

CR 2006/36

International Court
of Justice

Cour internationale
de Justice

THE HAGUE

LA HAYE

YEAR 2006

Public sitting

held on Friday 21 April 2006, at 3 p.m., at the Peace Palace,

President Higgins presiding,

*in the case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment
of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*

VERBATIM RECORD

ANNÉE 2006

Audience publique

tenue le vendredi 21 avril 2006, à 15 heures, au Palais de la Paix,

sous la présidence de Mme Higgins, président,

*en l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du
crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*

COMPTE RENDU

Present: President Higgins
 Vice-President Al-Khasawneh
 Judges Ranjeva
 Shi
 Koroma
 Parra-Aranguren
 Owada
 Simma
 Tomka
 Abraham
 Keith
 Sepúlveda
 Bennouna
 Skotnikov
Judges *ad hoc* Mahiou
 Kreća

 Registrar Couvreur

Présents : Mme Higgins, président
M. Al-Khasawneh, vice-président
MM. Ranjeva
Shi
Koroma
Parra-Aranguren
Owada
Simma
Tomka
Abraham
Keith
Sepúlveda
Bennouna
Skotnikov, juges
MM. Mahiou,
Kreća, juges *ad hoc*
M. Couvreur, greffier

The Government of Bosnia and Herzegovina is represented by:

Mr. Sakib Softić,

as Agent;

Mr. Phon van den Biesen, Attorney at Law, Amsterdam,

as Deputy Agent;

Mr. Alain Pellet, Professor at the University of Paris X-Nanterre, Member and former Chairman of the International Law Commission of the United Nations,

Mr. Thomas M. Franck, Professor of Law Emeritus, New York University School of Law,

Ms Brigitte Stern, Professor at the University of Paris I,

Mr. Luigi Condorelli, Professor at the Faculty of Law of the University of Florence,

Ms Magda Karagiannakis, B.Ec, LL.B, LL.M., Barrister at Law, Melbourne, Australia,

Ms Joanna Korner, Q.C., Barrister at Law, London,

Ms Laura Dauban, LL.B (Hons),

Mr. Antoine Ollivier, Temporary Lecturer and Research Assistant, University of Paris X-Nanterre,

as Counsel and Advocates;

Mr. Morten Torkildsen, BSc, MSc, Torkildsen Granskin og Rådgivning, Norway,

as Expert Counsel and Advocate;

H.E. Mr. Fuad Šabeta, Ambassador of Bosnia and Herzegovina to the Kingdom of the Netherlands,

Mr. Wim Muller, LL.M, M.A.,

Mr. Mauro Barelli, LL.M (University of Bristol),

Mr. Ermin Sarajlija, LL.M,

Mr. Amir Bajrić, LL.M,

Ms Amra Mehmedić, LL.M,

Le Gouvernement de la Bosnie-Herzégovine est représenté par :

M. Sakib Softić,

comme agent;

M. Phon van den Biesen, avocat, Amsterdam,

comme agent adjoint;

M. Alain Pellet, professeur à l'Université de Paris X-Nanterre, membre et ancien président de la Commission du droit international des Nations Unies,

M. Thomas M. Franck, professeur émérite à la faculté de droit de l'Université de New York,

Mme Brigitte Stern, professeur à l'Université de Paris I,

M. Luigi Condorelli, professeur à la faculté de droit de l'Université de Florence,

Mme Magda Karagiannakis, B.Ec., LL.B., LL.M., *Barrister at Law*, Melbourne (Australie),

Mme Joanna Korner, Q.C., *Barrister at Law*, Londres,

Mme Laura Dauban, LL.B. (Hons),

M. Antoine Ollivier, attaché temporaire d'enseignement et de recherche à l'Université de Paris X-Nanterre,

comme conseils et avocats;

M. Morten Torkildsen, BSc., MSc., Torkildsen Granskin og Rådgivning, Norvège,

comme conseil-expert et avocat;

S. Exc. M. Fuad Šabeta, ambassadeur de Bosnie-Herzégovine auprès du Royaume des Pays-Bas,

M. Wim Muller, LL.M., M.A.,

M. Mauro Barelli, LL.M. (Université de Bristol),

M. Ermin Sarajlija, LL.M.,

M. Amir Bajrić, LL.M.,

Mme Amra Mehmedić, LL.M.,

Ms Isabelle Moulrier, Research Student in International Law, University of Paris I,

Mr. Paolo Palchetti, Associate Professor at the University of Macerata (Italy),

as Counsel.

The Government of Serbia and Montenegro is represented by:

Mr. Radoslav Stojanović, S.J.D., Head of the Law Council of the Ministry of Foreign Affairs of Serbia and Montenegro, Professor at the Belgrade University School of Law,

as Agent;

Mr. Saša Obradović, First Counsellor of the Embassy of Serbia and Montenegro in the Kingdom of the Netherlands,

Mr. Vladimir Cvetković, Second Secretary of the Embassy of Serbia and Montenegro in the Kingdom of the Netherlands,

as Co-Agents;

Mr. Tibor Varady, S.J.D. (Harvard), Professor of Law at the Central European University, Budapest and Emory University, Atlanta,

Mr. Ian Brownlie, C.B.E., Q.C., F.B.A., Member of the International Law Commission, member of the English Bar, Distinguished Fellow of the All Souls College, Oxford,

Mr. Xavier de Roux, Master in law, avocat à la cour, Paris,

Ms Nataša Fauveau-Ivanović, avocat à la cour, Paris and member of the Council of the International Criminal Bar,

Mr. Andreas Zimmermann, LL.M. (Harvard), Professor of Law at the University of Kiel, Director of the Walther-Schücking Institute,

Mr. Vladimir Djerić, LL.M. (Michigan), Attorney at Law, Mikijelj, Janković & Bogdanović, Belgrade, and President of the International Law Association of Serbia and Montenegro,

Mr. Igor Olujić, Attorney at Law, Belgrade,

as Counsel and Advocates;

Ms Sanja Djajić, S.J.D., Associate Professor at the Novi Sad University School of Law,

Ms Ivana Mroz, LL.M. (Indianapolis),

Mr. Svetislav Rabrenović, Expert-associate at the Office of the Prosecutor for War Crimes of the Republic of Serbia,

Mme Isabelle Moulier, doctorante en droit international à l'Université de Paris I,

M. Paolo Palchetti, professeur associé à l'Université de Macerata (Italie),

comme conseils.

Le Gouvernement de la Serbie-et-Monténégro est représenté par :

M. Radoslav Stojanović, S.J.D., chef du conseil juridique du ministère des affaires étrangères de la Serbie-et-Monténégro, professeur à la faculté de droit de l'Université de Belgrade,

comme agent;

M. Saša Obradović, premier conseiller à l'ambassade de Serbie-et-Monténégro au Royaume des Pays-Bas,

M. Vladimir Cvetković, deuxième secrétaire à l'ambassade de Serbie-et-Monténégro au Royaume des Pays-Bas,

comme coagents;

M. Tibor Varady, S.J.D. (Harvard), professeur de droit à l'Université d'Europe centrale de Budapest et à l'Université Emory d'Atlanta,

M. Ian Brownlie, C.B.E., Q.C., F.B.A., membre de la Commission du droit international, membre du barreau d'Angleterre, *Distinguished Fellow* au All Souls College, Oxford,

M. Xavier de Roux, maîtrise de droit, avocat à la cour, Paris,

Mme Nataša Fauveau-Ivanović, avocat à la cour, Paris, et membre du conseil du barreau pénal international,

M. Andreas Zimmermann, LL.M. (Harvard), professeur de droit à l'Université de Kiel, directeur de l'Institut Walther-Schücking,

M. Vladimir Djerić, LL.M. (Michigan), avocat, cabinet Mikijelj, Janković & Bogdanović, Belgrade, et président de l'association de droit international de la Serbie-et-Monténégro,

M. Igor Olujić, avocat, Belgrade,

comme conseils et avocats;

Mme Sanja Djajić, S.J.D, professeur associé à la faculté de droit de l'Université de Novi Sad,

Mme Ivana Mroz, LL.M. (Indianapolis),

M. Svetislav Rabrenović, expert-associé au bureau du procureur pour les crimes de guerre de la République de Serbie,

Mr. Aleksandar Djurdjić, LL.M., First Secretary at the Ministry of Foreign Affairs of Serbia and Montenegro,

Mr. Miloš Jastrebić, Second Secretary at the Ministry of Foreign Affairs of Serbia and Montenegro,

Mr. Christian J. Tams, LL.M. PhD. (Cambridge), Walther-Schücking Institute, University of Kiel,

Ms Dina Dobrkovic, LL.B.,

as Assistants.

M. Aleksandar Djurdjić, LL.M., premier secrétaire au ministère des affaires étrangères de la Serbie-et-Monténégro,

M. Miloš Jastrebić, deuxième secrétaire au ministère des affaires étrangères de la Serbie-et-Monténégro,

M. Christian J. Tams, LL.M., PhD. (Cambridge), Institut Walther-Schücking, Université de Kiel,

Mme Dina Dobrkovic, LL.B.,

comme assistants.

The PRESIDENT: Please be seated.

Mr. PELLET: Thank you very much.

COMPÉTENCE DE LA COUR

1. LA COUR NE PEUT REMETTRE EN CAUSE L'AUTORITÉ DÉFINITIVE DE CHOSE JUGÉE DE SES ARRÊTS (SUITE)

II. Le défendeur ne peut remettre en cause l'autorité de chose jugée de l'arrêt de 1996

23. Madame le président, Messieurs les juges, à la fin de ma brève intervention de ce matin, j'ai fait allusion à ma plaidoirie du 28 février durant laquelle j'avais lu un assez long extrait de votre arrêt du 3 février 2003 sur la *Demande en revision de l'arrêt du 11 juillet 1996* (*C.I.J. Recueil 2003*, p. 31, par. 70-71) et, me fondant uniquement sur ce qui y vous aviez énoncé dans cet arrêt de 2003, j'avais constaté :

- que la Cour, pour rendre son arrêt sur les exceptions préliminaires, s'était fondée sur la situation *sui generis* qui prévalait au moment où elle s'est prononcée;
- qu'elle était parfaitement au fait de cette circonstance très particulière qui résultait de l'attitude du défendeur lui-même; et
- que l'abandon par la RFY de la thèse selon laquelle elle était le «continuateur» de l'ex-Yougoslavie et avait conduit à son admission aux Nations Unies n'avait nulle influence sur le raisonnement suivi par la Cour dans son arrêt de 1996.

24. Mes contradicteurs, qui, d'une manière générale, ne se sont guère appesantis sur l'arrêt de 2003, se sont bornés sur ce point¹ à s'appuyer sur une remarque qui figure dans les arrêts de 2004 rendus dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*. Selon cette incidente, dans la décision sur la revision, «[c]es déclarations ne sauraient toutefois être interprétées comme des conclusions quant au statut de la Serbie-et-Monténégro vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies et de la convention sur le génocide» (*Serbie-et-Monténégro c. Belgique*, par. 88, arrêt du 15 décembre 2004, — les sept autres arrêts du même jour comportent des passages identiques).

¹ Cf. CR 2006/13, p. 40, par. 4.24 (Zimmermann).

25. Il est certainement exact, qu'il s'agit là de simples constatations qui n'ont pas, en tant que telles, autorité de la chose jugée, ne fût-ce que parce ces constatations sur lesquelles je m'étais appuyées, figurent dans un arrêt sur une demande en revision qui, comme tel, se limite «à la question de savoir si la requête satisfait aux conditions prévues par le Statut» *Demande en revision de l'arrêt du 11 juillet 1996 en l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires (*Yougoslavie c. Bosnie-Herzégovine*), arrêt du 3 février 2003, p. 11, par. 16) et c'est aussi une citation de votre arrêt de 2003. Il n'en reste pas moins que, dans ce passage crucial, la Cour a, très clairement, considéré que, *dans l'affaire qui nous intéresse*, «la RFY pouvait ester devant la Cour entre 1992 et 2000 et que son admission aux Nations Unies en 2002 n'a rien changé à cette situation» (*Licéité de l'emploi de la force*, 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, jointe à l'arrêt du 15 décembre 2004, par. 10). Ce n'est pas *res judicata* sans doute; mais il s'agit tout de même d'une interprétation très autorisée — c'est celle de la Cour elle-même... — de l'arrêt de 1996, qui, lui, est revêtu de la chose jugée.

26. C'est donc, me semble-t-il, à la lumière de cette interprétation qu'il faut :

- d'une part, analyser la «perception» que le défendeur a de l'arrêt de 1996, «perception» qui en dénature très gravement le sens;
- qu'il faut d'autre part, constater qu'il fait fi, sans que cela soit aucunement justifié sur le plan juridique, de l'autorité de chose jugée qui s'attache à cet arrêt convenablement interprété;
- et qu'il faut, s'interroger sur les motifs qu'il invoque à cette fin.

A. Le défendeur dénature le sens de l'arrêt de 1996

27. Madame le président, à en croire nos collègues de l'autre côté de la barre, l'arrêt du 11 juillet 1996 serait tout à fait exceptionnel, non seulement dans la jurisprudence de la Cour mais dans les annales judiciaires, toutes juridictions confondues : voilà en effet une décision de justice qui n'aurait absolument rien décidé. Cette théorie «de la chose non jugée» est originale mais discutable...

28. Je me suis essayé à dresser la liste de ce qui, selon MM. Varady, Djerić et Zimmermann, n'aurait pas été décidé en 1996. C'est le cas :

- du statut de la RFY à l'égard des Nations Unies²;
- du statut de la Yougoslavie à l'égard de la Cour³; et
- du statut de la Yougoslavie à l'égard de la convention de 1948⁴.

Alors on se demande sur quoi la Cour a pu se fonder en 1996 pour rendre son arrêt.

29. Cette entreprise de déconstruction n'est cependant pas totale, Madame le président. Nos contradicteurs concèdent en effet une chose importante et qui, je crois, suffit à contredire complètement leur propre thèse : pour admettre sa compétence, la Cour s'est fondée sur la «présomption» de continuité entre la RFY et l'ex-Yougoslavie : «The only assumption on which the 1996 Judgment on preliminary objections was based is the assumption that the FRY had remained bound by Article IX of the Genocide Convention continuing the treaty status of the former Yugoslavia.»⁵

30. Ceci, Madame le président, est en partie vrai, mais n'est pas *complètement* vrai. En réalité, la Cour s'est fondée moins sur une «présomption de continuité» — qui eût été erronée et, de plus, contraire à la position de la Bosnie-Herzégovine, qui n'en avait jamais fait mystère⁶ — que sur *la position du défendeur lui-même à cet égard*. Le passage fondamental de l'arrêt de 1996 figure au paragraphe 17 :

«Lors de la proclamation de la République fédérative de Yougoslavie, le 27 avril 1992, une déclaration formelle a été adoptée en son nom, aux termes de laquelle :

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

L'intention ainsi exprimée par la Yougoslavie de demeurer liée par les traités internationaux auxquels était partie l'ex-Yougoslavie a été confirmée dans une note

² CR 2006/12, par. 1.46 (Varady); CR 2006/13, p. 13, par. 2.13 (Djerić).

³ CR 2006/13, p. 13, par. 2.13 et 2.15 (Djerić).

⁴ CR 2006/13, p. 38, par. 4.15; p. 38, par. 4.17; p. 40, par. 4.21 et 4.22; p. 41, par. 4.26 (Zimmermann); CR 2006/13, p. 26, par. 3.30 (Varady).

⁵ CR 2006/13, p. 21, par. 3.10; voir aussi, p. 26, par. 3.30 (Varady); voir aussi, p. 39-40, par. 4.21 (Zimmermann).

⁶ Cf., *ibid.*, p. 30-31, par. 3.47 (Varady).

officielle du 27 avril 1992 adressée au Secrétaire général par la mission permanente de la Yougoslavie auprès des Nations Unies. La Cour observe en outre qu'il n'a pas été contesté que la Yougoslavie soit partie à la convention sur le génocide. Ainsi, la Yougoslavie était liée par les dispositions de la convention à la date du dépôt de la requête en la présente affaire, le 20 mars 1993.» (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 610.)

31. Autrement dit, la Cour s'est fondée sur deux éléments :

- l'*intention* exprimée par la RFY d'être liée, d'une part; et,
- l'absence de contestation opposée à cette intention d'autre part.

32. Sur cette base, et sans soulever d'office d'autre problème, comme elle aurait pu le faire si elle avait eu un doute quelconque sur l'existence de sa compétence, la Cour conclut, par treize voix contre deux, «qu'elle a compétence, sur la base de l'article IX de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, pour statuer sur le différend» (*C.I.J. Recueil 1996*, arrêt du 11 juillet 1996, p. 623, par. 47 2) a)). C'est cela, Madame le président, la chose jugée et, c'est cela que le défendeur s'efforce, à nouveau, de remettre en cause.

B. Le défendeur conteste le principe même de l'autorité de la chose jugée

33. L'un des traits frappants des plaidoiries des avocats de la Serbie-et-Monténégro sur les questions de compétence — pardon : sur les «problèmes de procédure» !—, est qu'ils ont évité, autant qu'ils le pouvaient, d'évoquer le principe de la *res judicata* (ce qui est un peu paradoxal, et m'a même vexé, dès lors que les seuls développements que la Bosnie-Herzégovine avait consacrés à ces questions lors du premier tour des plaidoiries, consistaient, précisément, en des remarques, assez brèves il est vrai, sur ce principe⁷). Les rares allusions qu'ils y font visent soit à expliquer que les nouvelles objections du défendeur à votre juridiction n'y portent pas atteinte, soit, plus drastiquement, sinon à en nier l'existence, du moins à vider de toute substance ce principe fondamental.

