

DISSENTING OPINION OF JUDGE OWADA

The legal significance of the 2004 Judgment and of the 2007 Judgment — The applicability of the so-called “Mavrommatis principle” to the present case — The jurisprudence of the Court on the Mavrommatis principle as a principle relating to consent to jurisdiction — The scope of the Mavrommatis principle not covering any and all “procedural defects” in proceedings before the Court — The capacity to appear before the Court as an issue to be determined at the time of the act instituting proceedings — The irrelevance of applicant/respondent distinction for the purposes of access to the Court.

1. I have voted against the part of the operative clause of the Judgment in the present case in which the Court rejects the first preliminary objection submitted by the Republic of Serbia in so far as it relates to its capacity to participate in the proceedings instituted by the Application of the Republic of Croatia and finds that it has jurisdiction to entertain the Application (Judgment, para. 146 (1) and (3)). For the reasons set out below, I am of the view that the Court is not competent to entertain the present case submitted by the Republic of Croatia, since the Respondent, the Republic of Serbia, lacked the capacity to participate in the present proceedings at the time when the Applicant, the Republic of Croatia, filed an Application to institute the proceedings against the Respondent before the Court.

I. THE LEGAL SIGNIFICANCE OF THE 2004 JUDGMENT AND OF
THE 2007 JUDGMENT

2. In its 2004 Judgments in the cases concerning *Legality of Use of Force* (hereinafter referred to as the “NATO” cases; *I.C.J. Reports 2004 (I, II, III)*, pp. 279-1450) the Court held that “it ha[d] no jurisdiction to entertain the claims made in the Application filed by Serbia and Montenegro on 29 April 1999” (*ibid.*, p. 328, para. 129). This conclusion of the Court was based on its finding on Article 35, paragraph 1 and paragraph 2, of the Statute of the Court.

First, in relation to Article 35, paragraph 1, the Court found that

“at the time of filing of its Application to institute the present proceedings before the Court on 29 April 1999, the Applicant in the present case, Serbia and Montenegro, was not a Member of the United Nations, and, consequently, was not, on that basis, a State party to the Statute of the International Court of Justice” (*ibid.*, pp. 314-315, para. 91).

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE OWADA

[Traduction]

La portée juridique des arrêts de 2004 et de 2007 — L'applicabilité en l'espèce du principe dit principe Mavrommatis — La jurisprudence de la Cour consacrée à celui-ci en tant que principe relatif au consentement à la compétence — Le principe Mavrommatis n'est pas extensible à tout « défaut procédural » entachant une instance portée devant la Cour — La capacité d'ester devant la Cour, une question à trancher au moment du dépôt de l'acte introductif d'instance — Le défaut de pertinence de la distinction entre demandeur et défendeur aux fins de l'accès à la Cour.

1. J'ai voté en l'espèce contre la partie du dispositif de l'arrêt dans laquelle la Cour rejette la première exception préliminaire présentée par la République de Serbie dans la mesure où celle-ci porte sur la capacité de cet Etat de participer à l'instance introduite par la requête de la République de Croatie et où la Cour conclut à sa compétence pour en connaître (arrêt, par. 146, points 1) et 3)). Pour les raisons exposées dans la suite de la présente opinion, j'estime que la Cour n'a pas compétence pour connaître de la présente affaire dont la République de Croatie l'a saisie puisque le défendeur, la République de Serbie, n'avait pas qualité pour ester en l'espèce à l'époque où le demandeur, la République de Croatie, déposa à son encontre une requête introductive d'instance devant la Cour.

I. LA PORTÉE JURIDIQUE DES ARRÊTS DE 2004 ET DE 2007

2. Dans les arrêts qu'elle a rendus en 2004 dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force* (dénommées ci-après les affaires de l'« OTAN »; *C.I.J. Recueil 2004 (I, II, III)*, p. 279-1450), la Cour a conclu qu'« elle n'[avait] pas compétence pour connaître des demandes formulées par la Serbie-et-Monténégro dans sa requête déposée le 29 avril 1999 » (*ibid.*, p. 328, par. 129). Cette conclusion était fondée sur celle à laquelle elle était parvenue au sujet des paragraphes 1 et 2 de l'article 35 de son Statut.

