur le plan du personnel, mais ces phases furent distinctes.

55. Au sein du comité, deux conceptions se sont fait entendre sur la question de l'accès à la Cour. Selon l'une, avancée par le président du comité, le baron Descamps, on voulait laisser au conseil toutes les questions concernant l'accès des non membres à la Cour. Il y en avait d'autres, notamment MM. Loder et Hagerup, qui prônaient une approche plus large. Par exemple, M. Loder

«croit que l'article 17 du Pacte est conçu dans l'esprit de donner à la juridiction de la Cour toute l'extension possible. Des Etats autres que les Membres de la Société des Nations doivent être admis, bien que, naturellement, à des conditions spéciales relatives aux frais de procédure.»⁴⁰

50 Par opposition à la conception large prônée par le «camp» Hegerup/Loder, le baron Descamps a insisté sur la nécessité d'une procédure d'admission spéciale, encore qu'il acceptait «que, en

⁴⁰ Cour permanente de Justice internationale, comité consultatif de juristes, procès-verbal des travaux du comité, 16 juin-24 juillet 1920 (La Haye, 1920), 10^e réunion, 26 juin 1920, p. 220.

dernier lieu, la Cour aura compétence pour des cas déterminés définis dans les traités de paix»⁴¹. Suite à une intervention de M. Hagerup, la conception plus large a de nouveau été exprimée par M. Loder (qui est devenu président par la suite): «pourquoi fermer les portes à ces mêmes Etats, s'ils se mettent d'accord pour soumettre leur litige à la Cour?»⁴². Le baron Descamps, avec l'appui de certains autres membres, a fait de son mieux pour défendre sa conception d'une Cour réservée aux seuls membres, mais lors d'une réunion ultérieure, M. Hagerup (avec l'accord de M. Loder) a proposé que la Cour fût tenue d'entendre l'affaire en cas d'«[a]ccord entre les deux parties»⁴³. M. Ricci-Busatti a relevé que les traités de paix renvoyaient déjà à la Cour les affaires concernant des Etats non membres⁴⁴. Le baron Descamps en a convenu, mais a dit qu'il ne s'agissait que de cas sporadiques et que le conseil pouvait inviter ces Etats «en y mettant certaines conditions»⁴⁵. Lors d'une réunion ultérieure, le baron Deschamps et Lord Phillimore ont tenté de mettre fin au débat sur cette question, mais M. Ricci-Busatti a persisté.

«M. Ricci-Busatti fait observer qu'il y a des cas où il serait impossible de soumettre à des conditions spéciales, aux termes de l'article du Pacte, l'accès à la Cour des Etats qui ne sont pas membres de la Société des Nations. Ces cas sont, *par exemple*, ceux dans lesquels l'appel à la Cour est directement visé par les traités de paix pour toutes les parties contractantes, sans distinction.

Les membres du Comité, à l'exception de M. Ricci-Busatti, reconnaissent également que par Etats Membres de la Société des Nations, on doit comprendre tous les Etats mentionnés à l'annexe au Pacte.»⁴⁶

56. Ce passage appelle deux remarques. La première est que l'observation de M. Ricci-Busatti ne se limitait pas aux traités de paix existants : il ne les mentionnait qu'à titre d'illustration («par exemple»). La deuxième est que le comité de rédaction, dont fut exclu M. Ricci-Busatti, ignore son argument — en dépit du bien-fondé reconnu de celui-ci. Un membre exclu du comité de rédaction fut ignoré, ce ne fut pas la dernière fois. L'article 28 élaboré par le comité de rédaction faisait abstraction de l'argument de M. Ricci-Busatti⁴⁷.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*, p. 221.

⁴³ *Ibid.*, p. 291, (13^e réunion, 1^{er} juillet 1920).

⁴⁴ *Ibid.*, p. 291.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 292.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 540 (24^e réunion, 14 juillet 1920).

⁴⁷ *Ibid.*, p. 566 (25^e séance, 19 juillet 1920).