34. C'est, très visiblement, ce à quoi s'est employé le professeur Varady lorsqu'il a plaidé en faveur de la «nécessité de faire face aux questions de l'accès à la Cour et de sa compétence» (*The need to face issues of access and jurisdiction*) et lorsqu'il a déclaré sans état d'âme : «There is no *res judicata* bar which would disallow the Court to address the issue of access and jurisdiction if it appears to be justified.»⁸ Ceci revient, en fait, à écarter d'un revers de main les dispositions claires

⁷ CR 2006/3, p. 8-22 (Pellet).

⁸ CR 2006/12, p. 55, par. 1.39 (Varady).

des articles 59, 60 et 61 du Statut dès lors qu'un arrêt relatif à des exceptions préliminaires en matière de compétence est en cause, et à faire fi de la jurisprudence bien établie de la Cour en sens contraire⁹.

35. Mon contradicteur conteste en particulier la pertinence des deux précédents que j'avais cités, à savoir l'arrêt du 25 mars 1999 relatif à la *Demande en interprétation de l'arrêt du 11 juin 1998 en l'affaire de la Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires (*Nigéria c. Cameroun*) et celui du 15 avril 1949 dans l'affaire du *Détroit de Corfou*. Dans le premier cas, M. Varady croit pouvoir écarter l'arrêt de 1998 au motif qu'il s'agit d'un arrêt en interprétation, sans rapport, donc, selon lui, avec l'autorité de la chose jugée. Mais ce n'est pas le problème ! Cette décision est pertinente simplement parce qu'elle comporte un *dictum* très ferme — et d'autant plus significatif, qu'il rappelle le principe en question d'une manière générale et abstraite : «Le libellé et la structure de l'article 60 traduisent la primauté du principe de l'autorité de la chose jugée. Ce principe doit être préservé.» (*Demande en interprétation de l'arrêt du 11 juin 1998 en l'affaire de la Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires (*Nigéria c. Cameroun*), arrêt, *C.I.J. Recueil 1999*, p. 36, par. 12.) Et, plus loin : «La Cour ne saurait par suite connaître de cette première conclusion sans remettre en cause l'autorité de la chose jugée qui s'attache audit arrêt» (*Ibid.*, p. 39, par. 16) — un arrêt, je le précise, sur des exceptions préliminaires.

36. S'agissant de l'affaire du *Détroit de Corfou*, mon éminent contradicteur avance deux arguments :

— en premier lieu, le professeur Varady concède que, dans l'arrêt du 15 décembre 1949 relatif à la fixation du montant des réparations, que j'avais cité, «the Court did, indeed refuse to revisit an earlier finding on jurisdiction which was challenged on the same grounds as the ground submitted earlier»¹⁰; and then he adds: «It is important to add that this earlier finding was the finding reached in the merits phase, rather than in the preliminary objections phase.»¹¹ Ici

⁹ CR 2006/3, p. 14, par. 9. Voir aussi l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1972*, p. 55-56, par. 18 b).

¹⁰ CR 2006/12, p. 55, par. 1.41.

¹¹ *Ibid.*

encore, ce fait — tout à fait exact — n'est pas pertinent : ce qui est pertinent est que la Cour n'en a pas moins affirmé, à *propos d'un arrêt relatif à des exceptions préliminaires* que celui-ci était revêtu de la chose jugée, et je n'ai pas voulu lui faire dire davantage (*Détroit de Corfou, fixation du montant des réparations, C.I.J. Recueil 1949*, p. 248).¹²;

— en second lieu, l'avocat de la Partie serbo-monténégrine a fait valoir que si l'on s'attache non pas au troisième, mais au deuxième des arrêts rendus dans cette affaire du *Détroit de Corfou*, celui du 19 avril 1949, celui qui concerne le fond, «the Court *did address new objections* raised regarding jurisdiction, in spite of ... an earlier judgment on preliminary objections...»¹³. Ce n'est exact que si l'on fait de cette décision une lecture très cursive. En réalité, Madame le président, l'objection soulevée par l'Albanie durant les plaidoiries au fond concernait l'interprétation d'une clause du compromis concernant les modalités de la réparation, dont il avait été décidé qu'elle ferait l'objet d'une phase distincte de la procédure; cette question n'avait fait l'objet d'aucune décision antérieure si bien qu'il ne pouvait être question de *res judicata*. Et l'on peut même se demander si cet arrêt, qui a semble-t-il beaucoup intéressé M. Varady, ne fournit pas une illustration de l'idée de *forum prorogatum* partiel que j'avais ce matin puisque la Cour constate en effet — sans élaborer davantage : «Aucune raison n'a été donnée à l'appui de cette nouvelle allégation, et l'agent du Royaume-Uni n'a pas demandé qu'il lui soit fourni l'occasion de répliquer.» (*Détroit de Corfou, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 23.) Et ce n'est qu'à la suite de cela, la Cour s'engage dans la discussion des objections albanaises.

37. En tout cas, quoiqu'en pense mon contradicteur, le principe *res judicata* existe. Il est maintenu fermement par la jurisprudence de la Cour. Et il «doit être préservé» comme la Cour elle-même l'a souligné.

38. Le professeur Zimmermann a choisi une autre approche, en apparence plus respectueuse de l'autorité de la chose jugée mais qui, en définitive, revient tout de même à en écarter l'application en l'espèce. A pas moins de sept reprises — ce qui me paraît relever de la méthode

¹² Cf. Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court 1920-2005*, vol. II, *Jurisdiction*, Nijhoff, Leiden/Boston, 2006, p. 804.

¹³ CR 2006/12, p. 55-56, par. 1.42.

Coué plus que de l'argumentation, il affirme que : «The Court has never decided upon the question whether or not the Respondent became bound by the Genocide Convention and its Article IX. This question is accordingly, for that reason too, not *res judicata*.»¹⁴

39. Ceci, Madame le président, est assez paradoxal car, comme je l'ai rappelé tout à l'heure, s'il y a un point sur lequel la Cour s'est prononcée dans son arrêt de 1996, c'est bien celui-là ! Bien sûr, nous savons que M. Zimmermann et ses collègues font, d'ailleurs à juste titre sur le plan de la théorie juridique, une distinction entre «être lié» et «devenir lié»¹⁵ mais, justement, ce que la haute juridiction a décidé en 1996, c'est que, au moment du dépôt de la requête, le défendeur *était* lié par la convention. Dès lors, la question de savoir s'il pouvait le *devenir* est vaine et purement académique.

40. Mais, surtout, c'est, je crois, mal poser le problème parce que l'autorité de la chose jugée s'applique non pas à la motivation de l'arrêt, en tout cas pas à autre chose qu'au motif qui en constitue le soutien nécessaire, mais à son dispositif. Nul, sans doute, n'a mieux exprimé ce principe très général du droit applicable à toutes les décisions de justice bénéficiant de cette autorité qu'Anzilotti lorsqu'il a dit dans son opinion sur l'affaire de l'*Interprétation des arrêts n^{os} 7 et 8 (usine de Chorzów)* :

«[I]l est certain que la force obligatoire réside seulement dans le dispositif de l'arrêt et non pas dans ses considérants.

Les considérants sont simplement des arguments logiques, qui ont pour but d'arriver à la formulation de ce qui est le droit dans le cas dont il s'agit.

«En disant que seul le dispositif de l'arrêt est obligatoire, je n'entends pas dire que seulement ce qui est matériellement écrit dans le dispositif constitue la décision de la Cour. Il est certain, par contre, qu'il est presque toujours nécessaire d'avoir recours aux motifs pour bien comprendre le dispositif et surtout pour déterminer la *causa petendi*. Mais, en tout état de cause, c'est le dispositif qui contient la décision obligatoire de la Cour...» (*Interprétation des arrêts n^{os} 7 et 8 (usine de Chorzów)*, C.P.J.I. série A n^o 13, p. 24, opinion dissidente du juge Anzilotti; voir aussi, *Service postal polonais à Dantzig, avis consultatif, 1925*, C.P.J.I. série B n^o 11, p. 29-30.)

41. S'agissant de l'arrêt sur les exceptions préliminaires de 1996, le dispositif comporte deux catégories de décisions (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 623-624) :

¹⁴ CR 2006/13, p. 59, par. 4.100; voir aussi p. 38, par. 4.11 et 4.15; p. 41, par. 4.26, 4.28 et 4.29, et p. 42, par. 4.31.

¹⁵ *Ibid.*, p. 22, par. 3.13 (Varady).

- d'une part, dans la section 1) du paragraphe 47, la Cour rejette chacune des exceptions invoquées par la Yougoslavie — ce qui exclut évidemment que le défendeur puisse les soulever à nouveau;
- d'autre part, et cela est beaucoup plus lourd de conséquences, dans la section 2), elle dit avoir compétence sur la base de l'article IX de la convention de 1948; elle écarte les bases supplémentaires invoquées par la Bosnie-Herzégovine; et déclare que la requête de celle-ci est recevable.

42. Cela est on ne peut plus clair : dorénavant, du fait de l'autorité de chose jugée qui s'attache aux arrêts sur les exceptions préliminaires comme aux arrêts relatifs au fond, aucune des Parties — seules liées par ces décisions — ne peut les remettre en question. C'est pourtant bien ce à quoi s'emploie le défendeur. Mais, Madame et Messieurs de la Cour, comme je vais m'attacher à le montrer dans la dernière partie de ma présentation de cet après-midi, les motifs qu'invoque la Serbie-et-Monténégro ne sont pas de nature à paralyser l'application du principe de l'autorité de la chose jugée.

C. Les motifs invoqués par le défendeur ne sont pas de nature à remettre en cause l'arrêt de 1996

43. A écouter les plaidoiries des avocats de la Serbie-et-Monténégro, je me suis souvent demandé s'ils ne se trompaient pas d'arrêt et si, en réalité, celui qu'ils tenaient pour revêtu de l'autorité de chose jugée n'était pas celui (ou plutôt ceux — mais ils se ressemblent fort et, selon ce qui est l'usage, je ne me référerai qu'à celui concernant la Belgique) que vous avez rendu le 15 décembre 2004 sur les exceptions préliminaires soulevées dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*. Oh, bien sûr, Madame le président, nos collègues sont trop adroits — et trop savants — pour commettre ouvertement une erreur que l'on ne pardonnerait pas à nos étudiants de première année et ils prennent soin d'affirmer que l'importance des arrêts de 2004 ne tient pas à ce que «[they] would have *res judicata* effect with respect to this case, but because [they make] a truthful ascertainment [of Serbia and Montenegro's access to this Court before

1 November 2000], and because this is an objective determination which simply cannot be divorced from our case»¹⁶.

44. Dans les faits cependant, nos contradicteurs ont traité les arrêts de 2004, d'une part, ceux de 1996 et 2003, d'autre part, au mieux comme s'ils appartenaient à une seule et même affaire et comme si les premiers cités avaient, sinon une force obligatoire, du moins une valeur probante, bien supérieure à celle des seconds, c'est-à-dire des arrêts rendus dans notre affaire.

45. Dès les premiers mots de sa plaidoirie du 8 mars, le professeur Varady a placé »[the] three judgments of this Court, which are of particular importance in the procedural history of the cases arising from the Yugoslav conflicts» sur le même plan¹⁷. Le lendemain, M. Djerić, après avoir décrit la soi-disant carence de la Cour à trancher la question de savoir si le défendeur avait un droit d'accès à son prétoire dans ses arrêts de 1996 et 2003, annonçait : «Madam President, eventually the question of the FRY's access to the Court was resolved in 2004, by the Judgments in the cases concerning *Legality of Use of Force*»¹⁸ et en déduisait, non sans audace, que «[t]he determination on access to the Court in a particular period of time necessarily applies to all cases before the Court instituted during that period»¹⁹. Le même jour, le professeur Varady reprenait cette antienne : «These findings and conclusive clarifications [in the 2004 Judgments] set aside the assumption on which the 1996 Judgment on preliminary objections was based»²⁰. Et le professeur Zimmermann, après avoir prétendu qu'il était indispensable que la Cour prenne expressément position sur cette même question, affirmait :

«I trust that such a determination cannot be made, since this would entail a conclusion that Bosnia and Herzegovina could bring a case at a time when the Respondent, that is, the FRY — Serbia and Montenegro — as this Court itself has determined [that Bosnia had no such access] in its 2004 *Legality of Use of Force* Judgments...»²¹

46. Ces affirmations — encore ne s'agit-il que d'exemples — martelées par les avocats de la Serbie-et-Monténégro, suscitent de très sérieuses objections :

¹⁶ CR 2006/13, p. 62, par. 5.9 (Varady).

¹⁷ CR 2006/12, p. 45, par. 1.4 (Varady); voir aussi p. 54, par. 1.38.

¹⁸ CR 2006/13, p. 14, par. 2.16.

¹⁹ *Ibid.*, p. 16, par. 2.21; voir aussi par. 2.22-2.23.

²⁰ *Ibid.*, p. 25, par. 3.25; voir aussi, par. 3.24.

²¹ *Ibid.*, p. 36, par. 4.3.

- elles reviennent, malgré les dénégations faites du bout des lèvres par le professeur Varady en toute fin de plaidoiries²², à reconnaître que le raisonnement suivi par la Cour dans les arrêts de 2004 lui impose de se déjuger et de revenir sur la reconnaissance éclatante de sa compétence par son arrêt de 1996, ce qui équivaut à introduire dans l'arsenal juridique dont dispose la Cour une sorte d'arrêt de règlement, de règle du précédent rétroactive qui constituerait une menace redoutable pour la stabilité des situations juridiques et la crédibilité du principe de chose jugée;
- et ce que l'on nous propose va même beaucoup plus loin que le principe de la chose jugée puisque, non seulement, il déborde les limites d'une affaire pour s'étendre à un ensemble d'affaires arbitrairement défini comme formant un tout, mais aussi, loin de se cantonner au dispositif, il s'étend aux motifs, alors que, je l'ai dit en empruntant la formulation d'Anzilotti, même en cas d'identité de parties, de *petitum* et de *causa petendi*, «seul le dispositif de l'arrêt est obligatoire» au titre de la *res judicata*, pas les considérants.

47. A l'appui de ces prétentions proprement révolutionnaires (et profondément déstabilisatrices des situations juridiques acquises), deux arguments et deux seulement sont avancés : l'«exceptionnalité», d'une part, et la cohérence (*consistency*), d'autre part.

48. Conscients du caractère insolite de leur thèse, nos contradicteurs, M. Varady surtout, répètent à l'envi que l'affaire qui nous oppose est unique en son genre, d'une complexité incomparable²³, et que, bien entendu, «reopening the issue of jurisdiction cannot be a routine matter, and only exceptional circumstances can provide justification»²⁴. Assurément, mais, en admettant que ceci soit possible — *quod non* —, sur quel critère la Cour pourrait-elle se fonder pour décider qu'une situation est suffisamment «exceptionnelle» pour justifier une telle atteinte à l'un des principes les mieux établis ? Pour mesurer le degré de complexité nécessaire pour en venir à cette extrémité ? Et est-ce que la complexité constitue un fondement juridique ? Evidemment non.

49. Autant, je suis prêt à partager l'opinion selon laquelle cette affaire est exceptionnelle par ses enjeux, parce qu'elle porte — les avocats de la Serbie-et-Monténégro l'admettent — sur une

²² CR 2006/13, p. 62, par. 5.9.

²³ Cf. CR 2006/12, p. 46, par. 1.7 (Varady); p. 48, par. 1.13; p. 51, par. 1.26; p. 56, par. 1.45; ou CR 2006/13, p. 23, par. 3.18 (Varady); p. 36, par. 4.5 (Zimmermann).

²⁴ CR 2006/13, p. 19, par. 3.4 (Varady); voir aussi p. 60, par. 5.2.

«tragédie»²⁵ d'une ampleur heureusement inusitée et parce que la vérité juridique qui sera dite par la Cour contribuera grandement au réconfort des victimes et à la réconciliation entre les peuples de la région. Autant, j'éprouve quelque difficulté à admettre que cette affaire soit à ce point extraordinaire sur le plan «procédural» ou de la compétence, même si, je le dis avec une respectueuse franchise, Madame le président, je ne puis m'empêcher de penser — mais c'est une citation... — que la Cour n'a peut-être pas été très bien inspirée «in purporting to find *ex post facto* clarification of the situation as it was in 1992-2000» (*Licéité de l'emploi de la force*, opinion individuelle de Mme le juge Higgins, par. 20) dans son arrêt de 2004, alors qu'elle pouvait tout à fait éviter de faire naître, chez le défendeur, des espoirs juridiquement infondés d'obtenir la révision d'un arrêt qui n'est pas «revisable» en adoptant une position qui «est loin d'être évidente» (*ibid.*, 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, jointe à l'arrêt du 15 décembre 2004, par. 12) — c'est une autre citation, Madame le président...

