

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE AL-KHASAWNEH,
VICE-PRÉSIDENT

[Traduction]

Accord avec le résultat — Désaccord quant au raisonnement — Erreur du raisonnement par lequel la Cour conclut au défaut d'accès de la RFY — Ce raisonnement trouve son origine dans les arrêts de 2004 — Source de confusion — Les contradictions avec l'arrêt de 2007 n'ont guère été dissipées — Elles ont simplement été masquées par le recours au principe de l'autorité de la chose jugée — La majorité s'est vue contrainte de recourir à une interprétation inédite de Mavrommatis — Le nouveau raisonnement ne mène nulle part — Un aspect fondamental de Mavrommatis fait défaut — Le vice de procédure ne peut plus être corrigé en raison de la perte de la compétence ratione materiae.

Je pense comme la majorité de la Cour que celle-ci est compétente pour se prononcer sur le fond de l'affaire. Je regrette néanmoins de ne pouvoir souscrire à certains points du raisonnement de la Cour. Jugeant ces différences suffisamment importantes pour qu'une explication soit justifiée, je joins la présente opinion individuelle.

L'arrêt est fondé sur deux prémisses, dont aucune ne me semble convaincante: premièrement, la République fédérale de Yougoslavie (RFY) n'aurait pas eu «accès» à la Cour entre le moment de sa création, le 27 avril 1992, et celui de son admission en tant que nouveau Membre de l'Organisation des Nations Unies, le 1^{er} novembre 2000; deuxièmement, il pourrait néanmoins être remédié à ce défaut — fondamental aux yeux de certains — moyennant une interprétation quelque peu originale du principe dit *Mavrommatis*. Le premier de ces éléments du raisonnement de la Cour n'est pas nouveau. Il provient des arrêts rendus en 2004 dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, où, s'éloignant de la jurisprudence précédemment établie dans des affaires connexes (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993; 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); Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996 en l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires (Yougoslavie c. Bosnie-Herzégovine), arrêt, C.I.J. Recueil 2003*), la Cour avait conclu, à la lumière de l'admission de la RFY en tant que «nouveau Membre» de l'ONU en 2000, que ce fait clarifiait rétroactivement le statut jusque-là indéterminé de ce pays à l'égard de l'Organisation

des Nations Unies, révélant qu'il n'en avait pas été un membre dans la période comprise entre 1992 et 2000 et n'avait donc pas qualité pour ester devant la Cour («accéder à la Cour»).

J'ai déjà eu la possibilité de m'étendre assez longuement sur ces questions juridictionnelles (voir opinion dissidente du vice-président Al-Khasawneh, notamment les paragraphes 11 à 16, dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 246-249). Il serait donc inutile de répéter ici les arguments que j'ai fait valoir à cette occasion. Je me contenterai de dire que, à mon humble avis, le raisonnement erroné suivi dans les arrêts de 2004 est à l'origine de la grande confusion et des nombreuses contradictions qui existent dans les arrêts de la Cour traitant des conséquences de la désintégration de l'ex-République fédérative socialiste de Yougoslavie (la RFSY).

Dans l'arrêt de 2007 relatif à l'application de la convention sur le génocide (*ibid.*, p. 96-101, par. 129-138), où la Cour s'est déclarée compétente (pour la deuxième fois, ayant déjà affirmé sa compétence en 1996), les contradictions avec les arrêts de 2004 n'ont pas été dissipées sur le fond, mais simplement masquées par le formalisme du principe de l'autorité de la chose jugée. Dans la présente instance, où la partie demanderesse n'est pas la même, le spectre des arrêts de 2004, libéré des chaînes du principe de l'autorité de la chose jugée, est revenu nous hanter et, au lieu de le taire à jamais, la Cour a décidé cette fois-ci de le ranimer pour en faire l'une des prémisses de son arrêt. C'est regrettable, car les implications morales et logiques de l'escamotage collectif de la RFY, qui a duré huit années complètes alors que certains des crimes les plus horribles — auxquels les dirigeants de cet Etat étaient mêlés — étaient commis, ne sauraient représenter un point fort de l'histoire de la Cour.