S'agissant du paragraphe 1 de l'article 35, tout d'abord, la Cour a déclaré que

« au moment où il a[vait] déposé sa requête pour introduire la présente instance devant [elle], le 29 avril 1999, le demandeur en l'espèce, la Serbie-et-Monténégro, n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies ni, dès lors, en cette qualité, partie au Statut de la Cour internationale de Justice » (*ibid.*, p. 314-315, par. 91).

On that ground, it held that “the Court was not open to Serbia and Montenegro under Article 35, paragraph 1, of the Statute” (*Legality of Use of Force, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 315, para. 91).

Second, with regard to Article 35, paragraph 2, the Court also found that “the reference in Article 35, paragraph 2, of the Statute to ‘the special provisions contained in treaties in force’ applies only to treaties in force at the date of the entry into force of the Statute, and not to any treaties concluded since that date” (*ibid.*, p. 324, para. 113). On that ground it held that “Article 35, paragraph 2, of the Statute does not provide [the Applicant] with a basis to have access to the Court, under Article IX of [the Genocide] Convention” (*ibid.*, p. 324, para. 114).

3. In its 2007 Judgment 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)* in which the same question of the capacity of Serbia and Montenegro to be a party to the proceedings was at issue, this time as respondent, in application of Article 35, paragraph 1, of the Statute, the Court stated as follows:

“The Court . . . considers it necessary to emphasize that the question whether a State may properly come before the Court, on the basis of the provisions of the Statute, whether it be classified as a matter of capacity to be a party to the proceedings or as an aspect of jurisdiction *ratione personae*, is a matter which precedes that of jurisdiction *ratione materiae*, that is, whether that State has consented to the settlement by the Court of the specific dispute brought before it. The question is in fact one which the Court is bound to raise and examine, if necessary, *ex officio*, and if appropriate after notification to the parties. Thus if the Court considers that, in a particular case, the conditions concerning the capacity of the parties to appear before it are not satisfied, while the conditions of its jurisdiction *ratione materiae* are, it should, even if the question has not been raised by the parties, find that the former conditions are not met, and conclude that, for that reason, it could not have jurisdiction to decide the merits.” (*I.C.J. Reports 2007 (I)*, p. 94, para. 122.)

Having enunciated in this way the basic principle relating to the essential nature of the capacity of the parties to participate in the proceedings before the Court under Article 35, paragraph 1, of the Statute, the Court in that case nevertheless came to the following conclusion:

“The Court stated [in its 1996 Judgment on the present *Genocide Convention* case, Preliminary Objections] that ‘Yugoslavia was bound by the provisions of the [Genocide] Convention on the date of the filing of the Application in the present case’ (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 610, para. 17),

La Cour en avait conclu qu'«[elle] n'était pas ouverte à la Serbie-et-Monténégro sur la base du paragraphe 1 de l'article 35 du Statut» (*Licéité de l'emploi de la force, C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 315, par. 91).

Ensuite, en ce qui concerne le paragraphe 2 de l'article 35, la Cour a également conclu que «la référence faite au paragraphe 2 de l'article 35 du Statut aux «dispositions particulières des traités en vigueur» ne s'appliqu[ait] qu'aux traités en vigueur à la date de l'entrée en vigueur du Statut et non aux traités conclus depuis cette date» (*ibid.*, p. 324, par. 113), et donc que «le paragraphe 2 de l'article 35 ne ... donn[ait] pas [au demandeur] accès à [la Cour] sur la base de l'article IX de cette convention [sur le génocide]» (*ibid.*, p. 324, par. 114).

3. Dans son arrêt de 2007 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)*, dans laquelle se posait à nouveau la question de la capacité de la Serbie-et-Monténégro d'être partie à l'instance en application du paragraphe 1 de l'article 35 du Statut, cette fois-ci en tant que défendeur, la Cour a

«jug[é] ... nécessaire de souligner que la question de savoir si un Etat a qualité pour se présenter devant elle conformément aux dispositions du Statut — que l'on y voie une question de capacité à être partie à la procédure ou un aspect de la compétence *ratione personae* — passe avant celle de la compétence *ratione materiae*, c'est-à-dire avant celle de savoir si cet Etat a consenti à ce que la Cour règle le différend particulier porté devant elle. C'est, par ailleurs, une question que la Cour elle-même est tenue, si besoin est, de soulever et d'examiner d'office, le cas échéant après notification aux parties. Il en résulte que si la Cour estime, dans une affaire particulière, que les conditions relatives à la capacité des parties à se présenter devant elle ne sont pas remplies, alors que les conditions de sa compétence *ratione materiae* le sont, elle doit, quand bien même cette question n'aurait pas été soulevée par les parties, constater que les premières conditions font défaut et en déduire qu'elle ne saurait, pour cette raison, avoir compétence pour statuer sur le fond du différend.» (*C.I.J. Recueil 2007 (I)*, p. 94, par. 122.)