50. Il n'est pas douteux que ceci pose des problèmes de cohérence — pas un problème; au moins deux. Mais un seul semble préoccuper le défendeur :

«It cannot possibly be held in one case before the Court that the FRY was not a Member of the United Nations and did not have access to the Court in a particular period of time, and in another case that the FRY was a Member of the United Nations or that it had access to the Court in that same period of time.»²⁶

C'est une indignation de M. Djerić, auquel le professeur Zimmermann fait écho²⁷ en rappelant qu'en outre le même problème se posera à nouveau en ce qui concerne le sort de la requête introduite par la Croatie contre la Yougoslavie en 1999²⁸.

51. Toutefois, à ce problème de cohérence «horizontal» si l'on veut, qui se pose effectivement entre les solutions adoptées dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, d'une part, et dans la présente affaire, d'autre part, s'en ajouterait un autre, «vertical», interne à notre affaire, si vous faisiez droit, Madame et Messieurs les juges, à la demande singulière que formule le défendeur. Une telle situation serait, je crois, infiniment plus fâcheuse au regard de

²⁵ Cf. CR 2006/12, p. 46, par. 1.5 (Varady).

²⁶ CR 2006/13, p. 16-17, par. 2.23 (Djerić).

²⁷ *Ibid.*, p. 36-37, par. 4.6-4.8.

²⁸ *Ibid.*, p. 37, par. 4.9.

l'intégrité de la fonction judiciaire que l'autre incohérence, l'incohérence «horizontale», dont l'autre Partie brandit la menace.

52. Dans un cas, celui de «l'incohérence verticale» — celui interne à l'affaire qui nous occupe — vous vous mettriez, Madame et Messieurs de la Cour, en porte à faux (et c'est une litote que j'espère polie) par rapport aux articles 60 et 61 de votre Statut et seriez nécessairement conduits à enfreindre le principe de l'autorité de la chose jugée qui est indissociable de votre si éminente fonction judiciaire. Comme l'a écrit un ancien président de la Cour : «One of the most important characteristics of the law as declared by courts and tribunals must be stability»²⁹ — stabilité dont le respect du principe *res judicata* est la condition fondamentale. Assurément, cette exigence de stabilité ne sortirait pas non plus totalement indemne de la non-concordance, horizontale, entre les solutions retenues dans des affaires distinctes. Mais si la cohérence et la prédictibilité de la jurisprudence sont, sans aucun doute, souhaitables, en vous écartant, dans une affaire, de la solution retenue dans une autre, vous ne remettriez en cause aucune règle de droit : vous n'êtes pas tenus par le principe du *stare decisis*. Et, exactement comme l'arrêt de 2004 ne revêtait pas, pour les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, «une quelconque autorité de la chose jugée» (arrêt du 15 décembre 2004, par. 80), ceux de 2004 ne sont pas davantage *res judicata* pour la présente espèce.

53. La Cour n'en a pas moins rappelé, dans son arrêt du 11 juin 1998 sur les exceptions préliminaires soulevées par le Nigéria dans l'affaire de sa frontière terrestre et maritime avec le Cameroun, que :

«Il est vrai que, conformément à l'article 59, les arrêts de la Cour ne sont obligatoires que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé. Il ne saurait être question d'opposer au Nigéria [ici à la Bosnie-Herzégovine] les décisions prises par la Cour dans des affaires antérieures. La question est en réalité de savoir si, dans la présente espèce, il existe pour la Cour des raisons de s'écarter des motifs et des conclusions adoptés dans ces précédents.» (*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenante)), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 292, par. 28.*)

54. Il ne saurait faire de doute, Madame le président, qu'en la présente occurrence, il existe une première raison, décisive, de s'écarter des précédents constitués par les arrêts de 2004 dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*. Cette première raison décisive, c'est que, en

²⁹ Nagendra Singh, *The Role and Record of the International Court of Justice*, Nijhoff, Dordrecht, 1989, p. 185.

revenant sur votre décision de 1996 sur votre compétence dans notre affaire, vous manqueriez à des règles fondamentales et ceci sans aucun fondement juridique — car la Partie serbo-monténégrine n'en a évoqué aucun et l'on n'en entrevoit, en effet, aucun. Mais il n'y a pas que cela.

55. Plusieurs considérations paraissent en effet de nature à atténuer les inconvénients de «l'incohérence horizontale» que la Bosnie-Herzégovine se permet de vous suggérer par ma voix de préférer à «l'incohérence verticale», c'est-à-dire l'incohérence endogène à notre affaire; les conséquences de ceci seraient je crois totalement dévastatrices. Elles résulteraient de la remise en question de votre compétence dans la présente affaire au mépris de la chose jugée.

56. En revanche, il n'y a aucun inconvénient, me semble-t-il, à assumer ce que l'on pourrait appeler le «risque circonstanciel». La Cour, Madame le président, ne juge pas dans un monde immobile. Des faits inconnus d'elle lorsqu'elle rend un arrêt peuvent faire surface plus tard. Les situations qui lui sont soumises changent — et il peut arriver que ceci se produise au cours de la période même durant laquelle une affaire demeure *sub judice*, qui peut être fort longue, surtout si elle comporte plusieurs phases; la présente affaire en porte témoignage — et j'ai l'intention d'y revenir lundi. La Cour ne peut s'acquitter de sa fonction judiciaire qu'en prenant en considération la situation contemporaine à sa décision et l'exigence de stabilité des situations juridiques implique que le temps s'arrête alors — c'est d'ailleurs pourquoi l'article 61 du Statut impose des conditions tellement strictes à la fois en ce qui concerne la nature du fait pouvant justifier une demande en révision et les délais dans lesquels celle-ci peut intervenir. Et il s'agit là, je le redis, de l'unique voie permettant de remettre en cause un arrêt «car il est de l'intérêt général que les litiges ne recommencent pas indéfiniment relativement au même objet : *ut sit finis litium*»³⁰.

57. En la présente espèce, il n'est que parfaitement normal que deux arrêts, rendus à près de dix ans d'intervalle, portent sur les faits — des faits qui, en outre, ont considérablement évolué comme les arrêts de 2004 le reconnaissent — un regard différent et aboutissent, le cas échéant, même si c'est regrettable, à des solutions juridiques différentes, voire incompatibles. En revanche — et j'y reviendrai plus longuement lundi —, il ne serait pas normal qu'un requérant soit privé

³⁰ Leonardo Brant, *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, LGDJ, Paris, 2003, p. 27.

d'un arrêt au fond, après avoir gagné sur la compétence, au prétexte de la longueur inhabituelle de la procédure dont il n'est pas responsable³¹.

58. Il en va tout particulièrement ainsi, en deuxième lieu, s'agissant des deux affaires ou séries d'affaires auxquelles la Serbie-et-Monténégro est mêlée : comme je l'ai relevé dans ma plaidoirie du 28 février³², cet Etat est le principal responsable sinon le seul non seulement du délai indu de la procédure, mais aussi du fait que sa «situation juridique au sein de l'Organisation des Nations Unies, et à l'égard de celle-ci, demeura des plus complexes au cours de la période comprise entre 1992 et 2000», comme le relèvent les arrêts de 2004³³ alors qu'il ne dépendait que de lui de mettre fin à ces incertitudes. Il n'est dès lors pas aberrant que des solutions différentes aient été retenues selon que cet Etat est défendeur, comme en l'espèce, ou requérant, comme dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force* et il n'y a pas de raison de donner une prime au requérant dans un cas de ce genre (quand je parle du requérant, c'est le requérant dans les affaires de la *Licéité de l'emploi de la force*). Le professeur Thomas Franck va revenir sur ce point important dans quelques instants.

59. Enfin et en troisième lieu, Madame le président, ces deux arrêts, celui de 1996 et celui de 2004, ces deux arrêts présentent un point commun, qui, paradoxalement peut-être, justifie la divergence des solutions qui y sont retenues. Je l'ai dit tout à l'heure, pour reconnaître sa compétence dans la présente affaire, la Cour s'est fondée à la fois sur l'intention exprimée par la RFY d'être liée, et sur l'absence de contestation opposée à cette intention, d'autre part. C'est aussi, en définitive, ce que font les arrêts de 2004 : dans ceux-ci, la Cour se fonde également sur la position de la Serbie-et-Monténégro selon laquelle cet Etat n'était ni partie au Statut ni liée par l'article IX de la convention de 1948³⁴. Alors qu'est-ce qui s'est passé entre les deux ? Eh bien, ce qui s'est passé, c'est que la Serbie-et-Monténégro a changé de position et la Cour, dans les deux cas, a enregistré la position de ce pays au moment où elle statuait. En d'autres termes, ce sont largement les changements de position de la Serbie-et-Monténégro elle-même qui expliquent, pour

³¹ Voir aussi CR 2006/3, p. 16-17, par. 14 et 15.2 (Pellet).

³² *Ibid.*, p. 16-17, par. 15-16.

³³ Par. 64; voir aussi par. 67 ou 73.

³⁴ Par. 84. Voir aussi l'opinion individuelle du Juge Kooijmans, par. 16 à 19.

une grande part au moins, les solutions, divergentes certes, mais moins qu'on pourrait le croire, retenues par votre haute juridiction, Madame et Messieurs les juges, dans les affaires de la *Licéité* d'une part, dans celle que vous examinez aujourd'hui, d'autre part.

60. Je pense, Madame le président, qu'il y a dans les considérations que je viens d'exposer rapidement, plusieurs éléments qui permettent d'expliquer les positions divergentes adoptées par la majorité des membres de la Cour respectivement dans les deux affaires. Et du même coup l'«incohérence horizontale» que j'évoquais tout à l'heure se trouve quelque peu relativisée.

61. Avant de conclure, je souhaiterais, Madame le président, avec votre permission, récapituler brièvement les principaux points d'une plaidoirie sans doute un peu technique :

- 1) la Cour ne pourrait se fonder sur une aucune règle ni aucun principe juridique pour revenir, à ce stade de la procédure sur la solution retenue par son arrêt de 1996, par lequel elle se reconnaît compétente pour connaître de la requête de la Bosnie-Herzégovine;
- 2) en adoptant son arrêt, la Cour s'est assurée de sa compétence et elle ne peut aujourd'hui se dédire. Il ne suffit pas qu'une règle permissive permette à la Cour de s'assurer de sa compétence pour qu'elle puisse le faire sans aucun autre fondement juridique;
- 3) cette décision a été adoptée — l'arrêt de 1996 — à un moment où l'Etat défendeur, qui a soulevé sept exceptions préliminaires, était parfaitement en position d'objecter à la compétence de la Cour pour manque de *jus standi* d'autant plus qu'il détenait seul la possibilité de dénouer la situation existante à l'époque et donnant lieu à tant de difficultés juridiques;
- 4) pour ne l'avoir pas fait au moment opportun il est *estoppel* à prendre une initiative en ce sens et l'on doit considérer qu'il a accepté la compétence de la Cour de ce point de vue;
- 5) l'arrêt de 1996, par lequel la Cour reconnaît sa compétence, est revêtu de l'autorité de la chose jugée et n'est susceptible d'aucun recours autre qu'une demande en revision, dans les conditions prévues à l'article 61 du Statut;
- 6) toute décision par laquelle la Cour reviendrait sur la décision prise en 1996 avec l'autorité de chose jugée serait incompatible tant avec le principe *res judicata* qu'avec les articles 59, 60 et 61 du Statut;

- 7) les arrêts rendus en 2004 dans les affaires de la *Licéité de l'emploi de la force* n'ont aucune incidence en la présente affaire et la Cour, qui n'est pas liée par la règle du précédent, ne violerait aucune règle de droit en n'en reproduisant pas la solution dans la présente espèce;
- 8) enfin, du reste, il existe des différences substantielles entre les deux affaires, qui tiennent notamment aux moments et circonstances différents dans lesquels les arrêts ont été rendus, à la position procédurale distincte de la Serbie-et-Monténégro et à la *ratio decidendi* identique des deux arrêts — qui produit paradoxalement des résultats opposés car ils sont, ces deux arrêts, l'un et l'autre fondés sur la position changeante du défendeur dans la présente affaire en ce qui concerne son statut juridique à l'égard des Nations Unies et du Statut de la Cour d'une part, de la convention sur le génocide de 1948 d'autre part.

Et ceci est sans doute une bonne transition pour vous demander, Madame le président, de bien vouloir appeler à cette barre le professeur Thomas Franck qui justement parlera des questions de bonne foi et d'*estoppel*. Je vous remercie beaucoup, Madame et Messieurs les juges de votre attention.

The PRESIDENT: Thank you, Professor Pellet. I now call Professor Franck.

Mr. FRANCK: Thank you, Madam President. May it please the Court:

Estoppel and good faith

1. With the Court's permission, I will now be placing before you several assertions of law that are relevant to the question of jurisdiction.

2. First, I will begin by reiterating the proposition advanced by my friend and colleague, Professor Alain Pellet, that the question of your jurisdiction should be determined quite simply by application of the principle of *res judicata*. I need not elaborate further on his pleading in that respect.

3. Second, I will urge you to determine your jurisdiction by barring the Respondent from now entering the arena brandishing a new, protective status that directly contradicts Belgrade's consistent pleading during all prior stages of this litigation. I will urge you to employ equitable

estoppel and the obligation of good faith to preclude Respondent from arguing in that way, or at least succeeding with such an argument.

4. Third, I will ask you, distinguished Members of the Court, should you not all be convinced that the matter of your jurisdiction must be disposed of by application of the legal principles of *res judicata*, estoppel and good faith, to at least regard the issue of your jurisdiction as a matter of first impression — that is, as a matter for you to determine *de novo*, on full appraisal of all the available evidence, and not at all by reference to your decision on jurisdiction in the 2004 NATO cases. I will try to demonstrate that those cases are, simply, inapposite to the requisites of this case.

5. Fourth, I will try to give some indication as to the direction such a determination of jurisdiction, *de novo*, should take: how it might deal with the issues raised by the *sui generis* status, or *statii*, of the FRY, its relation to the United Nations and its adherence to the Genocide Convention during the critical period 1992 to 1995, when the alleged acts of genocide occurred. My friend and colleague Professor Brigitte Stern will develop those themes for you in greater detail this afternoon and on Monday.

The requirement of consistency in the assertion of rights

6. I will address the question of equitable estoppel and good faith. We put it that the Respondent may not, at the present stage of these proceedings, take a position regarding its status that is completely different from the one it took in each of the other phases of this litigation. If the Court agrees with us, the status of the Respondent today would have to be consistent with the status the FRY has claimed throughout these proceedings: that of a State that was a Member of the United Nations — albeit under certain interdictions, and a party to the Genocide Convention throughout the period during which the acts of genocide occurred.

7. In the first of my pleadings, I discussed the Respondent's continuing effort to create the impression that Article IX of the Genocide Convention is ambiguous about whether it establishes State responsibility — in addition to, but separate from personal culpability — for genocide. Today, I would like to address the second of the Respondent's proposed great ambiguities. It was put forward in the first round by Professor Varady. He told us that the "question whether the

FRY — the Respondent — has succeeded to the Genocide Convention has . . . so far never been decided by this Court with the force of *res judicata*” (CR 2006/13, p. 38, para. 4.15): that this, too, remains in limbo.

8. The “obvious underlying reason” for this was “that neither party had questioned the status of the FRY as a possible Contracting Party to the Genocide Convention” (*id.*, p. 38, para. 4.17). According to Professor Varady, this ambiguity as to whether or not the Respondent was a party to the Convention obtained throughout not only the 1993 phase of this litigation but also the 1996 phase. In the latter, he said, “treaty succession by the FRY — the Respondent — was not contemplated, was not even raised as an issue” (*id.*, p. 40, para. 4.21).

9. “Not contemplated”? “Not even raised”? “Not an issue”? We are here talking about the failure of the Respondent to raise the most obvious defence available: that of not being the party to the Convention under which the action was being brought. Bosnia, of course, would have had no reason to raise the issue. It had no interest in demonstrating that it was suing the wrong party, or a party that had ceased to exist. But the FRY had every reason to raise the issue as a defence. Should its failure to do so be interpreted as ambiguous? Would not any reasonable lawyer for Belgrade have asked whether he or she might advance the argument that the FRY was not a party to the treaty the violation of which was the nub of the Applicant’s action? And must one not assume that this question was canvassed by the FRY team, and that the answer it received from the authorities in Belgrade must have been: “no, you may not use that defence because the FRY *does* actively assert itself to be a party to the Convention”? Surely the failure to challenge the jurisdiction of the Court on the grounds of non-adherence to the Convention speaks to us clearly and loudly, without any ambiguity. It says: this is the posture which Belgrade chose throughout the first eight years of this litigation, sometimes seeking to benefit from it — as by launching a counter-claim — and sometimes willingly paying a cost for maintaining it consistently. But there can be no ambiguity, and there was no ambiguity: not on the part of the FRY, not on the part of the Applicant, and not on the part of this Court.