Au lieu de cela — et c'est ce qui me conduit à la deuxième prémisse qui fonde le présent arrêt —, la majorité s'est lancée dans une interprétation inédite du principe dit *Mavrommatis* (*Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, par. 34) selon laquelle la Cour n'exigerait pas qu'une nouvelle requête soit déposée s'il existait, à la date de l'introduction de l'instance, un défaut procédural pouvant être corrigé par une action ultérieure du demandeur. Bien entendu, la majorité n'avait pas d'autre possibilité étant donné, d'une part, l'inapplicabilité du principe de l'autorité de la chose jugée et, d'autre part, son choix de maintenir la position exposée dans les arrêts de 2004. Malheureusement, cette voie nouvelle, inspirée de *Mavrommatis*, devait se révéler trop escarpée et en fin de compte, selon moi, ne mener nulle part.

Un bref rappel des faits pertinents est utile. La Croatie a introduit la présente instance le 2 juillet 1999, autrement dit à une période où la RFY n'était pas, si l'on s'en tient à la logique des arrêts de 2004 et du présent arrêt, un membre de l'Organisation des Nations Unies, et n'avait de ce

fait pas accès à la Cour¹. En novembre 2000, la RFY fut admise à l'Organisation des Nations Unies en qualité de Membre, ce qui remédia à ce défaut d'accès et leva l'obstacle à la compétence *ratione personae*. Cependant, quelques mois plus tard, le 6 mars 2001, la RFY accomplit une formalité conventionnelle comprenant notamment le dépôt auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies d'un «instrument d'adhésion» à la convention sur le génocide. Depuis lors, la RFY maintient, revenant sur son opinion antérieure fondée sur la continuité, qu'elle est uniquement devenue partie à la Convention par voie d'adhésion en juin 2001. La Cour aurait perdu ainsi sa compétence *ratione materiae* car l'«instrument d'adhésion» déposé par la RFY était assorti d'une réserve aux termes de laquelle celle-ci «ne se consid[érait] pas liée par l'article IX de la Convention» (arrêt, par. 94). Ainsi qu'il est rappelé au paragraphe 94 de l'arrêt, la Croatie fit objection au motif que la RFY «[était] déjà liée par la Convention depuis qu'elle [était] devenue l'un des cinq Etats successeurs égaux de l'ex-RFSY». Il va sans dire que, si la RFY n'était pas un Etat successeur mais un Etat continuateur de la RFSY, cette «adhésion» ne serait pas plus valable pour autant. Pour sa part, la Cour, comme elle le rappelle au paragraphe 102 et comme la Croatie l'a fait observer, a affirmé six fois, en 1993 (deux fois), 1996, 1999, 2003 et 2007, que la RFY était liée par la convention sur le génocide.

Quoi qu'il en soit, ce qui nous intéresse directement en l'espèce, c'est que, à moins que la réserve relative à la compétence *ratione materiae* de la Cour ne soit pas valable, il n'est pas possible, même au prix d'un vaste effort d'imagination, d'invoquer *Mavrommatis*. Un aspect fondamental de *Mavrommatis* et d'autres affaires ultérieures à cette ancienne affaire (*Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1963; Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984; 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)*) tenait à ce que, si un vice de procédure pouvait être couvert par une action ultérieure, celle-ci était néanmoins inutile pour des raisons d'économie judiciaire. La situation est différente en l'espèce. La réserve à l'article IX formulée par la RFY en 2001 aura pour conséquence d'empêcher une telle action ultérieure. Sans l'invalidation de cette réserve, que l'arrêt évite, je ne vois pas comment la compétence *ratione materiae* de la Cour peut être retenue sur la base d'un raisonnement inspiré de l'affaire *Mavrommatis*.

¹ L'accès en tant que non-membre prévu à l'alinéa 2) de l'article 35 du Statut a également été bloqué en raison de l'interprétation faite en 2004 de l'expression «traités en vigueur» (voir les paragraphes 99-114 de l'arrêt rendu en l'affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 318-324).

Je continue de croire que la RFY était un Etat continuateur de la RFSY jusqu'en 2000 quand, de son propre gré, elle est devenue un Etat successeur. Je pense aussi que la RFY était liée par la convention sur le génocide, y compris l'article IX, en vertu de la ratification sans réserve que la RFSY a donnée à cet instrument le 29 août 1950. Dans ces conditions, je me suis associé à la majorité pour établir la compétence de la Cour malgré mon désaccord respectueux mais profond avec son raisonnement.

(Signé) Awn AL-KHASAWNEH.