Ayant exposé en ces termes le principe fondamental relatif au caractère essentiel de la capacité pour les parties d'ester devant elle en application du paragraphe 1 de l'article 35 de son Statut, la Cour est néanmoins parvenue dans cette affaire-là à la conclusion suivante:

«La Cour a déclaré [dans son arrêt de 1996 consacré aux exceptions préliminaires dans cette même affaire] que «la Yougoslavie était liée par les dispositions de la convention [sur le génocide] à la date du dépôt de la requête en la présente affaire» (*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) et a conclu qu'«elle

and found that ‘on the basis of Article IX of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, it has jurisdiction to adjudicate upon the dispute’ (*ibid.*, p. 623, para. 47 (2) (a)) . . . [T]his finding must as a matter of construction be understood, by necessary implication, to mean that the Court at that time perceived the Respondent as being in a position to participate in cases before the Court. On that basis, it proceeded to make a finding on jurisdiction which would have the force of *res judicata*.” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2007 (I)*, pp. 98-99, para. 132.)

With regard to the difference between that case and the *NATO* cases, the Court had the following to say:

“That the FRY had the capacity to appear before the Court in accordance with the Statute was an element in the reasoning of the 1996 Judgment which can — and indeed must — be read into the Judgment as a matter of logical construction. That element is not one which can at any time be reopened and re-examined, for the reasons already stated above. As regards the passages in the 2004 Judgments relied on by the Respondent, it should be borne in mind that the concern of the Court was not then with the scope of *res judicata* of the 1996 Judgment, since in any event such *res judicata* could not extend to the proceedings in the cases that were then before it, between different parties. It was simply appropriate in 2004 for the Court to consider whether there was an expressly stated finding in another case that would throw light on the matters before it. No such express finding having been shown to exist, the Court in 2004 did not, as it has in the present case, have to go on to consider what might be the unstated foundations of a judgment given in another case, between different parties.” (*Ibid.*, pp. 99-100, para. 135.)

4. It is clear that in the present case between Croatia and Serbia no such “express finding” constituting *res judicata* exists, such as that which led the Court in 2007 to affirm its jurisdiction to entertain the case. Whatever may have been the precise reasoning of the Court in 1996, when it decided that “on the basis of Article IX of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, it has jurisdiction to adjudicate upon the dispute” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, *Preliminary Objections, Judgment*, *I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 623, para. 47 (2) (a)), it is clear that this decision on the point of jurisdiction constituted *res judicata* for the 2007 Judgment. It is for this reason that I agreed with the majority in the 2007 Judgment that the Court, as a court of law which can only function in strict observance

a[vait] 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» (*ibid.*, p. 623, par. 47, point 2), al. a)... [C]ette conclusion doit nécessairement s'interpréter comme signifiant en toute logique que la Cour estimait à l'époque que le défendeur avait qualité pour participer à des affaires portées devant elle. Sur cette base, la Cour a alors formulé une conclusion sur sa compétence, avec l'autorité de la chose jugée.» (*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. 98-99, par. 132.)

Quant à la différence entre cette affaire et celles de l'*OTAN*, voici ce que la Cour eut à déclarer :

«Que la RFY avait la capacité de se présenter devant [elle] en vertu du Statut constitue un élément du raisonnement suivi dans l'arrêt de 1996, qui peut — et même doit — en toute logique être sous-entendu dans celui-ci. Pour les raisons déjà indiquées, cet élément ne saurait à tout moment être remis en question et réexaminé. En ce qui concerne les extraits des arrêts de 2004 sur lesquels s'appuie le défendeur, il faut tenir compte du fait que la Cour ne se préoccupait pas alors de la portée de l'autorité de la chose jugée à attacher à l'arrêt de 1996 puisque, de toute façon, une telle autorité ne pouvait s'étendre aux affaires dont elle avait alors à connaître, lesquelles opposaient des parties différentes. En 2004, il convenait seulement pour la Cour de rechercher s'il existait, dans une autre affaire, une conclusion expresse susceptible de l'éclairer. L'existence d'une telle conclusion expresse n'ayant pas été démontrée, la Cour n'était pas tenue en 2004, comme elle l'est en l'espèce, de poursuivre l'examen de ce que pouvaient être les fondements informulés d'un arrêt rendu dans une autre affaire, entre d'autres parties.» (*Ibid.*, p. 99-100, par. 135.)