[Fin du graphique]

57. C'est dans ce contexte que le comité consultatif de juristes présenta le projet à la 10^e session du conseil à Bruxelles en octobre 1920 ; cela mit fin à la première phase du comité consultatif et constitua le début de la deuxième phase de l'Assemblée de la Société et de ses comités. Le projet d'article 32 déclarait avec vigueur «[La Cour] est accessible aux autres Etats.» Il prévoyait également que les conditions d'accès seraient fixées par le conseil conformément à l'article 17 du Pacte. Il ne faisait pas séparément référence aux traités en vigueur⁴⁸. Le conseil adopta plusieurs amendements au texte du comité consultatif, mais aucun à l'article 32.

58. Ce texte amendé fut alors examiné par un sous-comité présidé par M. Hagerup — qui, vous vous en souviendrez, prônait la conception plus large. Le sous-comité bénéficiait des observations faites par le Gouvernement britannique sur le projet de Bruxelles, qui demandait entre autres choses que soit étoffé le projet d'article 32⁴⁹. Les discussions qui suivirent sont fort intéressantes. Les 6^e et 7^e séances furent les plus importantes, et vous trouverez l'intégralité des procès-verbaux de ces séances dans vos dossiers sous l'onglet 10. Je n'en mentionnerai que les aspects essentiels. Sir Cecil Hurst, le conseiller juridique britannique, qui fut ultérieurement juge à la Cour, «demanda des explications sur la distinction entre les Etats auxquels la Cour est ouverte de droit, et ceux qui pourraient y avoir accès». M. Hagerup répondit en disant qu'«il s'agissait principalement d'une question de répartition des frais»⁵⁰. Puis, sir Cecil Hurst fit remarquer qu'«en vertu des traités de paix, les grandes puissances seraient souvent les Parties devant la Cour» ; il indiqua que le texte, en l'état, ne tenait pas suffisamment compte de ce fait⁵¹. C'est à la suite de cette observation essentielle que fut incluse la référence aux «traités en vigueur».

52

[Graphique]

⁴⁸ Projet d'établissement de la Cour permanente de Justice internationale mentionné à l'article 14 du Pacte de la Société des Nations, présenté au conseil de la Société par le comité consultatif de juristes, annexe à la 32^e séance du comité consultatif de juristes dans les *Procès-verbaux des séances du comité*, 16 juin-24 juillet 1920, p. 679 (ci-après «procès-verbaux»).

⁴⁹ Amendements de la Grande-Bretagne au texte de Bruxelles du projet dans *Documents au sujet de mesures prises par le conseil de la Société des Nations aux termes de l'article 14 du Pacte et de l'adoption par l'Assemblée du Statut de la Cour permanente* (ci-après, «Documents»), p. 70-71.

⁵⁰ Procès-verbal du sous-comité, 6^e séance, 29 novembre 1920, dans *Documents*, p. 140.

⁵¹ *Ibid.*, p. 141.

59. Nous en venons au moment crucial. M. Hagerup présenta sous un seul et même groupe trois nouveaux projets d'articles, les 32, 33 et 34⁵², qui devaient devenir les articles 35, 36 et 37 du Statut ; il s'agit à présent des articles 35 2), 36 1), et (pour un autre objet) 37 de votre Statut. Vous pouvez voir ces projets d'articles à l'écran.

«Article 32

La Cour est ouverte aux Etats mentionnés à l'Annexe au Pacte et à ceux qui seront ultérieurement entrés dans la Société des Nations.

Les conditions auxquelles la Cour est ouverte aux autres Etats sont réglées, sous réserve des dispositions particulières des traités en vigueur, par le Conseil.

Lorsqu'un Etat, qui n'est pas membre de la Société des Nations, est partie en cause, la Cour fixera la contribution aux frais de la Cour, que cette partie devra supporter.

Article 33

La compétence de la Cour s'étend à toutes affaires que les parties lui soumettront ainsi qu'à tous les cas spécialement prévus dans les traités et conventions en vigueur.