10. Professor Varady concedes that this Court in 1993 did dispose of any ambiguity, that it did conclude that the FRY had itself accepted that it was a party to the Convention, a fact signified by its declaration of 27 April 1992. In that declaration, to quote Professor Varady’s summation,

“the FRY . . . expressed the intention to continue the personality and consequently to honour the treaty obligations of the former Yugoslavia” (CR 2006/13, p. 39, para. 4.20). Might one not presume, on reading this 1993 Judgment of yours, that the thought must have crossed the minds of Belgrade’s lawyers that they might win the case at its next phase, in 1996, the one at which jurisdiction and admissibility would be the only issue, if they were allowed to argue that the FRY was, actually, a new State, and that, for this very reason, it was not, then, any longer a party to the Convention? Yet no such argument was ever presented. Obviously, the FRY was far from ready to accede to the demands of the Security Council and the General Assembly that it accept the status of one of the successor States to the former Yugoslavia. Instead, it passionately clung to its claim to be the sole continuator. So one asks again: what is one to make of this mostly silent — but sometimes also quite voluble — affirmation by the Respondent that it was, indeed, very much bound by the Convention?

11. There is not a hint of ambiguity, here. Consistently, in the litigation leading up to the Court’s decision of 1996, the Respondent still made no plea indicating non-adherence to the Convention, and did engage in extensive written and oral pleading that would have made little strategic sense if it were not a party to the Convention. So it was inevitable that the Court would again take it at its word. Of this decision, Professor Varady said “the Court *simply*” — the italics are his — “noted that the *former Yugoslavia*” — again, the italics are his — “[s]igned the Genocide Convention on 11 December 1948 and deposited its instrument of ratification without reservation on 29 August 1950”. But, he asks you to believe that, because Yugoslavia’s continued adherence to the Genocide Convention “had not been contested” during the 1996 proceedings (*id.*, pp. 39-40, para. 4.21) therefore “the issue whether the FRY had succeeded to the Genocide Convention, which had not even been argued by the parties, was not decided by this honourable Court” (*ibid.*) Is that a reasonable deduction? Who, if not the FRY, would have contested whether it was still bound by the Convention? In the absence of such contestation, the Court had made a finding — that Yugoslavia, and through it the FRY, were, indeed, bound by the Genocide Convention. That was the reason the Court found it had jurisdiction. The Court had based that finding on the crucial fact that the FRY had not contested its adherence to the Convention. That

non-contestation had clearly not been helpful to Serbia's litigators, yet it was a strategy on which the client government had obviously insisted.

12. But the FRY did not merely acquiesce passively. It actively asserted its adherence to the Convention in making counter-claims of its own against Bosnia and Herzegovina. Its Rejoinder of 22 February 1999, for almost all of its first 500 pages, is one long assertion of its adherence to the Genocide Convention. How else can you read that lengthy, and subsequently withdrawn, indictment of the purported genocide which Belgrade, with ultimate temerity, tried to show had been committed against it by Bosnia? Of course, those wholly erroneous claims were abandoned soon after they had been introduced in the pleadings. Why? They were withdrawn only when it became tactically expedient to shift gears, to assert legal non-continuity, to discard eight years of consistent insistence on continuity.

13. This was the revised tactic initiated after 1 November 2000, when a new régime in Belgrade decided to apply for admission to the United Nations. Now, to escape responsibility for what it had done — what had been done by the FRY's failed, and now reviled leaders — Belgrade decided, at last, to act in accordance with the 1992 decisions of the Security Council (SC res. 777 of 19 September 1992) and the General Assembly (GA res. 47/1 of 22 September 1992). Back in 1992, eight years earlier, the principal political organs of the United Nations, repulsed by what Belgrade was doing, had required it to apply for new membership, a process by which the Members sought to exercise leverage in curbing Belgrade's policies. Meanwhile, to promote a change of policy, its United Nations delegation was denied the privilege of speaking and voting in some United Nations bodies. Then, after severe setbacks in the field of combat, and after a revolt at home, Belgrade finally decided that it was time to rethink its strategy.

14. We all welcome the end of the Milosevic era, and it may well be, as we have all been taught, Madam President, that there is more joy in heaven over one repentant sinner than all the angels in heaven. But a repentant sinner begins by admitting, not by denying, that he used to be a sinner. And he begins his life by accepting, not denying, responsibility for a misspent past and asking for a chance to repent and make amends.

15. My colleague, Professor Stern, will discuss whether the FRY must be deemed to have been a Member of the United Nations during the long years of its non-compliance with the

decisions of the United Nations principal political organs regarding, among other things, its status. My task is somewhat different: it is to point out that such a last-minute shift, such a tactical decision at last to come into compliance with decisions that had been taken eight years earlier, cannot, in fairness, be allowed to be the answer to the issues raised by this case. It cannot be allowed to absolve a party of obligations it had consistently assumed, and from which it had even sought to benefit, throughout the long period of this litigation. Whether one calls this an indication of the obligation of good faith, or a constraint imposed by estoppel, matters less than does the simple point that Serbia and Montenegro must not be allowed to escape its obligations under the Genocide Convention by finally deciding to take an action long required of it, and long resisted, but that was never intended to be a way to escape its responsibility for genocide.

16. On the contrary: in this case, there has always only been one Respondent, and, until very recently, that Respondent has never denied that the Applicant's writ was directed to the right Party. Either that Party was acting in bad faith when it accepted the writ, or its failure for so long to contest the writ's address must be taken to estop it from doing so now. Either way, it would be unconscionable if Belgrade's reward for finally coming into compliance with a Security Council mandate were to be its absolution, by this Court, of responsibility for genocide.

17. After all, there is common ground between the Parties that, for the first eight years of this litigation, the issue of the FRY being bound by the Genocide Convention was not the subject of contention. Then, what are we to deduce from that acquiescent silence? And from Belgrade's itself having asserted rights under the Convention against both Bosnia and the NATO States? The Respondent would have us believe that in the earlier stages of the present case the issue was simply never addressed, that the question had been a sort of procedural *terra nullius*, a terrain filled with ambiguity which was only resolved when Belgrade decided to reverse the position it had taken for eight years and thereby sought to alter, retroactively, its increasingly inconvenient legal status. But there is another, far more plausible, reason why Belgrade has only now decided, after all these years, to assert what, earlier, would have been its most obvious reason for escaping the obligations of the Genocide Convention. It could have told this Court in 1992, and any time thereafter: look, I am not who you think I am. I am not Yugoslavia. Certainly, I am not *that* Yugoslavia, the one

committing all those deeds charged by the Security Council and increasingly being confirmed by the ICTY. I am just not that State.

18. Would you not have expected that to be the first thing the Respondent would say to this Court if that is what the Respondent actually believed?

19. Professor Varady has told us that “the ambiguities have been dispelled since the acceptance of the FRY as a new Member of the United Nations in 2000 . . .” (CR 2006/13, p. 24, para. 3.23). My colleagues will discuss the effect of the acceptance of the FRY as a new Member of the United Nations. But permit me to assure you that, prior to that event, there had been no ambiguity. The FRY deemed itself bound. Bosnia deemed the FRY bound, within the context of this litigation. The Court held, consistently, that the FRY was bound.

20. There is no ambiguity here. For almost a decade, Belgrade litigated this case as if it were some sort of reincarnation of Yugoslavia, an original party to the Genocide Convention. And why has it now, in the new millennium, suddenly discovered that, even then, this was not its identity after all? After years of wandering the halls of the United Nations like some Flying Dutchman of diplomacy and even occasionally paying its dues, and circulating documents like any other Member, and loudly disputing efforts to force it to reapply for membership, and after itself bringing a counter-claim under the Convention? Why does it now insist that it never claimed to be the sole continuator of the former Yugoslavia? Why pretend that all that had never happened, that there had just been some misunderstandings, some ambiguities?

21. The regrettable, if understandable, answer is simply litigious opportunism. Since the beginning, successive régimes in Belgrade had convinced themselves that they, in the parlance of modern mystery novels, “could beat the rap”. They could litigate, they could even counter-claim under the Genocide Convention, and all the world would discover that the allegations were false, that there had been a nasty civil war, that bad things had been done by all sides, and that would be that. Only when the evidence so painstakingly adduced by international bodies and, in particular, by the ICTY, began to mount up to the point where the inference of a genocide planned, directed and executed by Belgrade became inescapable — only then did the legal strategy shift. Only then did we see a 180 degree reversal of course. Serbia and Montenegro, at last, did what they had been asked to do by the Security Council so many years earlier: they applied for new membership in the

United Nations: something they could and should have done in 1993. And then they ratified the Genocide Convention *de novo*. But they have done both those things not in a new spirit of compliance with international law, but in a new tactic of evasion and non-compliance. Now, their countrymen were told, we have absolved ourselves: we have become invulnerable to responsibility for what we did before. A few individuals may be made accountable at the ICTY, but we, the Serb nation, will be acquitted at law.

22. I realize that I have been talking about things that are not necessarily synonymous with law: about decency, about moral conduct, about good faith. But these concerns are not irrelevant to law or to the integrity of the legal process. We contend that, by any notion of fairness, good faith, such a reversal of course, in the last phase of a litigation — and, at that, a litigation about responsibility for genocide — cannot be allowed to deflect the proven responsibility of a State. It must not be allowed to absolve a State which, perfectly evidently, is the same State that inflicted such suffering on its neighbours and which still, as so often heretofore, leaves no tactic unturned or untried in order to avoid confronting the truth about what it did.

23. This must not be allowed to pass. But ours is no mere plea for fairness: happily, it also happens to be the law. The legal concept barring the way to such tactics is best set out by Vice-President Alfaro, in his separate opinion in the *Temple of Preah Vihear* case³⁵, where he stipulated the applicable principle “that a State party to an international litigation is bound by its previous acts or attitude when they are in contradiction with its claims in the litigation”. While rejecting strict labelling of the doctrine as “estoppel”, “preclusion”, “foreclusion”, or “acquiescence”, Judge Alfaro maintained that

“in the international sphere, its substance is always the same: inconsistency between claims or allegations put forward by a State, and its previous conduct in connection therewith, is not admissible (*allegans contraria non audiendus est*). The rule’s purpose is always the same: a State must not be permitted to benefit by its own inconsistency to the prejudice of another State.”³⁶

24. Moreover, Judge Alfaro continued, a “State may also be bound by a passive . . . attitude in respect of rights asserted by another State . . .”³⁷ Madam President, this is exactly the situation

³⁵Case concerning the *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, *Merits, Judgment*, *I.C.J. Reports 1962*, p. 39.

³⁶*Id.*, p. 40.

³⁷*Ibid.*

in this case. By its changing attitude, at times active, at other times passive, in the matter of its status at the United Nations and with respect to the Genocide Convention, the Respondent has forfeited the right now to benefit from its most recent shift in tactics. In flat contradiction to its previous stance, in adopting what it now perceives as a more favourable litigating posture, Respondent hopes to snatch a technical victory from impending defeat.

25. It would be bad news for us, of course, but it would be worse for the law pertaining to genocide, and it would also be worst for the integrity of the litigating process, were it to be allowed to do this. To quote Judge Alfaro once again, “Failure to protest in circumstances when protest is necessary . . . does signify acquiescence or tacit recognition.”³⁸ He goes on to speak of the “waiver” of rights not asserted and he approvingly quotes Judge Sir Hersch Lauterpacht to the effect that the concept “is an essential requirement of stability”, adding that “the legal effects of the principle are so fundamental that they decide by themselves alone the matter in dispute and its infraction cannot be overlooked as a mere incident of the proceedings”³⁹. In his magisterial opinion, Judge Alfaro goes on to examine the extensive jurisprudence, including many earlier cases, arbitrations and writings that support the general proposition he has enunciated.

26. For the FRY/Serbia Montenegro to be allowed to litigate for eight years under the sometimes tacit, sometimes explicit, avowal that it is a Member of the United Nations and a party to the Genocide Convention, and then, just before the final stage of the litigation, to be allowed to shift to the assertion that it has never been a Member of the one, or a party to the other, that would do grave injury to that “essential requirement of stability” that Judge Alfaro was speaking of. No party should benefit from toying with the process; but certainly not a party accused of having violated the Genocide Convention.

The FRY cannot alter its submission to the Court’s jurisdiction in *medias res*

27. The Respondent seeks now, after years of proclaiming its adherence to the Charter and the Convention, as evidenced by its letters to the United Nations Secretary-General of 27 April 1992, it seeks now to extricate itself from what has become a position increasingly

³⁸*Ibid.*

³⁹*Id.*, pp. 41-42.

indefensible on the merits. This tactical manoeuvre is capped by the manner in which it has notified its so-called accession *de novo* to the Genocide Convention in 2001, but without accepting the Court's compulsory jurisdiction under Article IX. But surely it was already a party. A State's adherence to the Convention is no small matter, no whim. It is certainly the subject of State succession. Madam President, whatever Serbia and Montenegro, whatever its provenance, it is not the subject of parthenogenesis. It must be the successor or continuator of some prior entity and whatever they call their progenitor, that progenitor was a party to the Genocide Convention. This new restricted accession cannot be seen as anything but a thinly-disguised withdrawal of the Court's jurisdiction in the middle of this litigation: a jurisdiction long avowed by the Respondent's own words and actions before this Court. One cannot believe that you, the distinguished Members of this Court, will permit so deliberate a frustration of the object and purposes of the Convention, or the decorum of this Court. Faced by a comparable escape strategy by the Respondent in the *Nottebohm* case, you said, "Once the Court has been regularly seised, the Court must exercise its powers, as these are defined in the Statute." (*I.C.J. Reports 1953*, p. 122.) And in the *Nicaragua* case you firmly denied a party's claim to effect "a supervening withdrawal or modification" of the Court's jurisdiction in order to defeat a valid claim (*I.C.J. Reports 1984*, p. 416). In *Nicaragua* you also went on to say that, when a State accepts the jurisdiction of the Court, it thereby establishes "a network of engagements" in which "the principle of good faith plays an important role" (*id.*, p. 418) and you related this to the right of other States to "take cognizance" of such commitments of "good faith" and to "place confidence in them" (*id.*, pp. 418, 473, quoting the *Nuclear Tests* cases).

The decisions of this Court in the 2004 *Use of Force* cases does not control the outcome of this case and cannot lead to an escape from these conclusions

28. Professor Varady has told this Court, during the first round of oral argument, that "logic led the Court in the 2004 *Legality of Use of Force* Judgments to the unavoidable conclusion that the FRY was not a party to the Statute between 1992 and 2000". Thus, he argued, "It clearly follows that the FRY could not have remained bound by the Genocide Convention." (*Id.*, p. 28, para. 3.38.) Applicant, to the contrary, shall endeavour to demonstrate that this Court is not bound

to follow the NATO decisions, for several reasons, of which the most obvious is that, in this case, the Parties are not the same. Professor Pellet has already addressed this point.

29. That, however, is not the only reason. Another is that the substance of the NATO cases is different from this case. In 2004, you decided that the FRY/SM had lost its right to bring an action under the Genocide Convention during the critical period. You were not asked to decide whether it had also ceased to be responsible for genocide which it was itself committing. That was another case. That is this case.

30. These, however, are technical reasons. There is a better reason that goes to the heart of the NATO litigation. With all due respect, Madam President, it is, quite simply, not a very powerful precedent. This is not only because of the number and power of the opinions that rejected the majority's reasoning. What does it take for a decision of a court to have precedential value in a different case? First of all, the case must have been decided pursuant to a full hearing of all the pertinent issues, with parties that are in a genuinely adversarial posture, diligently pleading all available arguments and presenting all available evidence. That, we will endeavour to demonstrate, was not the way the NATO cases were presented to you by Belgrade.

31. In this connection it is worth noting again the words of my colleague Professor Varady during the first round of oral pleadings. He told us that this Court, in respect of either its 1993 or 1996 findings regarding its jurisdiction over the FRY, cannot be said to have determined the point "for the obvious reason that neither party had questioned the status of the FRY as a possible contracting party" to the Genocide Convention (CR 2006/13, p. 38, para. 4.17). We hope that Professor Varady is still with us in arguing that a case cannot be said to have decided anything, if the issue at stake was never fully argued, in good faith, by the parties genuinely at adversary interest.

32. Well, then, Professor Varady, you must surely agree that the 2004 *Legality of Use of Force* Judgments cannot have any persuasive value for the present case because, in 2004, Belgrade, the Applicant, had no good faith interest in contesting the defence of Respondents Belgium and Canada, who had argued — and indeed had succeeded — on the ground that Belgrade had no right to bring the action. If it was never in the Applicant's interest, during the NATO litigation, to contest the claim of Respondents that Belgrade was neither a Member of the United Nations nor a

party to the Genocide Convention, then the Court cannot be said to have had the benefit of full and good faith contestation. Here, again, we encounter the matter of litigating in good faith. The FRY brought the case that was decided in 2004. It asserted that certain NATO States had made it the victim of genocide, a most serious charge. And when two of those States pointed out that the FRY might not be either a Member of the United Nations or a party to the Genocide Convention, did the FRY defend itself against that assertion, an assertion that, if it were successfully pursued, could not but have defeated its claim? I put it to you, Madam President, that the Respondent was all too happy to lose on those grounds because it would then have a better chance to win in this, the present case. With all due respect: a precedent set in such circumstances needs to be overlooked, or distinguished, not reiterated.

33. Permit me, Madam President, briefly to recall the arguments Serbia and Montenegro was up against in the NATO cases. As early as 1999, in respect of Belgrade's application for provisional measures, Canada, represented by Ambassador (as he then was) Philippe Kirsch had opened oral argument before this Court by asserting that

“the Federal Republic of Yugoslavia is not a party to the Statute of the Court. It has not fulfilled the requirements stipulated by the political organs of the United Nations in order to gain admission to that Organization, and it cannot automatically continue the membership of the old Yugoslavia.”