4. Il est clair que, dans la présente affaire entre la Croatie et la Serbie, il n'existe aucune «conclusion expresse» ainsi revêtue de l'autorité de la chose jugée, comme celle qui a conduit la Cour en 2007 à s'affirmer compétente pour connaître de l'affaire. Quel qu'ait pu être le raisonnement précis de la Cour en 1996, lorsqu'elle se déclara «compétent[e], 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» (*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. 623, par. 47, point 2), al. a)), cette décision sur la compétence avait manifestement force de chose jugée pour l'arrêt de 2007. Voilà pourquoi je m'étais accordé avec la majorité à considérer dans l'arrêt de 2007 que, en tant que cour de justice tenue de se confor-

of the procedural requirements prescribed in its Statute and Rules, must be held in law, at any rate by construction, to have concluded that the conditions prescribed in Article 34 and Article 35 respectively have been satisfied, including the *locus standi* of the parties.

In the midst of the “amorphous . . . situation” that prevailed as of 1996 (see *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 310, para. 79; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2007 (I)*, p. 98, para. 131) regarding the precise legal status of the Federal Republic of Yugoslavia (hereinafter referred to as the “FRY”) in relation to the United Nations, which the 2004 Judgment later came to analyse in great detail, it may well be that the Court at the time of its 1996 Judgment refrained from digging deep into the analysis of the legal standing of the Respondent and was satisfied, as far as that case was concerned, with the fact that neither of the Parties disputed the capacity of the Respondent to appear before the Court. Be that as it may, what is decisive is the fact that, as a result, this issue of *locus standi* of the Respondent, as far as that case was concerned, must be construed in law as finally settled, constituting *res judicata*.

5. It is important to note, however, as the present Judgment declares in no ambiguous terms, that this conclusion of the 2007 Judgment on this point does not constitute *res judicata* for the present case. Neither of course does the 2004 Judgment in this respect. What is crucial, however, is that by the time of the 2004 Judgment, as contrasted to the time of the 1996 Judgment, this amorphous legal situation that prevailed at the time of the 1996 Judgment had been clarified through the developments since November 2000, when the FRY was admitted as a new Member of the United Nations in accordance with the procedures prescribed for the admission of States as new Members. The 2004 Judgment, which was not bound by what the Court had decided in 1996 as *res judicata*, assessed this legal situation which had by then become clear and came to the only logical conclusion as cited above in paragraph 2 of this opinion. This conclusion that Serbia lacked access to the Court can be considered an “express finding” within the meaning of paragraph 135 of the 2007 Judgment cited above in paragraph 3 of this opinion. Following the Court’s reasoning expressed therein, when a relevant express finding does exist in another case with different parties, the Court must “go on to consider what might be the unstated foundations of [that] judgment” (*ibid.*, p. 100, para. 135). The Court in the present case, therefore, must consider the unstated foundations that led to the express finding in the *NATO* cases, even though that finding is not *res judicata* in the present case. In other words, the Court in 2004 did not have to consider the 1996 Judgment involving different parties because the 1996 case did not reach an “express finding” as to access (the finding on access is only implicit from the finding on

mer strictement aux conditions procédurales prescrites par son Statut et par son Règlement, la Cour devait être réputée en droit, tout au moins par implication, avoir conclu qu'il était satisfait aux exigences respectives des articles 34 et 35, y compris du point de vue du *locus standi* des parties.

Au beau milieu de la «situation ... indéterminée» qui régnait en 1996 (voir *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 310, par. 79; *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. 98, par. 131) au sujet du statut juridique exact de la République fédérale de Yougoslavie (dénommée ci-après la «RFY») envers l'Organisation des Nations Unies, une situation qui fut ensuite analysée plus amplement dans l'arrêt de 2004, il se peut fort bien que, à l'époque de son arrêt de 1996, la Cour se soit gardée de pousser plus avant l'analyse du statut juridique du défendeur et que, dans le cadre de cette affaire, elle se soit satisfaite du fait qu'aucune des Parties ne contestait la capacité du défendeur d'ester devant elle. En tout état de cause, l'essentiel est que cette question du *locus standi* du défendeur doit donc, pour autant qu'il s'agisse de cette affaire-là, être considérée en droit comme définitivement réglée, revêtant l'autorité de la chose jugée.