Article 34

Lorsqu'un traité ou convention en vigueur vise le renvoi à une juridiction à établir par la Société des Nations, la Cour constituera cette juridiction.»

60. La Cour notera que ces trois projets d'articles, présentés ensemble, employaient l'expression «traités en vigueur» ; les deux derniers ajoutaient «et conventions», mais cette différence ne fit l'objet d'aucun commentaire. Dans la discussion ultérieure, qui porta sur les trois articles, il fut fait référence aux traités existants ainsi qu'aux traités à venir, dont un futur traité d'arbitrage général — il avait en effet alors été définitivement décidé que la Cour n'aurait pas compétence obligatoire et on espérait qu'à l'avenir, il y aurait un traité d'arbitrage général.

53 M. Fromageot, qui fut ultérieurement juge à la Cour, fit référence aux traités existants en matière de travail, de transit, de minorités et de navigation aérienne, sans toutefois laisser entendre que seuls les traités existants seraient visés par la deuxième phrase⁵³. Le président, M. Hagerup, déclara qu'il en ferait état dans son rapport.

[Fin du graphique]

⁵² Procès-verbal du sous-comité, 7^e séance, 1^{er} décembre 1920 ; *ibid.*, p. 143.

⁵³ Procès-verbal du sous-comité, 7^e séance, 1^{er} décembre 1920, dans *Documents*, p. 143.

[Graphique]

61. Le procès-verbal fut alors ainsi libellé :

«En réponse à une question de M. Huber, M. Fromageot (France) déclare que l'expression «les traités en vigueur» ne signifie pas seulement les traités actuellement en vigueur, mais aussi ceux qui le seront, dans l'avenir, à un moment donné.» (Procès-verbal du sous-comité, 7^e séance, 1^{er} décembre 1920, dans *Documents*, p. 144.)

Voilà donc un futur juge en train de dire à un autre juge ce que les mots figurant dans le projet d'article 32 sont précisément censés signifier⁵⁴. Vous noterez que M. Fromageot employa l'expression «les traités en vigueur» dans le passage montré à l'écran. Il reprenait cette expression du projet d'article 32, et non l'expression «les traités et conventions en vigueur» des deux autres articles. Il parlait d'une formule qui commençait — comme le texte définitif commencerait — par l'expression «sous réserve». Personne ne désapprouva les propos de M. Fromageot.

[Fin du graphique]

62. A la suite de ce débat, M. Hagerup présenta son rapport au troisième comité de la Société⁵⁵. Celui-ci fut approuvé par ce comité, puis par l'Assemblée elle-même. Les passages pertinents furent ultérieurement inclus par la Cour permanente dans sa publication officielle intitulée *Collection des textes gouvernant la compétence de la Cour (C.P.J.I. série D, n° 3, pp. 7-10)*. A propos de l'article 32 du projet de Bruxelles, le sous-comité déclara que son libellé «semblait manquer de clarté, et le sous-comité l'a remanié afin de tenter d'exprimer clairement ce qui suit».

[GRAPHIQUE]

63. La nouvelle version fut numérotée article 35. Le paragraphe 1 visait, comme auparavant, les Membres de la Société, présents et futurs. Le paragraphe 2 se lisait comme suit :

54

«2. Pour les autres Etats, leur accès à la Cour dépendra ou bien des dispositions particulières des traités en vigueur (*par exemple* les dispositions dans les traités de paix concernant le droit des minorités, le travail etc.) ou bien d'une résolution du conseil. Celui-ci peut poser des conditions pour cet accès, conformément à l'article 17 du Pacte, sans pourtant qu'il puisse en résulter pour les parties aucune inégalité devant la Cour.» (*C.P.J.I. série D, n° 3, p. 8* ; les italiques sont de nous.). Le rapport intégral du sous-comité figure dans *Documents*, p. 206.)

⁵⁴ *Ibid.*, p. 144.