Thus, it is not as if this issue had not been raised, or as if it did not matter. Belgrade's legal team must have known that, as the case went on, if it did not prevail against this argument, it would be out of court and could not prevail as an applicant for a remedy under Article IX of the Convention. To prevail, it had to make an effort to demonstrate its long-claimed status as a continuator.

34. Well, back in 1999 it did make an effort, arguing that, indeed, it was the continuator State, pointing out that it was still being asked by the United Nations to pay its annual dues, and that, in fact, it was making some of the payments. On 5 January 2000, the FRY filed its Memorial on the merits in the case. Part 3 of that Memorial is entitled thus: “The Federal Republic is a Member State of the United Nations.” Part 3.4 is entitled “Jurisdiction of the Court based on Article IX of the Genocide Convention.” I shall not bother the Court with all the excellent arguments the FRY adduced in support of these propositions, for we would merely be repeating much of what my colleagues and I have been arguing in the present proceedings.

35. But, by 18 December 2002, all that changed. Now the FRY, in “supplementing its earlier pleadings” — supplementing? — notified the Court that it had become “a *new* [emphasis in original] member of the United Nations”. But it carried the point much further. Not only had the FRY, under a new name, had become a new Member, but also, it now argued — and this is what really matters — that “it follows that it was not a member before that date”. Really? Why? As for the Genocide Convention, the FRY informed the Court that, as the FRY had never been a Member of the United Nations, it had also never been a party to the Genocide Convention “until it acceded to that Convention (with a reservation to Article IX) in March 2001”.

The PRESIDENT: Professor Franck, I think that may be the moment for a pause. We will resume again shortly. The Court now rises.

The Court adjourned from 4.30 to 4.45 p.m.

The PRESIDENT: Please be seated. Professor Franck.

Mr. FRANCK: Madam President, before the break I had been alluding to the change that occurred in the FRY’s posture on 18 December 2002, when it notified the Court that it was supplementing its earlier pleading and that it had become a new Member of the United Nations and that it followed that it had not been a Member before that date and then it notified its accession to the Genocide Convention with a reservation to Article IX.

36. Professor Varady, who in this respect has my sympathy, was then suddenly left in the odd position of communicating this dizzying turnaround to you in 2002; and he did it with the request that “the Court decide on its jurisdiction considering the pleadings formulated” by his Government. Now, which pleadings were those? The ones insisting on his principal’s status as a continuator, or the last-minute communication abandoning that status? If the latter, why were the proceedings not simply discontinued? In his oral pleadings in 2004, Professor Varady insisted that the communication to the Court of December 2002 was “not a notice of discontinuance as it was alleged by most Respondents . . .” (CR 2004/14, p. 20, para. 27), but he added that “we did not inform the Court that we were not going on with the proceedings, nor did we say anything similar”

(*id.*, p. 20, para. 30). But, of course, the FRY's position had become untenable, and counsel must have known that. Why did they continue?

37. The matter was well put in the oral pleadings the next day by Mr. Daniel Bethlehem, for Belgium. He said:

“There is no plea here or anywhere else in the Applicant's oral submissions to the Court to find that it has jurisdiction. There is no plea to uphold Serbia and Montenegro's claim to jurisdiction. The Agent for Serbia and Montenegro did not ask the Court to reject Belgium's central objection to jurisdiction based on Serbia and Montenegro's non-membership in the United Nations at the crucial time. On this the Parties continue to agree. And . . . this agreed appreciation is determinative of the case before the Court on this threshold point of jurisdiction.” (CR 2004/15, p. 11, para. 8.)

38. “This agreed appreciation” between the Applicant and the Respondent. Indeed, it was determinative. And it was determinative not on the basis of a full and reasoned argument presented by adversary parties, but by way of what Mr. Bethlehem rightly called “this agreed appreciation” as between the FRY and some of the NATO States that had contested the Applicant's status. One can understand why some Members of this Court might have felt obliged to accept “this agreed appreciation” for purposes of that particular case. But it is not the stuff of which broad principles of law are made. Rather, if the parties, instead of being States, were prizefighters in the ring, one of them might well have been disqualified for life for only pretending to engage.

39. It might appear odd that Belgrade did not support vigorously its right, as a party to the Genocide Convention at the critical moment, to bring its action against the NATO States. It might seem odd that Belgrade did not even make a token effort to refute the defending States' assertions questioning the Applicant's membership in the United Nations at the relevant time and its adherence to the Genocide Convention. But, as Professor Varady explained afterwards, the legal tacticians had been very content to continue the case, and to lose that case precisely *on that argument* that this new Yugoslavia was not, and had not been, *that* Yugoslavia. His “main strategic point” Professor Varady said, had been “to shift the collective responsibility to an individual one”⁴⁰. It was all too evident that the inevitable loss in the NATO cases, when effected on such a narrow procedural point, could later become very useful in this, the Bosnian case, the main event.

⁴⁰12 NIN 9, December 2004.

40. But if it was not in Belgrade's interest in the NATO cases to contest the issue of its membership in the United Nations or its adherence to the Genocide Convention, then, surely, honourable judges, the Court cannot be said to have had the benefit of full argument of the issues by truly adversarial parties. To paraphrase Professor Varady himself, the resultant decision could only have had a very limited effect "for the obvious reason that neither party had really questioned the status of the FRY".

41. In other words, Madam President, if your Court does not regard itself bound by its prior ruling on jurisdiction in our case, in 1996 and in 2003 — as we think it certainly should — then we respectfully urge it must at least consider itself entirely free to determine, *de novo* in a genuinely adversary process — this process — whether the FRY was actually a Member of the United Nations and a party to the Genocide Convention during the time when the alleged genocide was perpetrated. To assist in this task, my friend and colleague, Professor Stern, will demonstrate that the FRY remained a Member of the one, and a party to the other, throughout the relevant period. From this it would follow that you continue to have jurisdiction over this dispute.

The Respondent is urging a false symmetry between rights and duties

42. The Respondent is urging a false symmetry between rights and duties in its effort to convince you of the application of the NATO cases to this case. In making your determination as to whether the FRY remained a Member of the United Nations during the critical period of genocide, you will, of course, be looking at the decisions regarding its status made by the Security Council. The Respondent wants you to conclude that it was determined by the Security Council to be a non-Member, that its non-membership was the consequence of the United Nations political organs' decision to suspend some of its participatory rights. This deduction from those resolutions is completely unwarranted. The decisions simply created an asymmetry between the FRY's rights and its duties under the Charter.

43. The decision to impose a temporary asymmetry between rights and duties is a common weapon by which institutions try to bring the non-compliant to compliance. A fair reading of the actions taken by the Security Council and the General Assembly to restrict FRY membership rights

should lead you to conclude that those actions are more commensurate with the FRY being, and remaining, a Member than not.

44. Imposing such asymmetry between rights and duties is a common way to punish non-compliance with the law and, perhaps, to induce a change in behaviour. In the national jurisprudence of some jurisdictions, for example, persons incarcerated for crimes may not vote but must still pay taxes. Enemy aliens, in English law, may be sued even though they may not sue⁴¹. In the United States out-of-state corporations in some situations — such as a failure to register — may be denied the access enabling them to bring actions in the courts of the forum, yet not immune to being sued in those same courts (cf. Arizona Revised Statutes, Title 10, Chap. 15; Foreign Corporations, 10-1502A and E; Delaware General Corporation Law, s. 383(a) and (b)).

45. In United Nations law, too, there is no reason to assume that imposing such asymmetry on a miscreant is intended to absolve that party of all duties to the Organization, let alone of all obligations under treaties. This is not conjecture but is made clear by United Nations practice. When, in 1974, the General Assembly rejected the credentials of the delegates accredited to it by the Republic of South Africa⁴², and when the Assembly denied Pretoria's delegates the right to speak and vote, everyone knew that this was not in any way intended to relieve that apartheid régime of its membership in the Organization or to release it from its obligations under the Charter, under mandatory Security Council resolutions, or under treaties in force. On the contrary, the decision to limit South Africa's right to participate — a new precedent — was made precisely to bring it into compliance with its obligations of membership, not to provide it with an easy escape route for their avoidance.

46. The two cases are not identical, but the point of citing the South African credentials precedent is to demonstrate that the political organs of the United Nations have discovered that the withholding of a State's right to speak and vote in the General Assembly is a way to bring pressure on the miscreant to comply with United Nations decisions and is not by any means tantamount to absolving it of all its obligations under the Charter or under treaties.

⁴¹*Amin v. Brown* [2005] EWHC 1670 (Ch.).

⁴²United Nations doc. A/PV. 2281, pp. 76, 86 (1974).

47. Members of the Court, if you now find that you must once again re-examine your jurisdiction, please take all this into account. Do not let yourselves be misled into believing that when the principal organs of the United Nations decided to restrict the rights of the FRY they also intended to absolve it of its obligations, or make it a non-Member of the Organization. Under the United Nations Charter, even a suspended State — which the FRY was not — is still a Member, still bound by the mandatory obligations of the Charter, including Article 25: “to carry out the decisions of the Security Council . . .”.

48. It would be perverse, indeed, if the very action taken by the Security Council and the General Assembly, precisely to compel the FRY’s compliance with its obligations under the Charter, were to be seen also, simultaneously, to release it from the duty to comply with those same obligations.

49. The point, Madam President, is quite simply that this Court’s 2004 case did not have the benefit of full presentation of what the United Nations was doing about the FRY during the period when genocide was being committed, a period when the Respondent was still exercising, in New York and also in The Hague, many of the prerogatives of a Member of the United Nations and a party to the Genocide Convention. The FRY was not a serious litigant in the NATO cases. Please do not be lulled into thinking that this 2004 decision is a reliable guide to resolving the very different and very complex issues posed by this enormously serious case.

50. For all these reasons, the NATO cases, paradoxically rather like the FRY’s legal status at the United Nations from 1992 to 2001, should be set to one side, as *sui generis*. They certainly do not warrant being regarded as an answer, for purposes of the present litigation, to difficult questions pertaining to the Respondent’s status and obligations under the United Nations Charter and under the Genocide Convention.

51. To conclude, Madam President, Bosnia believes that your several prior decisions regarding your jurisdiction are *res judicata*. It believes that the effort of Belgrade to reverse its position regarding its status as a Member of the United Nations and a party to the Genocide Convention and its last-minute effort to withdraw from this Court’s jurisdiction violate the requisites of litigation in good faith and should be precluded by estoppel where appropriate. And we believe that the NATO cases cannot serve to validate such tactics, that the issue of the

Respondent's status at the critical time requires a full assessment of all relevant evidence, evidence which shows that the Respondent was a Member of the United Nations at the relevant time, although subject to some significant disabilities, in an effort to secure its compliance with its international obligations, including those of the Genocide Convention.

Thank you, Madam President, Members of the Court.

The PRESIDENT: Thank you, Professor Franck.

Mr. FRANCK: I ask you to call on my colleague Professor Brigitte Stern.

The PRESIDENT: Professor Stern, you have the floor.

Mme STERN :

**LORSQUE L'ARRÊT DE 1996 A ÉTÉ RENDU, LE DÉFENDEUR DEVAIT ÊTRE CONSIDÉRÉ
COMME PARTIE A LA CONVENTION SUR LE GÉNOCIDE**

1. Madame le président, Messieurs les juges, à la suite de mes deux collègues, qui ont développé déjà la question de votre compétence, il m'appartient maintenant d'établir, subsidiairement, que même si vous aviez à rejurer aujourd'hui le principe de votre compétence en 1993, vous devriez prendre exactement la même décision, parce qu'en 1993, au moment où la requête a été présentée — comme en 1996 au moment où vous avez jugé — la RFY était Membre de l'ONU et partie à la convention sur le génocide.

2. Comme l'a indiqué l'agent de la Serbie-et-Monténégro, M. Stojanović, dans son allocution d'ouverture, «la Cour doit déterminer si le défendeur avait accès à la Cour *au moment du dépôt de la requête* — et je souligne qu'il a bien précisé «au moment du dépôt de la requête» — et si la Cour [était compétente à l'égard] du défendeur, en application de l'article IX de la convention sur le génocide»⁴³. Voilà au moins un point sur lequel les deux Parties sont d'accord, et on ne voit pas comment cela pourrait être autrement (voir, notamment, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002)*, (*République du Congo c. Rwanda*), *compétence de la Cour et recevabilité de la requête*, arrêt du 3 février 2006, par. 54).

⁴³ CR 2006/12, p. 11, par. 7 (Stojanović).

3. Bien sûr, la situation a évolué depuis 1993, date du début de cette affaire. Nous donnons acte au professeur Varady des changements effectués après le renversement du gouvernement de Milosevic, par le nouveau gouvernement démocratique, changements qu'il décrit ainsi :

«Beaucoup de choses ont été changées ou rectifiées — et beaucoup de choses doivent encore être changées ou rectifiées.

A un certain nombre d'étapes critiques, le nouveau Gouvernement de la RFY a décidé de s'aligner sur la position adoptée par la majorité des Etats de la communauté internationale — y compris celle du demandeur...

Nous avons accepté un certain statut juridique assorti de toutes ses conséquences...»⁴⁴.

4. Cela est bien, mais cela signifie simplement qu'après avoir insisté pour être continuateur tant en ce qui concerne son statut à l'ONU que sa participation aux traités internationaux pendant des années et avoir été pendant des années *continueur effectif*, le nouveau gouvernement allait enfin *pour l'avenir* adopter le statut que la communauté internationale voulait qu'il prenne. Comment imaginer que cette attitude, somme toute positive, tournée vers l'avenir, puisse être détournée, afin d'annuler rétroactivement une instance lancée par la Bosnie-Herzégovine, instance à l'égard dans laquelle la Cour internationale avait déjà reconnu sa compétence, conférant à la Bosnie ce que l'on pourrait appeler une sorte de *droit acquis à voir la justice rendue*, de droit acquis à ce que la vérité soit dite sur le nettoyage ethnique subi par la Bosnie-Herzégovine. Vérité qui, je le dis en passant, doit être encore plus impérativement dite, au moment où M. Milosevic a échappé à la justice internationale. Comment peut-on d'une voix, celle de M. Stojanović, reconnaître que «[p]endant la guerre en Bosnie-Herzégovine, de graves crimes ont été commis, [l]e peuple musulman bosniaque a subi de pires souffrances»⁴⁵ et, d'une autre, celle du professeur Varady — mais aussi celles de M. Djerić et du professeur Zimmermann — tenter de manipuler ce réel progrès fait par la Serbie-et-Monténégro pour rejoindre la communauté des Etats démocratiques en faisant subir un recul injustifié et injustifiable à la cause de la justice internationale : c'est donc sous prétexte qu'après huit années de refus, la Serbie-et-Monténégro, après avoir assumé le rôle de continuateur avec toutes ses conséquences, a accepté d'endosser enfin les habits de successeur, qu'elle estime que tout devrait se passer comme si elle avait accepté ce

⁴⁴ CR 2006/12, p. 53-54, par. 1.52-1.55 (Varady).

⁴⁵ *Ibid.*, p. 11, par. 6 (Stojanović).

rôle de successeur dès le début. Cette invitation faite à la Cour, d'ailleurs, de revenir sur ses décisions passées se pare ici ou là, je dois le dire, dans les plaidoiries de la Serbie d'une aura de bonne volonté, ses conseils laissant entendre que de même que «les arrêts rendus en 2004 dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force* ont, en laissant de côté les différends du passé, ouvert la voie à de nouveaux progrès dans les relations politiques»⁴⁶, une décision tendant à vous rendre incompétente, donc à ne pas juger les actes commis par la République fédérale de Yougoslavie, nous disent-ils, ouvrirait la voie à de nouveaux progrès dans les relations politiques entre les deux pays qui s'affrontent aujourd'hui devant vous. Je me bornerai à redire devant vous ce qu'a dit l'agent de la Bosnie, dès le premier jour du premier tour des plaidoiries, à savoir qu'il ne peut y avoir de paix et de réconciliation véritables sans justice⁴⁷. Et refuser de juger ne peut, en tout état de cause — par définition même — pas amener la justice.

5. La Serbie-et-Monténégro soutient donc que tout devrait être rétroactivement reconstruit sur la base des décisions de 2004, ou plutôt, faudrait-il dire, «déconstruit», puisqu'il s'agit de nier une compétence affirmée, d'annuler un procès en cours. Dans ce travail de sape, les arguments des conseils de la Serbie-et-Monténégro sont cumulatifs et fort bien résumés par le professeur Varady, à la fin de sa première intervention, le 8 mars dernier. Je rappelle ces arguments :

«Nous vous donnerons deux raisons, dont chacune suffit à inciter à conclure que la Cour n'est pas compétente en l'espèce. Nous démontrerons tout d'abord que la RFY (à présent «Serbie-et-Monténégro») n'avait pas accès à la Cour au moment où la requête a été soumise. Ensuite, la seconde raison permettant de conclure à l'absence de compétence en l'espèce, est que la Serbie-et-Monténégro n'est jamais devenue liée et n'est toujours pas liée par l'article IX de la convention sur le génocide, laquelle constitue prétendument l'unique base de compétence.»⁴⁸

6. La logique voudrait, Madame le président, Messieurs les juges, que la Bosnie s'en tienne à la réfutation du second point dans la mesure où elle a toujours exclusivement fondé votre compétence sur l'article IX de la convention sur le génocide, et qu'elle ne réponde pas — ou alors à titre tout à fait subsidiaire — aux développements quant à la compétence de votre Cour relatifs à la question de la participation de la République fédérative de Yougoslavie à l'ONU. Bien que la Serbie-et-Monténégro, tout en utilisant la soi disant non-participation à l'ONU comme argument

⁴⁶ CR 2006/13, par. 4.7, p. 37 (Zimmermann).