5. Il importe toutefois de noter que, comme l'indique le présent arrêt en des termes dénués d'ambiguïté, la conclusion ainsi formulée sur ce point dans l'arrêt de 2007 n'a pas force de chose jugée en l'espèce, pas plus que ce qui est dit à cet égard dans l'arrêt de 2004, naturellement. Mais ce qui est fondamental, c'est que la situation juridique indéterminée qui avait été celle de l'arrêt de 1996 était devenue plus claire lors de l'arrêt de 2004 grâce aux événements intervenus depuis novembre 2000, quand la RFY fut admise à l'Organisation des Nations Unies en tant que nouveau Membre conformément aux procédures régissant l'admission d'Etats en cette qualité. Dans son arrêt de 2004, où elle n'était pas liée par ce qu'elle avait décidé en 1996 avec l'autorité de la chose jugée, la Cour a examiné cette situation juridique qui était désormais claire et est parvenue à la seule conclusion possible du point de vue logique, que j'ai citée au paragraphe 2 de la présente opinion. Cette conclusion, à savoir que la Serbie n'avait pas accès à la Cour, peut être considérée comme une «conclusion expresse» au sens du paragraphe 135 de l'arrêt de 2007 qui est cité au paragraphe 3 ci-dessus. Suivant le raisonnement tenu par la Cour dans ce paragraphe, lorsqu'une conclusion expresse pertinente a effectivement été formulée dans une autre affaire entre d'autres parties, la Cour doit se livrer à «l'examen de ce que pouvaient être les fondements informulés d[è] l'arrêt rendu» (*ibid.*, p. 100, par. 135). Aussi la Cour devait-elle s'interroger dans la présente affaire sur les fondements informulés qui ont donné lieu à la conclusion expresse énoncée dans les affaires de l'*OTAN*, même si cette dernière n'avait pas force de chose jugée dans la présente affaire. Autrement dit, si elle n'avait pas à tenir compte en 2004 de l'arrêt rendu en 1996 dans une affaire opposant d'autres parties puisque ce dernier ne renfer-

jurisdiction), but the Court in the present case must consider the foundations for the 2004 finding as to access because it is express.

6. It is against these complex elements to be taken into account in relation to the legal status of the FRY (now Serbia in the present proceedings) in relation to the United Nations and consequently to the Court, that the Court has to look at the issue of *locus standi* of the Respondent in the present proceedings which were instituted in 1999. It should be emphasized that the Court came to its conclusion in 2004 on exactly the same question of *locus standi* of the FRY, though as Applicant at that time, in the proceedings filed in 1999. If the reasoning for that finding is to be respected in the absence of particular reasons to depart from it, the Court must conclude in the present proceedings that the FRY did not have the *locus standi* to appear before the Court, unless there is a contrary prior finding which binds the Court as *res judicata* emanating from a judgment in the same case, as it was the case with the 2007 Judgment. There is no such finding that constitutes *res judicata* in the present case. This is the crucial difference between the 2007 Judgment in the *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro* case and the present *Croatia v. Serbia* case.

7. On the basis of this reasoning, however, there are two further questions that the Court has to answer before reaching its final conclusion. First is the question of whether the subsequent admission in November 2000 of the FRY to the United Nations — which has had the effect of making the FRY from that time onwards *ipso facto* a party to the Statute of the Court in accordance with Article 93, paragraph 1, of the Charter of the United Nations — has brought about a change in the legal status of the FRY in the present proceedings with regard to its *locus standi* in the context of Article 35, paragraph 1, of the Statute. Second is the question of whether the fact that the FRY/Serbia is the Respondent in the present case, whereas it was the Applicant in the 2004 *NATO* cases should make a legal difference that justifies distinguishing the present case from the *NATO* cases.

II. THE APPLICABILITY OF THE *MAVROMMATIS* PRINCIPLE

8. On the first point, the present Judgment takes the position that this subsequent admission of the FRY to the United Nations is indeed a legally relevant factor to be considered. On that basis the present Judgment comes to the conclusion that, in accordance with the principle enunciated by the Permanent Court of International Justice in the case concerning *Mavrommatis Palestine Concessions* (*Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, hereinafter referred to as the “*Mavrommatis* case”) the requirement under Article 35, paragraph 1, concerning the capacity of the Respondent to appear before the Court is now to be regarded as satisfied.

mais aucune « conclusion expresse » au sujet de l'accès (la conclusion sur l'accès ne découle qu'implicitement de celle sur la compétence), la Cour devait en revanche examiner en l'espèce les fondations de la conclusion de 2004 relative à l'accès en raison de son caractère exprès.