⁵⁵ Rapport présenté au troisième comité par M. Hagerup pour le compte du sous-comité dans *Documents*, p. 206.

64. Or, il est vrai que le libellé définitif de la deuxième phrase de l'article 35 du Statut de la Cour permanente diffère de celui proposé par le sous-comité : il reprend l'expression qui avait été discutée par MM. Huber et Fromageot — à savoir l'expression «sous réserve» que nous connaissons bien. Mais il conserve toutes les idées principales : 1) l'accès des autres Etats à la Cour dépendait ou bien des traités en vigueur ou bien du Conseil ; 2) le Conseil pouvait poser des conditions pour cet accès ; sans 3) que cela ne mette les parties dans une situation d'inégalité. De même, l'essentiel du libellé a été conservé, en particulier l'expression cruciale «des dispositions particulières des traités en vigueur». Celle-ci est restée inchangée dans la version définitive du Statut. Elle demeure inchangée aujourd'hui.

65. Deux points ressortent très clairement du paragraphe 2 du projet d'article 35 du sous-comité, tel qu'approuvé par l'Assemblée de la Société des Nations et repris ensuite par la Cour elle-même. Premièrement, les traités en vigueur et une résolution du Conseil constituaient des solutions dépourvues d'ambiguïté : «leur accès à la Cour dépendra *ou bien* des dispositions particulières des traités en vigueur *ou bien* d'une résolution du conseil». Il n'y a aucune raison d'interpréter de manière plus restrictive le mode d'accès par traité que celui par résolution. Ces deux modes étaient considérés comme équivalents ; les traités étaient du reste placés en premier.

66. Deuxièmement, l'expression «des dispositions particulières des traités en vigueur» n'était pas limitée aux traités existants. Cela ressort de l'expression entre parenthèses «(*par exemple* les dispositions dans les traités de paix concernant le droit des minorités, le travail, etc.)». Les dispositions des traités de paix concernant le droit des minorités et les conditions de travail n'étaient citées qu'à simples fins illustratives : elles n'étaient pas censées être exclusives, ce qui cadrerait parfaitement avec le débat qui avait eu lieu.

[Fin de la projection.]

67. L'historique de l'article 35 montre que l'on ne s'est écarté à aucun moment de l'intention très clairement exprimée dans ce texte qui a été approuvé par l'Assemblée elle-même. La réponse explicite de M. Fromageot à la question de Max Huber était claire et définitive et M. Hagerup — qui prônait lui-même la conception large — l'a expliquée à l'Assemblée de la même manière, comme il s'y était engagé.

68. Si les auteurs de l'article 35 du Statut avaient voulu limiter l'accès par traité des Etats non membres de la Société des Nations aux traités conclus avant septembre 1921 — rien ne prouve que telle était leur intention —, ils auraient aisément pu l'indiquer de manière explicite. Les articles 26 et 27 du Statut avaient trait aux dispositions des traités de paix concernant le travail, le transit et les communications. Il aurait été facile de se référer aux traités de paix ou à d'autres traités déjà en vigueur. Mais, en réalité, en septembre 1921, tous les traités de paix n'avaient pas été conclus. En août 1920, la Turquie avait refusé de ratifier le traité de Sèvres, et la forme que devait prendre le traité de paix éventuel avec ce pays restait à définir. Tous les traités ou déclarations de minorités n'avaient pas été conclus en septembre 1921. Rien ne justifie que l'on traite cette date comme une limite d'aucune sorte. En 1923, la Cour a publié sa première compilation des accords internationaux régissant sa compétence : cette compilation comprenait un certain nombre de traités conclus après septembre 1921 avec des Etats non membres de la Société des Nations, dont, dans le domaine des chemins de fer, l'accord sur la réglementation du trafic ferroviaire international de novembre 1921, dont la Hongrie était signataire⁵⁶, et dans le domaine du trafic fluvial, l'acte de navigation de l'Elbe de février 1922, dont l'Allemagne était signataire⁵⁷. Personne, encore moins la Cour, n'a accordé la moindre importance au 1^{er} septembre 1921, n'a considéré que cette date constituait une limite d'aucune sorte, comme je l'ai dit, plus de 30 traités entrent dans cette catégorie.