⁴⁷ CR 2006/12, p. 21-22, par. 15-16 (Softić).

⁴⁸ *Ibid.*, p. 54, par. 1.57 (Varady).

principal, comme argument en soi l'utilise aussi pour tenter — encore et encore — de démontrer l'inapplicabilité de la convention sur le génocide, je concentrerai malgré tout, aujourd'hui uniquement, mon attention sur la contestation par nos adversaires de l'existence de la compétence de votre Cour basée sur l'article IX de la convention sur le génocide, et laisserai pour lundi matin, la démonstration selon laquelle la République fédérale de Yougoslavie devait aussi être considérée comme Membre de l'ONU.

The PRESIDENT: Professor Stern. I am afraid that it is the usual request. Could you please speak a little more slowly?

Mme STERN: I am sorry, I will try.

7. Avant d'entrer dans le vif de ma démonstration, que je vais essayer de rendre plus lente, il me faut donc attirer l'attention de la Cour sur la constance de la stratégie de la Serbie-et-Monténégro depuis l'origine de cette affaire, qui consiste, plutôt que d'accepter que la Cour évalue sa conduite au regard de la convention sur le génocide — et compte tenu de ses affirmations répétées de l'absence de génocide, une telle évaluation ne devrait pas l'inquiéter — mais plutôt que de faire cela, elle préfère utiliser presque toute l'énergie déployée par ses agents et conseils pour écarter de votre prétoire la convention sur le génocide.

8. En 1993 et en 1996, l'unique objectif poursuivi par ce qui était alors la République fédérative de Yougoslavie — mais on va voir que si le nom change, la stratégie reste la même — était d'aboutir à ce que j'avais appelé alors «une disqualification de la convention sur le génocide, dont la Cour a pourtant reconnu la portée nettement universelle»⁴⁹. Tel reste en 2006, l'enjeu de ce que le professeur Varady appelle avec quelque désinvolture, «l'aspect procédural de cette affaire complexe»⁵⁰. Certes, il reconnaît quelques paragraphes plus loin : «[a]u moment d'aborder certaines questions de procédure, je ne veux pas oublier qu'en la présente affaire ... l'allégation formulée est celle de génocide — sans doute le plus terrible des crimes»⁵¹. Mais il oublie aussitôt ce qu'il vient de dire : après avoir rendu un «lip service», selon la formule anglaise très expressive,

⁴⁹ CR 1996/09, p. 9 (Stern).

⁵⁰ CR 2006/12, p. 39, par. 1.2 (Varady).

⁵¹ *Ibid.*, par. 1.5 (Varady).

aux considérations humanitaires, il les oublie aussitôt, pour s'attacher à des arguties juridiques dont le but est *d'empêcher l'examen par votre Cour* des actions commises en Bosnie-Herzégovine et donc d'écartier toute possibilité que la vérité soit dite et que la justice soit rendue.

9. En 1996, faut-il le rappeler, l'un des principaux arguments avancés par la République fédérale de Yougoslavie pour disqualifier la convention était alors de nier que la Bosnie-Herzégovine y soit partie. La Cour, vous le savez bien, a rejeté cet argument dans son arrêt de 1996. Mais la RFY n'avait pas encore songé, à l'époque, à l'autre branche de l'alternative. C'est chose faite et voici qu'elle ose défendre devant vous, malgré ses prises de positions inverses innombrables, malgré l'absence d'exception préliminaire fondée sur sa non-participation à la convention sur le génocide, malgré son utilisation effective de la convention pour présenter à la Cour une demande reconventionnelle dans laquelle elle accusait la Bosnie-Herzégovine de génocide à l'encontre des Serbes, malgré encore son utilisation effective de la convention pour lancer des instances contre huit pays membres de l'OTAN, voici donc qu'elle vient dans ce grand hall de justice pour dire «qu'il n'y avait, pour la Serbie-et-Monténégro, aucune possibilité envisageable de demeurer liée ou de devenir liée par l'article IX de la convention sur le génocide»⁵².

10. Comme l'agent de la Bosnie-Herzégovine l'a déjà observé⁵³, ce que la Serbie-et-Monténégro vient vous dire, en 2006, c'est que puisque vous n'avez pas accueilli il y a dix ans ses arguments sur la non-participation de la Bosnie-Herzégovine à la convention sur le génocide, eh bien, qu'à cela ne tienne, voici un autre argument, dix ans plus tard, c'est la non-participation de la Serbie-et-Monténégro à la convention. Au seul énoncé de cette prétention, on voit bien que vous ne pouvez, Madame et Messieurs les juges, l'accueillir.

11. La Bosnie-Herzégovine va donc montrer que cette tentative de disqualification de la convention ne peut pas et ne doit pas aboutir. Pour cela, je vais commencer par démontrer : qu'il est impossible de nier que la République fédérale de Yougoslavie était partie en 1993 à la convention sur le génocide.

⁵² CR 2006/12, par. 1.57, p. 54 (Varady).

⁵³ CR 2006/30, p. 11, par. 6 (Softić).

I. Il est impossible de nier que la RFY était partie à la convention sur le génocide en 1993

1. La Cour a déjà décidé qu'en 1993 la RFY était partie à la convention sur le génocide

12. Le professeur Zimmermann a quant à lui déclaré le contraire et a dit «la Cour ne s'est, jusqu'à présent, jamais prononcée sur la qualité d'Etat successeur de la Serbie-et-Monténégro à l'égard de la convention sur le génocide, question qui ne peut par conséquent être considérée comme revêtant l'autorité de la chose jugée»⁵⁴. Mais la question n'est pas de savoir si la Cour s'est prononcée sur le statut de successeur, qui est relativement sans pertinence, la vraie question, la question fondamentale, c'est *la qualité d'Etat partie de la République fédérative de Yougoslavie à la convention sur le génocide*. Et sur ce point, Madame le président, Messieurs les juges, vous ne pouvez pas ne pas avoir décidé avec l'autorité de chose jugée que la République fédérale de Yougoslavie, aujourd'hui Serbie-et-Monténégro, était partie à cette convention. Ne l'eussiez-vous fait, vous n'auriez tout simplement pas pu vous déclarer compétents, comme vous l'avez indéniablement décidé.

13. Je rappelle que, si, en principe, seul le dispositif d'un arrêt de la Cour est revêtu de l'autorité de la chose jugée et s'impose donc de façon obligatoire et que, parallèlement, les «motifs contenus dans une décision, tout au moins dans la mesure où ils dépassent la portée du dispositif, n'ont pas force obligatoire entre les parties» (*Avis sur le service postal polonais à Dantzig, avis consultatif, 1925, C.P.J.I. série B n° 11, p. 29-30*), il ressort *a contrario* de cette affirmation de la Cour permanente de Justice internationale que les motifs ne dépassant pas la portée du dispositif, ou soutenant le dispositif sont bien entendu obligatoires. Si l'on applique cela aux circonstances de notre affaire, cette distinction permet de dire que si la Cour s'est, dans son arrêt de 1996, bornée à se déclarer compétente sur la base de l'article IX de la convention sur le génocide dans le dispositif, elle n'a cependant pu parvenir à cette conclusion sans préalablement constater, dans les motifs de son arrêt, que — et je vous cite — «la Yougoslavie était liée par les dispositions de la convention à la date du dépôt de la requête en la présent affaire, le 20 mars 1993» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 610, par. 17*). Dans la mesure où cette

⁵⁴ CR 2006/13, p. 31, par. 4.11 (Zimmermann).

constatation est «une condition absolue de la décision de la Cour» (*Interprétation des arrêts n^{os} 7 et 8 (usine de Chorzów), arrêt n^o 11, 1927, C.P.J.I. série A n^o 13, p. 20*), ces motifs, qui constituent donc la condition *sine qua non* du dispositif, doivent également être considérés comme étant revêtus de l'autorité de la chose jugée. Il en résulte donc que l'affirmation de la Cour selon laquelle la Yougoslavie était liée par la convention sur le génocide, en 1993, est revêtue de l'autorité de la chose jugée.

14. Pour étayer cette affirmation selon laquelle la Cour n'aurait jamais décidé que la RFY était partie à la convention sur le génocide, le professeur Zimmermann met en avant, entre autres, que la RFY n'a pas soulevé d'objection préliminaire relative à sa participation à la convention sur le génocide — ce dont nous lui donnons bien volontiers acte tout en nous demandant comment il peut se faire qu'une telle objection «oubliée» puisse aujourd'hui être soulevée —, et il soutient, contre toute évidence, que la Cour n'a pas pu prendre position sur le statut du défendeur, puisque la question n'avait pas été soulevée. Mais, nous le savons très bien, la Cour peut parfaitement prendre position sur des questions non soulevées, sur des questions non contestées si elle pense qu'elles sont importantes et d'ailleurs le professeur Zimmermann lui-même se plaît à le rappeler dans un autre contexte, puisqu'il dit que :

«Il convient par ailleurs de prendre en compte le caractère fondamental que revêtent les questions relatives à la qualité de partie à une affaire d'un Etat donné et à son accès à la Cour, questions sur lesquelles cette dernière doit elle-même s'interroger et qui sont indépendantes des vues ou des souhaits des parties.»⁵⁵

Je suis parfaitement d'accord avec lui sur ce point. Même donc s'il est incontestable, personne ne peut le contester, que la RFY n'a pas soulevé d'objection fondée sur sa non participation à la convention, mais la Cour a bel et bien pris position sur cette question, car elle devait impérativement le faire pour établir sa compétence.

15. Comment peut-on soutenir que l'accès à la Cour n'a pas déjà été décidé en 1996, puisque la Cour a bien indiqué que sa démarche était d'examiner tous les aspects de sa compétence, ainsi a-t-elle dit : «[é]tant parvenue à la conclusion qu'elle a compétence en l'espèce, tant *ratione personae* que *ratione materiae* sur la base de l'article IX de la convention sur le génocide, il incombe encore à la Cour de préciser l'étendue de cette compétence *ratione temporis*» (*Application*

⁵⁵ CR 2006/13, p. 36, par. 4.33 (Zimmermann).

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. 617, par. 34). On voit donc que la Cour n'a rien oublié, la Cour a tout examiné, elle a indéniablement pris position sur tous les aspects de sa compétence. Nous voyons donc ce que la Cour a déjà décidé en 1993 — que la République fédérale était partie à la convention sur le génocide.

16. Mais il me reste maintenant à vous démontrer que, ne l'eussiez-vous pas déjà reconnue — cette participation des deux Etats à la convention — vous devriez à nouveau aujourd'hui la reconnaître. Vous devriez en effet rejeter aussi bien ce que j'appellerai la thèse maximaliste de la Serbie-et-Monténégro, selon laquelle il y avait des obstacles juridiques majeurs à ce qu'elle puisse même envisager de participer à la convention sur le génocide, et une thèse plus modérée — si je puis dire puisque *in fine* le résultat est le même — selon laquelle les circonstances du processus successoral de la Yougoslavie ont eu pour conséquence que la République fédérale de Yougoslavie n'a plus été partie à la convention sur le génocide exactement à partir du 27 avril 1992.

17. Il faut en effet prendre la mesure de ce que veut vous faire dire la Serbie-et-Monténégro. Elle veut vous faire dire que du 27 avril 1992 au 12 juin 2001, date à laquelle elle aurait adhéré à la convention avec une réserve — 12 juin pour tenir compte des trois mois pour la mise en œuvre de son adhésion du 12 mars —, soit pendant neuf ans elle n'aurait pas été partie à la convention, période de neuf ans dans laquelle est incluse la période pendant laquelle s'est produit le nettoyage ethnique en Bosnie, qui est auteur de l'affaire présentée aujourd'hui devant vous. Et donc, pendant toute cette période, elle n'aurait pas été liée par la convention sur le génocide, malgré ses affirmations de volonté formelles, publiques et réitérées en sens contraire. La Cour ne peut accepter une telle conclusion.

2. En 1993, la RFY pouvait être partie à la convention sur le génocide

18. Je vais donc d'abord rejeter ce que j'ai appelé la thèse maximaliste en montrant qu'en 1993 la RFY pouvait être partie à la convention sur le génocide. L'objet de cette première thèse est de tenter de démontrer que les conditions n'étaient pas présentes pour une simple participation hypothétique à la convention, donc de démontrer que la RFY ne pouvait donc même pas prétendre faire partie de la convention sur le génocide et ceci pour deux raisons alternatives :

d'une part, parce qu'elle n'était pas membre de l'ONU et, d'autre part, parce qu'elle n'avait pas reçu en tant que non membre d'invitation spécifique du Secrétaire général en ce sens. Ce ne sont pas des conditions alternatives bien sûr mais cumulatives.

19. Je voudrais, avant de répondre aux deux branches de cette alternative dans laquelle les conseils de la Serbie-et-Monténégro croient enfermer ceux de la Bosnie-Herzégovine, dire que le postulat de base sur lequel est fondée cette interprétation restrictive me paraît inadmissible. Inadmissible car contraire à la nature même de la convention. Cette idée a déjà été mise en avant dans notre affaire dans l'opinion individuelle du juge Parra-Aranguren jointe à l'arrêt de 1996, où il a souligné «the importance of maintaining the application of such conventions of humanitarian character» (*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), opinion individuelle de M. le juge Parra-Aranguren, par. 2*). Cette analyse est, je le rappelle, bien dans la ligne de ce que vous avez vous-mêmes dit dans l'avis de 1951 sur les *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* :

«[l]’objet et le but de la convention sur le génocide impliquent chez l’Assemblée générale et chez les Etats qui l’ont adoptée l’intention d’y voir participer le plus grand nombre possible d’Etats. L’exclusion complète de la convention d’un ou de plusieurs Etats, outre qu’elle restreindrait le cercle de son application, serait une atteinte à l’autorité des principes de morale et d’humanité qui sont à sa base.» (*Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951, p. 24.*)

20. Il est d'ailleurs tout à fait frappant de relever que, dans la résolution 398 (IV), résolution adoptée par l'Assemblée générale le 3 décembre 1949, intitulée «Invitations à adresser aux Etats non membres pour leur permettre de devenir parties à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide», le but de cette invitation n'est nullement de fermer l'accès à la convention, mais au contraire de l'ouvrir au maximum.

21. Cette remarque générale — importante — ayant été faite, je répondrai maintenant à la thèse insolite de la Serbie-et-Monténégro selon laquelle elle ne pouvait même pas prétendre être partie à la convention, alors qu'elle a clamé haut et fort qu'elle l'était. J'y répondrai en disant que cette objection n'a aucune validité, pour deux raisons cumulatives, qui répondent donc très

exactement aux deux obstacles supposés à la participation possible de la République fédérale de Yougoslavie à la convention sur le génocide.

22. J'affirme tout d'abord, sans le démontrer aujourd'hui, que la République fédérale de Yougoslavie pouvait être partie à la convention sur le génocide car elle était Membre de l'ONU en 1993. Mais comme je vous l'ai dit, je démontrerai ce point lundi.

23. Il me faut cependant poursuivre l'analyse, en montrant qu'à supposer pour les seuls besoins du raisonnement que la République fédérale de Yougoslavie n'ait pas été membre de l'ONU — ce que la Bosnie-Herzégovine n'admet pas — elle pouvait tout de même participer à la convention sur le génocide. Je rappelle cette seconde branche de l'objection présentée par la Serbie-et-Monténégro, dans les termes où elle a été énoncée par le professeur Varady. Selon lui :

«[I]es Etats ne peuvent pas tous devenir partie contractante à la convention sur le génocide. Cette convention, dont le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies est dépositaire, est ouverte sans condition aux Membres de l'Organisation. Elle n'est *pas* ouverte sans condition aux Etats qui ne sont pas membres de l'Organisation des Nations Unies.»⁵⁶

24. Or, Madame et Messieurs de la Cour, la République fédérale de Yougoslavie — je vais vous le montrer — n'avait pas besoin d'invitation spécifique, comme le soutien la République fédérale de Yougoslavie dans la mesure où l'on était dans un processus successoral.

25. Cependant, avant de réfuter la nécessité d'une invitation à participer pour un Etat non membre de l'ONU en cas de succession d'Etat, je voudrais tout de même rappeler une évidence, c'est que Membre ou non de l'ONU, la République fédérale de Yougoslavie n'avait pas besoin d'une invitation spécifique, toute simplement *parce qu'elle était partie à la convention sur le génocide*. Il est constant que le Secrétaire général chargé par l'Assemblée générale d'inviter les Etats non membres à participer n'a jamais adressé une telle demande à la République fédérale de Yougoslavie, et sur ce point la Bosnie-Herzégovine ne contestera pas ce que dit la Serbie-et-Monténégro. Mais s'il en est bien ainsi, s'il n'y a pas eu d'invitation, c'est qu'il n'y avait aucune raison d'adresser une telle demande à la République fédérale de Yougoslavie, puisque, de l'avis général, elle était partie à la convention. C'était en tout cas l'avis de la République fédérale de Yougoslavie, qui était tout de même concernée au premier plan.