69. Lorsque le traité de Lausanne — le traité de paix avec la Turquie — a finalement été conclu, il contenait l'article 44 prévoyant le renvoi des différends relatifs à des minorités devant la Cour permanente. Ce traité a été signé le 24 juillet 1923 et est entré en vigueur le 6 août 1924. La Turquie n'était pas, à cette date, et ne le serait pas pendant de nombreuses années, membre de la Société des Nations. Il ne fait aucun doute que le traité de Lausanne était un «traité en vigueur» aux fins du paragraphe 2 de l'article 35 du Statut, comme l'a reconnu Fachiri dans son étude sur la Cour⁵⁸. Pourtant, ce traité était postérieur à septembre 1921⁵⁹.

⁵⁶ Voir l'accord sur la réglementation du trafic ferroviaire international, Portorose, 23 novembre 1921, *C.P.J.I Série D n° 3*, p. 59 (Hongrie).

⁵⁷ Voir l'acte de navigation de l'Elbe, 22 février 1922, 26 LNTS 220 : *C.P.J.I Série D n° 3*, p. 60 (Allemagne).

⁵⁸ AF Fachiri, *The Permanent Court of International Justice*, OUP, Londres, 1932, p. 67.

⁵⁹ 28 LNTS 13.

56

70. Pour tous ces motifs, il n'y a aucune raison d'ignorer les termes pertinents du paragraphe 2 de l'article 35 du Statut de la Cour internationale de Justice ou de considérer qu'ils avaient été recopiés par erreur du Statut de 1921 et qu'ils n'avaient aucun sens dans le contexte de la CIJ. *Tout indique* que ces termes doivent être lus dans leur sens ordinaire et naturel — sens qu'ils revêtent ailleurs dans le Statut, sens qu'ils revêtent au paragraphe 1 de l'article 36, sens que la Cour permanente leur a attribué dans l'affaire relative à la *Haute-Silésie* — des traités qui entreront en vigueur ultérieurement.

71. Permettez-moi toutefois d'aborder un dernier sujet de préoccupation qui n'a pas été évoqué. On peut concevoir que l'expression «sous réserve des dispositions particulières des traités en vigueur» au paragraphe 2 de l'article 35 ait été utilisée afin de donner compétence à la Cour à l'égard d'entités dont le statut international est incertain et contesté — et peut-être à l'égard de l'objet même de ce différend. Un accord bilatéral entre deux de ces entités imprécises constituerait sans doute un traité en vigueur et conduirait la Cour à déclarer que l'une ou l'autre des parties ou les deux ne sont pas des Etats comme exigé par le paragraphe 1 de l'article 34 du Statut. Ce sujet de préoccupation pourrait, me semble-t-il, être invoqué pour justifier une interprétation étroite du paragraphe 2 de l'article 35. Il appartient au Conseil de sécurité et à l'Assemblée générale de trancher la question de la qualité de membre des Nations Unies et de partie au Statut. Le libellé du Statut de la Cour permanente ne révèle aucune intention d'accorder un monopole au Conseil mais ce sujet de préoccupation pourrait étayer une telle proposition. Selon cet argument inexprimé, l'expression «sous réserve des dispositions particulières des traités en vigueur» devrait être traitée comme une dérogation au contrôle politique et être interprétée aussi étroitement que possible — interprétée, si nécessaire, comme n'existant pas.

72. Il y a, je le dis respectueusement, trois réponses à cet argument.

73. La première, c'est la condition fondamentale de l'accès à la Cour, la question cruciale de la capacité à ester : aux termes du paragraphe 1 de l'article 34, seuls des Etats la possèdent. Cette règle est applicable en tout temps et en toutes circonstances ; c'est une condition indéfectible qui est pleinement remplie dans la présente espèce, mais qui pourrait ne pas l'être dans une autre. Aux termes du Statut, c'est une question qui doit être tranchée par la Cour — c'est à la Cour de se prononcer.