⁵⁶ CR 2006/13, p. 26, par. 3.31 (Varady).

26. C'était aussi l'avis du Secrétaire général. Et on peut donc noter que le fait même qu'il n'ait pas adressé cette invitation peut être pris comme montrant la conviction qu'il avait que la République fédérale de Yougoslavie était bien partie à la convention sur le génocide. Mais cette conviction ressort également des documents onusiens. Dans le document intitulé «Statut des traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général, au 31 décembre 1992»⁵⁷ — donc après le 27 avril 1992 —, il est indiqué qu'un Etat appelé Yougoslavie est toujours lié depuis la date de la ratification initiale par la République fédérale socialiste de Yougoslavie. Cette mention ne peut concerner que la République fédérale de Yougoslavie, à qui est ainsi reconnue le maintien du statut de l'Etat prédécesseur. En 1996, le Secrétaire général a même voulu faire un pas de plus dans cette reconnaissance du statut de continueur des traités à la RFY : dans le «Précis de la pratique du Secrétaire général dépositaire d'accords multilatéraux» de 1996⁵⁸, il a inclus le fameux paragraphe 297 où il est indiqué que la République fédérale de Yougoslavie conservait tous les droits et obligations d'origine conventionnelle de l'Etat prédécesseur. On sait bien sûr que la controverse politique faisait rage entre les cinq Etats issus de l'ex-Yougoslavie, dont quatre refusaient que la République fédérale de Yougoslavie ait un statut privilégié, et le paragraphe a été retiré. Mais si les choses n'étaient plus dites noir sur blanc, n'étaient plus dites aussi clairement, la situation est restée la même, à savoir qu'un Etat restait lié par les traités de la RFSY et cet Etat ne pouvait être que la RFY. Dans d'autres enceintes, la situation était encore plus claire : par exemple, dans la liste des traités adoptés dans le cadre de l'UNESCO, après le 27 avril 1997, était indiqué à côté du nom «Yugoslavia», «Federal Republic of Yugoslavia».

27. Donc, pas d'invitation nécessaire, car une telle invitation aurait été absurde. Imagine-t-on le Secrétaire général de l'ONU inviter un Etat partie à la convention sur le génocide à y adhérer ? Le seul énoncé de cette hypothèse en démontre l'inanité.

28. Je voudrais également réfuter ici l'interprétation donnée par le professeur Zimmermann à la lettre du directeur du service juridique de l'ONU du 8 décembre 2000 adressée à la RFY après son entrée comme nouvel Etat à l'ONU en novembre 2000. J'en lis les termes et je n'ai la lettre qu'en anglais : «It is the Legal Counsel's view that the Federal Republic of Yugoslavia should now

⁵⁷ Nations Unies, doc. ST/LEG/SER.E/11, New York, 1993.

⁵⁸ Nations Unies, doc. ST/LEG/10, p. 89, par. 297.

undertake treaty actions, as appropriate, in relation to the treaties concerned, if its intention is to assume the relevant legal rights and obligations as a successor State.»⁵⁹ Le professeur Zimmermann en déduit que «the approach taken by the Legal Counsel confirmed that the FRY had not been a party to the Genocide Convention beforehand»⁶⁰. Cette conclusion est inexacte et sollicite les propos du directeur juridique. Je noterai simplement que les choses restent très ouvertes, puisque d'abord le directeur juridique demande une action «as appropriate», mais surtout j'affirme — et j'aurai l'occasion de revenir plus longuement sur ce point capital après le week-end — que le fait qu'il soit demandé à la RFY de préciser son statut en tant que successeur aux traités après novembre 2000 n'implique en aucune façon qu'elle n'ait pas bénéficié du statut de continuateur avant cette date, continuateur des traités, continuateur à l'ONU.

29. Mais j'irai maintenant encore plus loin dans le raisonnement de plus en plus subsidiaire, et je dirai qu'à supposer que la RFY n'ait été ni membre de l'ONU ni partie à la convention, et que vous estimiez que sans une invitation du Secrétaire général, un Etat non membre ne peut pas adhérer à la convention sur le génocide — au sujet de laquelle vous avez cependant déjà eu l'occasion de souligner l'importance d'une participation aussi universelle que possible — il n'en resterait pas moins qu'il n'y aurait eu nul besoin d'une invitation en l'espèce, car on se trouve *dans un processus successoral*, hypothèse qui n'est pas envisagée à l'article IX de la convention sur le génocide. Je ne relis pas cet article mais il est indiqué que l'invitation est nécessaire pour la signature, dans l'un des paragraphes, et pour l'adhésion, dans un autre des paragraphes.

30. L'invitation est une invitation à signer, une invitation à adhérer, le traité ne parle aucunement d'invitation à continuer ou à succéder. Lorsque se produit un processus successoral, ce sont les règles spécifiques à la succession d'Etats qui s'appliquent. En l'espèce, l'Etat prédécesseur était indiscutablement partie à la convention sur le génocide, ce qui ouvrait, si l'on accepte le principe de continuité automatique des traités, sur lequel je reviendrai tout à l'heure, une *obligation de participer*, aussi bien pour l'Etat continuateur que pour l'Etat successeur, mais en tout état de cause, même si l'on rejette ce principe de continuité automatique, à tout le moins un *droit de participer* pour l'Etat successeur, l'Etat continuateur restant bien entendu lui aussi

⁵⁹ CR 2006/13, p. 49, par. 4.57 (Zimmermann).

⁶⁰ *Ibid.*, par. 4.58 (Zimmermann).

obligatoirement lié. Comment oser prétendre que les Etats issus de l'ex-Yougoslavie, partie originaire à la convention sur le génocide, auraient pu ne pas avoir le droit d'y participer, sous prétexte que s'est produit un processus successoral dans cet Etat ? Je crois que poser la question, c'est déjà y répondre. Cette conclusion me semble particulièrement pertinente ici car, en raison de l'objet et du but du traité, il importe que la convention conserve le même champ d'application territoriale.

31. Certes, je ne suis pas sans savoir que votre Cour dans son arrêt de 1996, lorsqu'elle s'est interrogée sur le point de savoir si la Bosnie-Herzégovine était liée par la convention sur le génocide, a commencé son raisonnement en constatant que la Bosnie-Herzégovine était Membre des Nations Unies et donc que l'article IX lui permettait donc de devenir partie à la convention. Il convient cependant de replacer ce raisonnement dans son contexte, ce contexte c'est la troisième exception préliminaire de la RFY, qui tendait à nier à la Bosnie, qualifiée de «prétendue République de Bosnie-Herzégovine» (*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, p. 604*), la qualité d'Etat, parce qu'elle aurait violé en faisant sécession les obligations découlant du principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Autrement dit, la référence à la qualité de Membre de l'ONU a été faite par la Cour pour affirmer la qualité d'Etat — nécessairement sous-entendue par le fait d'être Membre des Nations Unies — Etat créé conformément au droit international, ce qui permettait à la Bosnie-Herzégovine de se prévaloir des règles sur la succession d'Etat et ce qui empêchait la République fédérale de Yougoslavie de lui opposer l'article 6 de la convention sur les successions en matière de traités, l'article 6 concernant les successions illégales. De ce contexte très particulier, il ne me semble donc pas possible de tirer une conclusion quant à la nécessité d'une invitation spéciale à participer à la convention sur le génocide pour tous les Etats nés d'un processus successoral, comme le soutient la Serbie-et-Monténégro. Je rappelle donc qu'une telle invitation n'est pas mentionnée par l'article IX, et qu'il ne me semble pas qu'il y ait de raison de demander une telle invitation dans le cadre d'un processus successoral.

32. Enfin, subsidiairement, à supposer même que la Serbie-et-Monténégro ait eu besoin d'une invitation à participer à la convention, il m'apparaît que toute la politique onusienne à son

égard tendait vers ce but, lui faire respecter la convention. Je ne citerai pas une fois de plus les innombrables résolutions qu'on a déjà souvent citées dans lesquelles il est demandé à la RFY de respecter la convention sur le génocide — ce qui implique qu'elle y est partie, mais à tout le moins ce qui impliquerait si elle n'y était pas partie, une invitation à y participer. Même si la thèse maximaliste me semble ainsi écartée, même si j'espère donc avoir démontré que toutes les conditions juridiques étaient réunies pour que la République fédérale de Yougoslavie puisse avoir le droit de participer à la convention sur le génocide, il convient maintenant de répondre à ce que j'ai appelé la thèse modérée, à savoir qu'en fait la République fédérale de Yougoslavie n'était pas partie à la convention sur le génocide.

3. La RFY était partie à la convention sur le génocide en 1993 parce qu'elle avait fait une déclaration de continuation des traités internationaux

33. Votre Cour n'a guère eu de mal à parvenir à une telle conclusion, tant elle était évidente.

Dans votre ordonnance du 8 avril 1993, vous avez d'abord constaté qu'

«une clause compromissive d'une convention multilatérale, telle que l'article IX de la convention sur le génocide, invoqué par la Bosnie-Herzégovine en l'espèce, pourrait être considérée *prima facie* comme une disposition particulière d'un traité en vigueur; qu'en conséquence, si la Bosnie-Herzégovine et la Yougoslavie sont toutes deux parties à la convention sur le génocide, les différends auxquels s'applique l'article IX relèvent en tout état de cause *prima facie* de la compétence *ratione personae* de la Cour» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro)), mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 14, par. 19*).

La Cour est donc partie de l'idée qu'à ce stade des mesures conservatoires, il lui suffisait d'établir que les deux Etats étaient parties à la convention. On sait qu'à l'époque l'enjeu était surtout la participation de la Bosnie. La Cour s'est cependant attachée à vérifier que les deux Etats étaient parties.

34. Pour la RFY, elle a tiré la conclusion que la RFY était partie en raison de sa manifestation de volonté. La participation de la Bosnie-Herzégovine a également été constatée par la Cour même si, je le rappelle, la base juridique de cette participation était laissée une question ouverte. La conclusion était donc que les deux Etats étaient parties à la convention, et que donc celle-ci pouvait être considérée comme une base de compétence *prima facie* à ce stade (*ibid.*, p. 16, par. 26).

35. Mais bien entendu, le même raisonnement a été repris, et cette fois non plus *prima facie*, dans l'arrêt de 1996. Je ne reprendrai pas tout votre raisonnement que vous connaissez mieux que nous. Il me semble suffisant de rappeler à la Cour la conclusion sans ambiguïté adoptée en 1996 : «[a]insi, la Yougoslavie était liée par les dispositions de la convention à la date du dépôt de la requête en la présente affaire, le 20 mars 1993» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 610, par. 17; les italiques sont de nous).

36. Le professeur Varady a cherché à semer le doute sur cette conclusion en laissant entendre que l'hypothèse sur laquelle elle se fonde était fausse. En effet, voici ce qu'il nous dit : il nous dit que l'hypothèse de la continuité des traités était en réalité fondée sur l'hypothèse de la continuité du statut à l'ONU et que l'hypothèse de la continuité du statut à l'ONU ayant été rendue caduque par l'entrée de la République fédérale de Yougoslavie à l'ONU en 2000, cela devait aussi annuler la continuité des traités. En réalité, ce n'est pas du tout le raisonnement qu'a fait la Cour. La Cour ne s'est pas fondée sur des hypothèses, elle s'est fondée sur la réalité politique et juridique, la réalité de l'affirmation par la République fédérale de Yougoslavie qu'elle se considérait comme liée par les traités de la République fédérale socialiste de Yougoslavie, la réalité donc de l'affirmation par un Etat souverain qu'il était lié et qu'il assumerait toutes les obligations et tous les traités signés par la RFSY. Très précisément en 1996, la Cour, pour considérer que les deux Parties étaient liées par la convention sur le génocide, *a pris sa décision* — vous le savez bien — *sans se fonder sur le statut de la RFY à l'ONU, à savoir Membre ou non membre, successeur ou continueur*, question qu'elle n'a pas tranchée. Nul besoin d'invoquer la continuité de la République fédérale de Yougoslavie à l'ONU pour en tirer des conclusions hypothétiques relatives à la convention sur le génocide. La République fédérale de Yougoslavie au moment de sa naissance a dit deux choses : elle a dit d'une part, «je continue le statut de la République fédérale socialiste de Yougoslavie à l'ONU», d'autre part, «j'assume toutes les obligations conventionnelles de la RFSY». La Cour a analysé les deux propositions comme n'étant pas liées entre elles et encore moins comme étant dans une relation de cause à effet, puisqu'elle n'a pas examiné la première pour prendre position sur la seconde. Cette analyse autonome du statut à l'ONU et du sort des traités est tout à fait conforme à la vision qu'avait l'ONU, exprimée par le directeur du

service juridique de l'ONU, dans sa célèbre opinion juridique du 16 septembre 1993 : «The status of Yugoslavia as party to treaties was not affected by the adoption by General Assembly of resolution 47/1 of 22 December 1992... It did not address Yugoslavia's status as a party to treaties.»

37. Votre Cour a donc simplement conclu que la République fédérale de Yougoslavie était liée, non sur la base d'une hypothèse, comme voudrait nous le faire croire le conseil de la Serbie, ou d'une construction intellectuelle inductive ou déductive, mais simplement qu'elle était liée sur la base d'une réalité qui est au cœur de tout le droit international, à savoir le consentement des Etats. Je reprends encore une fois textuellement, les mots que vous avez employés, la Cour s'est fondée sur «[l]'intention ainsi exprimée par la Yougoslavie de demeurer liée par les traités internationaux auxquels était partie l'ex-Yougoslavie» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 610, par. 17).

4. Même si elle n'était pas considérée comme Etat continuateur, la RFY était partie à la convention sur le génocide en 1993, en vertu de la règle de succession automatique à ce traité universel

38. Je passerai rapidement sur cette question en rappelant simplement que l'article 34 de la convention sur la succession d'Etats en matière de traités pose cette règle de la succession automatique. Je n'abuserai pas du précieux temps pour discuter de la portée de cet article — on sait qu'il y a des débats —, des modalités d'application à tous les traités, je dirai simplement qu'il est largement admis que ce principe s'applique aux traités incorporant des normes de *jus cogens*.

39. Le professeur Zimmermann a tenté de vous convaincre qu'une telle règle n'existait pas, ignorant totalement l'article 34 qu'il n'a pas cité une seule fois. Il cite par contre extensivement des articles, des commentaires, des références concernant les Etats nouvellement indépendants au sens de la convention de 1978 sur la succession en matière de traités⁶¹. Madame le président,

⁶¹ Voir par exemple CR 2006/13, p. 42, par. 4.51 (Zimmerman) : «[l]es Etats nouvellement indépendants soumettent souvent au Secrétaire général des déclarations «générales» de succession... Le Secrétaire général ... ne considère pas la déclaration comme un instrument valable de succession à l'un des quelconques traités déposés auprès de lui, et il en informe le gouvernement du nouvel Etat concerné»; ou encore, *ibid.*, par. 4.70, p. 46 : «[l]a pratique suivie par les Etats semble ... en contradiction manifeste avec la thèse selon laquelle un Etat nouvellement indépendant a l'obligation de se considérer lié par un traité général de caractère normatif qui était applicable à l'égard de son territoire avant son accession à l'indépendance».

Messieurs les juges, je vous avoue avoir longuement réfléchi sans pouvoir trouver le moindre rapport entre la République fédérale de Yougoslavie et un Etat nouvellement indépendant dans ce sens de la convention et donc sans pouvoir trouver la moindre pertinence à ces développements. A ma connaissance, la République fédérale de Yougoslavie n'a jamais prétendu être un Etat nouvellement indépendant qui aurait été antérieurement colonisé par la Yougoslavie !

40. Je ne m'attarderai donc pas longuement à réfuter cette argumentation, j'invoquerai juste la pratique internationale, et notamment la position adoptée par la réunion des présidents des différents organes créés par les instruments relatifs aux droits de l'homme qui ont dit la chose suivante : «[I]es présidents ont fait observer toutefois qu'à leur avis les *Etats successeurs étaient automatiquement liés* par les obligations découlant des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme à compter de leur date respective d'indépendance»⁶².

41. Position qui était aussi celle, vous le savez Madame le président, du Comité des droits de l'homme — que vous présidiez alors — lorsque la Bosnie a soumis son rapport sur le respect des pactes sur les droits civils et politiques, rapport qu'elle a soumis avant toute notification de succession, mettant ainsi en œuvre concrètement le principe de succession automatique⁶³.

42. Je noterai enfin, que même si je sais bien que la Cour n'a pas voulu trancher la question des règles successorales précisément applicables en 1996, elle n'a pourtant pas exclu la possibilité d'une succession automatique de la Bosnie-Herzégovine à la convention sur le génocide (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, C.I.J. Recueil 1996 (II), par. 23).

5. Même si votre Cour ne reconnaissait pas l'applicabilité du principe de succession automatique, la RFY était partie à la convention sur le génocide en 1993, car elle était de toute façon liée en tant qu'Etat successeur par ses innombrables déclarations

43. Qu'importe la raison subjective pour laquelle la RFY a manifesté sa volonté objective d'être liée par la convention, le droit international est fondé sur la souveraineté des Etats qui expriment leur volonté. Un Etat ne peut pas exprimer sa volonté d'être lié par un traité, puis quelques années après, venir dire que finalement il a changé d'avis et que cette volonté doit être

⁶² Réunion du 19 au 23 septembre 1994, Nations Unies, doc. E/CN4/1995/80, 28 novembre 1994, par. 10, p. 4. Voir également Nations Unies, doc. E/CN4/1996/76, 4 janvier 1996, par. 8, p. 3. Les italiques sont de nous.