57

74. La deuxième raison, c'est que les organes politiques, d'abord ceux de la SDN, ensuite ceux de l'ONU, n'ont pas cherché à détenir le monopole du contrôle de l'accès au mépris de la volonté de la Cour. La résolution du Conseil de la SDN du 17 mai 1922 était très généreuse, permettant à tout Etat non membre de la SDN de déposer une déclaration d'acceptation de la juridiction, de caractère particulier ou de caractère général. Le statut des entités déposant des déclarations en vertu de cette résolution n'était soumis à aucune forme de contrôle politique. C'est exactement le même principe qui vaut pour la résolution du Conseil de sécurité 9 (I) du 15 octobre 1946. Les organes politiques s'en sont, régulièrement et pendant 80 ans, remis à la Cour, en vertu de la règle énoncée au paragraphe 1 de l'article 34. Ils n'ont jamais revendiqué le droit de se prononcer. C'est à la Cour, et non aux organes politiques de l'ONU, qu'il incombe de veiller à ce que les conditions d'accès soient remplies, y compris, notamment, celles du paragraphe 1 de l'article 34 du Statut.

75. La troisième raison de rejeter cette préoccupation inexprimée, c'est que notre affaire ne ressemble pas à celles portant sur un traité bilatéral conclu entre deux entités de statut incertain ou ne possédant aucun statut international. L'affaire concerne deux parties à la convention sur le génocide — convention multilatérale majeure conclue en conséquence et au lendemain de la seconde guerre mondiale. Il n'est pas excessif de dire que la convention sur le génocide fait partie des règlements d'après-guerre. Comme je l'ai déjà fait observer, la convention est de nature déclarative. L'obligation de réprimer qui incombe aux Etats vise le génocide quel que soit le moment où il est commis. C'est le type même de la convention universelle. Comme vous l'avez indiqué dans les *Réserves à la convention sur le génocide* :

«Les origines de la Convention révèlent l'intention des Nations Unies de condamner et de réprimer le génocide comme «un crime de droit des gens» impliquant le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers, refus qui bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité, et qui est contraire à la fois à la loi morale et à l'esprit et aux fins des Nations Unies... Une deuxième conséquence est le caractère universel à la fois de la condamnation du génocide et de la coopération nécessaire «pour libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux»... La Convention sur le génocide a donc été voulue tant par l'Assemblée générale que par les parties contractantes comme une convention de portée nettement universelle.» (*Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951, p. 23.*)

Dans cette affaire-là, votre raisonnement s'appuyait sur une présomption allant à l'encontre de «[l']exclusion complète de la Convention d'un ou de plusieurs Etats» (*Ibid.*, p. 24).

76. Il n'y a donc aucune raison d'interpréter le paragraphe 2 de l'article 35 d'une manière qui ne soit pas conforme à son sens ordinaire et naturel. De plus, ce sens ordinaire et naturel est pleinement confirmé, comme je l'ai montré, par les travaux préparatoires.

58

77. D'un autre côté, il faut tenir compte d'une considération de politique, à savoir la position qu'occupe la Cour dans le monde. La CPJI a été conçue en 1920, dans le contexte d'une SDN qui, c'était déjà patent, serait d'une composition incomplète. La CIJ a été conçue en tant qu'organe accessible à *tous* les Etats, qu'ils aient été ou non Membres de la SDN, et ce principe a été suivi en 1945. Le problème de l'exclusion des Etats ex-ennemis s'est posé en 1945 comme en 1920. Il est vrai que nous sommes parvenus à un stade où la qualité de membre de l'ONU est pour ainsi dire universelle. Mais il faut garder à l'esprit une réserve : s'il peut y avoir de nouveaux Etats, des Membres peuvent quitter l'ONU. La Cour est une juridiction pouvant être saisie aussi bien dans des périodes difficiles que dans des périodes favorables. Ce dont nous avons besoin, dans une période difficile, c'est d'un accès *élargi* à la Cour, pas d'un accès restreint. En outre, en cas de rupture de la continuité politique, nous avons besoin d'une continuité juridique. La présomption de continuité consacrée par la Cour au stade des exceptions préliminaires de l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie* (*C.I.J. Recueil 1996*, p. 610, par. 17) a été — et je le dis avec tout le respect dû à la Cour — tout à fait justifiée. Ce dont les traités tels que la convention sur le génocide ont besoin, c'est d'une continuité d'application, et à cette fin nous avons besoin d'une continuité d'accès.

78. Madame le président, Messieurs de la Cour, l'un des mes collègues a présenté la décision que vous avez rendue dans les affaires des bombardements de l'OTAN comme étant «à de nombreux égards un arrêt troublant, qui risque d'entamer l'autorité de la Cour internationale de Justice»⁶⁰ [*traduction du Greffe*]. Cela dit, la Cour est manifestement habituée à la critique et, de manière générale, elle résiste, à juste titre, aux changements de cap. Laissons cependant les critiques se conformer à la Cour, et non l'inverse. Mais pas systématiquement : il peut y avoir des

⁶⁰ C. Gray (2005) 54 *ICLQ* 787, 794.

situations, et il y a eu des situations, dans lesquelles une plus ample réflexion peut, et a pu, donner lieu à des hésitations. Je me permets de dire, avec tout le respect dû à la Cour, que nous nous trouvons dans pareille situation. Pour les raisons que j'ai indiquées, les termes du paragraphe 2 de l'article 35 du Statut disent précisément ce qu'ils signifient, et c'est dans ce sens que la Cour doit se prononcer.

79. Madame le président, Messieurs de la Cour, voilà qui termine le premier tour de plaidoiries de la Croatie. Madame le président, Messieurs de la Cour, je vous remercie de votre attention.

Le PRESIDENT : Merci, Monsieur Crawford.

Cela met fin au premier tour de plaidoiries. Je donne à présent la parole au juge Abraham qui souhaite poser une question aux Parties.

M. ABRAHAM : Thank you, Madam President. My question is for both Parties.

The Parties have cited, *inter alia*, the cases concerning *Legality of Use of Force*, wherein the Court ruled in 2004 that it was without jurisdiction to hear the Applications submitted by Serbia and Montenegro, because that State did not meet the conditions on access to the Court.

59

In those cases Serbia and Montenegro appeared before the Court as Applicant.

In the present case Serbia is the Respondent.

In respect of the conditions laid down in paragraphs 1 and 2 of Article 35 of the Statute, are there, in the views of the Parties, any consequences of this difference in position and, if so, what are they? Thank you.

Le PRESIDENT : Je vous remercie. Le texte de cette question sera communiqué aux Parties dans les meilleurs délais. Les Parties décideront si elles jugent opportun de répondre à la question lors du second tour de plaidoiries. Elles pourront aussi répondre par écrit à la question d'ici le 6 juin 2008 au plus tard, et j'ajouterai que toutes observations qu'une Partie souhaiterait faire conformément à l'article 72 du Règlement de la Cour sur la réponse de la Partie adverse devront être soumises au plus tard le 13 juin 2008.

La Cour se réunira demain à 10 heures pour entendre le second tour de plaidoiries. La Serbie présentera sa réplique orale demain et la Croatie vendredi à 10 heures. Chaque Partie disposera d'un temps de parole de trois heures. J'ajouterai que le second tour de procédure orale a pour objet de permettre à chacune des Parties de répondre aux arguments avancés par la Partie adverse lors du premier tour. Le second tour ne saurait donc constituer une répétition des présentations antérieures.

L'audience est levée.

L'audience est levée à 12 h 45.