⁶³ Voir CCPR/C/79/add.14, p. 2.

considérée comme n'ayant jamais été exprimée. Accepter une telle approche serait accepter l'effondrement de tout l'édifice juridique international.

Une déclaration de volonté exprimée publiquement et dans l'intention de lier son auteur a un effet obligatoire

44. Je ne rappellerai pas cette vérité que vous avez énoncée dans l'affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, qui est suffisamment connue pour que je ne relise pas le passage pertinent (*arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 267, par. 46). On sait qu'il est particulièrement important de prendre en compte les déclarations faites par les représentants d'une partie au cours d'une procédure juridictionnelle ou arbitrale qui sont considérées comme liant ces parties⁶⁴.

45. Je vais donc recenser — ce ne sera pas exhaustif mais tout de même — un certain nombre de déclarations unilatérales par lesquelles la République fédérale de Yougoslavie a manifesté sa volonté incontestable d'être partie à la convention sur le génocide, et, si ce n'est pas suffisant, je rappellerai en outre qu'elle a pris un tel engagement de façon conventionnelle dans les accords de Dayton.

Les innombrables manifestations de volonté de la RFY d'être partie à la convention sur le génocide

La volonté de la RFY telle qu'elle est exprimée dans les documents du 27 avril 1992

46. Mon collègue Alain Pellet a déjà lu ces documents et je ne les reprendrai donc pas, je citerai juste une phrase de ces documents donc à la fois la déclaration émanant des «représentants du peuple de Serbie» et dans la note adressée au Secrétaire général dans lesquelles nous retrouvons la phrase suivante : la RFY «respectera strictement tous les engagements que la République fédérative socialiste de Yougoslavie a pris à l'échelon international».

47. Il ne fait pas de doute que, face à ces déclarations, toutes les conditions posées dans l'affaire des *Essais nucléaires*, pour que les déclarations unilatérales lient un Etat, sont remplies en l'espèce. Ces déclarations créent des obligations juridiques compte tenu de l'auteur et je crois que c'est en vain que le professeur Zimmermann a essayé de minimiser la portée de ces textes en disant que ce sont des textes purement politiques adoptés par des instances non habilitées à le faire. Je

⁶⁴ Voir sentence rendue le 17 juillet 1986 par le tribunal arbitral institué par le compromis du 23 octobre 1985 entre le Canada et la France à propos du *Différend concernant le filetage à l'intérieur du Golfe du Saint Laurent*, RGDIP, 1986, p. 756.

rappelle tout de même que ces textes ont été communiqués au Secrétaire général, qu'il a été demandé au Secrétaire général de les distribuer comme «documents officiels de l'Assemblée générale»⁶⁵. En faisant cela, la République fédérale de Yougoslavie tenait à faire savoir à tous les Membres des Nations Unies qu'elle s'engageait juridiquement. Les déclarations du 27 avril 1992 constituent par conséquent un engagement immédiat, ayant force obligatoire pour la République fédérale de Yougoslavie.

48. Comme l'a indiqué la Cour dans l'affaire des *Essais nucléaires*, cet engagement existe en dehors de toute réaction des autres Etats, c'est-à-dire en dehors d'une acceptation, mais surtout aussi en dehors d'une éventuelle réaction de refus. Et cela peut être éventuellement important pour notre affaire. Donc encore une fois ces déclarations ont manifesté la volonté de la République fédérale de Yougoslavie, aujourd'hui Serbie-et-Monténégro, d'être inconditionnellement liée par les traités auxquels était partie la RFSY.

La volonté de la RFY telle que manifestée par ses déclarations durant la procédure dans cette affaire

49. Elle a adopté une ligne de conduite continue au cours de toutes les étapes de la procédure.

50. Au cours de la procédure relative aux demandes en indication de mesures conservatoires, elle a notamment insisté sur le fait que la compétence de la Cour devait rester limitée à la convention sur le génocide. Je citerai juste ce qu'a dit le professeur Rosenne au cours de l'audience du 2 avril 1993, où il a déclaré : «[l]a République fédérative de la Yougoslavie ne consent à aucune extension de la compétence de la Cour au-delà de ce qui est strictement stipulé dans la convention même»⁶⁶.

51. Cette même ligne de conduite qui a été adoptée durant *les plaidoiries de 1996*, nous le savons. M. Suy a affirmé à plusieurs reprises que la convention pouvait être applicable aux Parties, la seule discussion qu'il avait menée était concernant la date d'applicabilité; il tentait notamment de nier que la convention soit applicable à partir du 6 mars 1992, date de l'indépendance de la Bosnie. Il a admis qu'elle pouvait être applicable à partir du 29 décembre 1992, à partir du 14 décembre

⁶⁵ Nations Unies, doc. A/46/915, 6 mai 1992.

⁶⁶ CR 1993/13, p. 15 (Rosenne). Voir aussi la lettre citée dans le mémoire du Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine en date du 15 avril 1994, p. 95, par. 4.2.2.3.

1995, date des accords de Dayton, et d'autres dates encore, simplement la date la plus tardive qui avait été acceptée dans les plaidoiries de 1996, était l'accord de Dayton⁶⁷.

52. Or, maintenant, le défendeur nous dit: «Ah ! Non, non, non. Nous ne sommes liés par la convention sur le génocide que depuis 2001.»⁶⁸ Donc la date est encore repoussée aujourd'hui, date de six ans.

La volonté de la RFY confirmée par l'engagement conventionnel de la RFY exprimé dans les accords de Dayton

53. Mais il y a plus encore, il y a également le fait que la volonté que la République fédérale de Yougoslavie a été confirmée incontestablement dans les accords de Dayton. Nous savons que dans ces accords, les: «les parties approuvent et appliqueront entièrement les dispositions relatives aux droits de l'homme énoncées au premier titre de l'article 6...»⁶⁹.

54. Approuvent et appliqueront entièrement. Or, la convention sur le génocide est le premier traité que l'on trouve dans cette annexe. Nous notons également, qu'aucune restriction, aucune réserve n'a été présentée par aucune des Parties qui disent «qu'elles appliqueront entièrement les conventions». Autrement dit, nous avons là un certain nombre de déclarations qui montrent bien que la République fédérale de Yougoslavie était liée.

55. La Bosnie estime qu'elle était liée dès sa naissance, le 27 avril 1992. Mais même si votre Cour retenait une date plus tardive, la République fédérale de Yougoslavie ne pourrait pas se soustraire à ses responsabilités et notamment aux responsabilités encourues, par exemple, avant les accords de Dayton, puisque comme vous le savez, dans l'arrêt de 1996, vous avez clairement dit :

«La Cour constate ainsi qu'elle a compétence en l'espèce pour assurer l'application de la convention sur le génocide aux faits pertinents qui se sont déroulés depuis le début du conflit dont la Bosnie-Herzégovine... Cette constatation est d'ailleurs conforme à l'objet et au but de la convention...» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 617, par. 34.)

⁶⁷ CR 1996/06, p. 23 (Suy).

⁶⁸ CR 2006/13, p. 7, par. 2. 19 (Varady).

⁶⁹ Accord-cadre général pour la paix en Bosnie-Herzégovine (Accords de Dayton), 21 novembre 1995, in doc. ONU, lettre datée du 29 novembre 1995, adressée au Secrétaire général par la représentante permanente des Etats-Unis d'Amérique auprès de l'Organisation des Nations Unies, doc. A/50/790, doc. S/1995/999, 30 novembre 1995, p. 3.

L'interprétation des différentes manifestations de volonté de la RFY d'être liée par la convention sur le génocide

56. Les manifestations de la volonté d'être liée sont, nous l'avons vu, innombrables, cohérentes sans la moindre fausse note, encore faut-il procéder à leur interprétation. Nous savons que les déclarations ont une portée juridique, mais si on les interprète, on peut envisager que ces déclarations puissent être analysées soit comme une déclaration de continuité, soit comme une notification de succession, soit pourquoi pas comme une adhésion, mais que l'on adopte un point de vue ou l'autre, le résultat est le même : la République fédérale de Yougoslavie a manifesté sa volonté d'être liée.

57. Certes, le professeur Zimmermann a soutenu que puisque la République fédérale de Yougoslavie avait sans doute l'intention de faire une déclaration de continuité, en tant qu'Etat continuataire, on ne pouvait analyser cette déclaration autrement. Et à l'appui de sa thèse, il déclare : «[p]ermettez-moi de citer ce qui a été dit à ce propos au nom du demandeur par mon estimée collègue, Mme Brigitte Stern : «[o]n ne voit pas pourquoi la notification de succession, acte qualifié comme tel par un Etat souverain, devrait être considérée comme une notification d'adhésion (CR 1996/9, p. 32-33)»⁷⁰. Alors, je suis bien sûr très flattée de ce que mon estimé collègue M. Zimmermann m'invoque comme autorité à l'appui de ses démonstrations, mais il n'est pas sans savoir que si j'ai bien dit ce que j'ai dit et s'il m'a fidèlement citée, la Cour elle, ne m'a pas du tout suivie sur ce point. Et moi j'invoquerai plutôt quant à moi l'autorité de la Cour, qui seule donne des interprétations authentiques. Eh bien, la Cour, face à la notification de succession de la Bosnie a considéré qu'elle pouvait l'interpréter comme elle voulait. Vous savez très bien qu'elle n'a pas pris position sur la façon dont la Bosnie-Herzégovine est devenue partie, elle a dit que la Bosnie soit devenue automatiquement partie à la convention ou qu'elle le soit devenue par l'effet rétroactif ou non de sa notification de succession, ou encore si la Bosnie devrait être considérée comme ayant adhéré à la convention sur le génocide.

58. C'est dire que c'est à la Cour que reviennent les qualifications juridiques. Rien n'empêche donc la Cour internationale de Justice d'analyser les multiples déclarations de la République fédérale de Yougoslavie, comme des notifications de succession. De même qu'elle

⁷⁰ CR 2006/13, p. 40, par. 4.43 (Zimmermann).

n'avait pas précisé en 1996 comment la Bosnie-Herzégovine était devenue partie, on n'a pas besoin de savoir comment la République fédérale de Yougoslavie est devenue partie; ce qui importe c'est de savoir si les Etats sont liés, pas de savoir par quel processus juridique ils le sont.

59. Mais la Bosnie ne s'arrête pas là. Nous allons donc je pense, démontrer que la République fédérale de Yougoslavie était bien partie à la convention sur le génocide au moment du dépôt de sa requête. La République fédérale de Yougoslavie n'arrête pas là ses attaques contre la convention. Ne pensant sans doute pas arriver à convaincre la Cour qu'elle n'était pas partie à la convention face aux évidences, la Serbie-et-Monténégro avance un nouvel argument pour soutenir que la convention ne serait pas applicable, même si les deux Etats y étaient partie : ce nouvel argument est que la convention sur le génocide n'était pas un traité en vigueur au sens de l'article 35, paragraphe 2 de votre Statut.

The PRESIDENT: Professor Stern, do you think that would be an appropriate point to hold over until Monday morning? You still have fair way to go.

Mme STERN: I would need six or seven minutes.

The PRESIDENT: Then, please continue.

Mme STERN: Thank you, Madam President.

Bien entendu, dans la mesure où la Bosnie-Herzégovine considère que la République fédérale de Yougoslavie était Membre de l'ONU, en 1993, cette discussion ne présente qu'un caractère tout à fait subsidiaire. Je vais donc examiner l'article IX de la convention qui était en vigueur en 1996, en tant qu'unique fondement de la compétence de la Cour.

II. L'article IX de la convention sur le génocide est une base de compétence autonome et suffisante pour votre Cour

60. Pour nier que cette convention soit en vigueur, la Serbie défend donc maintenant l'idée qu'il ne s'agit pas d'une convention en vigueur au sens de l'article 35, paragraphe 2. Une fois de plus, elle va se fonder *uniquement* sur vos arrêts dans les affaires sur la *Licéité*, qui ont introduit une interprétation tout à fait inédite de l'expression «traités en vigueur».

61. On sait que dans l'affaire sur la *Licéité*, une nouvelle interprétation de ce qui doit être compris comme un traité en vigueur a surgi, nouvelle interprétation dont s'est emparée M. Djerić, pour demander à la Cour de revenir sur son interprétation antérieure. Comme la Cour l'a indiqué sans équivoque, nous dit M. Djerić, dans l'affaire sur la *Licéité*, cette clause ne s'applique qu'aux traités en vigueur à la date de l'entrée en vigueur du Statut. Or, une position différente a pourtant été adoptée dans notre affaire.

62. Dans son ordonnance en indications de mesures conservatoires, je vous rappelle que dans votre paragraphe 19, vous avez indiqué que :

«la Cour estime qu'une instance peut être valablement introduite par un Etat contre un autre Etat qui, sans être partie au Statut, est partie à une telle disposition particulière d'un traité en vigueur, et ce indépendamment des conditions réglées par le Conseil de sécurité dans sa résolution 9 (1946) (voir *Vapeur Wimbledon, 1923, C.P.J.I. série A n 1*, p. 6) ... l'article IX de la convention sur le génocide ... pourrait être considéré ... 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 (Serbie et Monténégro)), mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993*, p. 14, par. 19).

63. Ces conclusions adoptées *prima facie* en 1993 ont été implicitement reprises, mais nécessairement, reprises en 1996.

64. N'oublions pas que votre Cour a nécessairement reconnu dans son arrêt de 1996 qu'un traité en vigueur — et pas seulement un traité en vigueur au moment de l'adoption du Statut — pouvait servir de base à sa compétence, indépendamment de la participation au Statut puisqu'elle avait affirmé sa compétence justement sans prendre position sur le statut de Membre à l'ONU.

65. La Bosnie-Herzégovine demande à la Cour de considérer que sur ce point aussi l'arrêt de 1996 est *res judicata* et de ne pas importer rétroactivement dans notre affaire une solution qui n'avait aucune raison d'être adoptée, comme le président de cette Cour l'a fermement indiqué, puisque l'article 35, paragraphe 2 n'avait pas été invoqué par la Serbie-et-Monténégro. Le texte n'étant pour l'instant disponible qu'en anglais, c'est donc dans la langue de Shakespeare que je vais citer :

«[t]hese Written Observations contained no invocation of Article 35, paragraph 2 as an alternative ground of jurisdiction — yet going beyond what the Applicant requested in the present case, the Court has devoted some 23 paragraphs to laying the grounds for a finding that Article 35, paragraph 2, of the Statute could not have been an alternative basis for allowing access to the Court in respect of the Genocide Convention so far as Serbia and Montenegro is concerned. This exercise was clearly

unnecessary for the present case. Its relevance can lie, and only lie, in another pending case.» (*Licéité de l'emploi de la force, exceptions préliminaires*, arrêt du 15 décembre 2004, opinion individuelle de Mme le juge Higgins, par. 18.)

66. Outre que du point de vue de la procédure, une telle décision n'aurait pas dû être adoptée, elle peut également susciter des doutes quant au fond. Je ne m'appesantirai pas sur cette question, je voudrais juste souligner deux points. Un premier point qu'il faut souligner est qu'il n'y a aucune raison d'interpréter différemment l'expression «traités en vigueur» dans les articles 35, 36 et 37 comme le note le professeur Rosenne qui écrit : «[t]he expression *treaties in force* appears in Articles 35, 36, 37 of the Statute. This normally means that the treaty must be in force between the parties on the date when the proceedings are instituted»⁷¹. Le second point est que, même à supposer que les expressions n'aient pas le même sens dans les trois articles, l'interprétation retenue n'emporte pas nécessairement la conviction. Dans son opinion séparée attachée à l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force*, le juge Elaraby a ainsi critiqué de ce point de vue l'interprétation retenue, faisant valoir que «the interpretation adopted by the Court — limiting «treaties in force» to treaties in force at the time the Court's statute came into force — is unduly restrictive» (*Licéité de l'emploi de la force, exceptions préliminaires*, arrêt du 15 décembre 2004, point III «Access to the Court under Article 35, paragraph 2», opinion individuelle de M. le juge Elaraby, par. 7).

67. Autrement dit, quoi qu'il en soit, la Bosnie-Herzégovine demande à la Cour, comme je l'ai déjà dit, de considérer que sur ce point aussi l'arrêt est *res judicata*. Elle demande donc à la Cour de juger cette affaire avec les données de cette affaire : autrement dit, en maintenant ce qu'elle a dit en 1996, à savoir qu'elle était compétente sur la base de l'article IX de la convention sur le génocide, ce qui implique, d'une part, que les deux Etats qui s'affrontent devant vous étaient parties à la convention et, d'autre part, qu'elle était une convention en vigueur. J'espère vous avoir convaincus que vous aviez alors bien jugé. Je vous remercie, Madame le président.

⁷¹ S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court 1920-2005*, vol. II, *Jurisdiction*, 4th Edition Leiden/Boston, 2006, p. 641.

The PRESIDENT: Thank you, Professor Stern. The Court now rises and the hearings will resume on Monday next at 10 a.m.

The Court rose at 6.05 p.m.