6. C'est dans ce cadre complexe, avec autant d'éléments à prendre en considération au sujet du statut juridique de la RFY (aujourd'hui la Serbie en l'instance) à l'égard de l'Organisation des Nations Unies et donc d'elle-même, que la Cour devait examiner la question du *locus standi* du défendeur dans la présente instance, introduite en 1999. Soulignons que sa conclusion de 2004 portait exactement sur la même question que dans le cadre de l'instance introduite en 1999, à savoir celle du *locus standi* de la RFY, à ceci près que cette dernière était alors en qualité de demandeur. Si l'on s'en tient au raisonnement qui sous-tend cette conclusion, en l'absence de raisons particulières de s'en écarter, la Cour devait conclure en l'espèce que la RFY n'avait pas le *locus standi* voulu pour ester devant elle, sauf à être déjà liée par une décision contraire revêtant l'autorité de la chose jugée qu'elle aurait formulée dans un arrêt antérieur en l'affaire, comme dans le cas de l'arrêt de 2007. Nulle conclusion n'a ainsi force de chose jugée dans la présente affaire. Voilà la différence cruciale entre l'arrêt de 2007 en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro* et celle qui nous occupe ici, *Croatie c. Serbie*.

7. Suivant ce raisonnement, toutefois, la Cour devait répondre à deux questions supplémentaires avant d'aboutir à sa conclusion finale. La première est celle de savoir si l'admission de la RFY à l'Organisation des Nations Unies à un stade ultérieur, en novembre 2000 — qui, à compter de cette date, fit d'elle *ipso facto* un Etat partie au Statut de la Cour en vertu du paragraphe 1 de l'article 93 de la Charte des Nations Unies —, a modifié le statut juridique de cet Etat en l'espèce, en ce qui concerne son *locus standi*, dans le cadre du paragraphe 1 de l'article 35 du Statut. La seconde question est celle de savoir si le fait que la RFY/Serbie este en qualité de défendeur en l'espèce, alors qu'elle était le demandeur dans les affaires de l'OTAN jugées en 2004, doit faire du point de vue juridique une différence justifiant qu'une distinction soit faite entre la présente instance et les affaires de l'OTAN.

II. L'APPLICABILITÉ DU PRINCIPE *MAVROMMATIS*

8. Sur le premier point, la Cour estime dans le présent arrêt que cette admission ultérieure de la RFY à l'Organisation des Nations Unies constitue effectivement un facteur juridiquement pertinent à prendre en considération, ce dont elle conclut que, selon le principe énoncé par la Cour permanente de Justice internationale en l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2) (dénommée ci-après l'affaire « *Mavrommatis* »), la condition posée au paragraphe 1 de l'article 35 au sujet de la capacité du défendeur d'ester devant elle doit désormais être considérée comme remplie.

In the present case, the basic thrust of the Applicant's argument is that

“[t]he *Mavrommatis* principle is the principle that provided that when four substantial elements [one: seisin; two: basis of claim; three: consent to jurisdiction; four: access to the Court] are united at any given time, the order in which this occurred is a pure matter of form and does not affect [the Court's] jurisdiction” (CR 2008/11, p. 34, para. 8).

Against this, Serbia responds by pointing out that “the conclusion suggested by the Applicant is based on the assumption that the Court was validly seised [but that] this assumption simply does not exist in our case” (CR 2008/12, p. 19, para. 34). More substantively, however, it argues that not every procedural shortcoming can be disregarded in the light of later developments. The Respondent claims, as summarized in the present Judgment, that

“the jurisprudence [of the *Mavrommatis* case] cannot be applied where the unmet condition concerns the capacity of a party to participate in proceedings before the Court, in accordance with Articles 34 and 35 of the Statute, that is to say concerns a ‘fundamental question’ which, as the Court stated in 2004, must be examined before any other issue of jurisdiction” (Judgment, para. 84).

The present Judgment, in answer to the argument advanced by the Respondent, states as follows:

“the question of access is clearly distinct from those relating to the examination of jurisdiction in the narrow sense. But it is nevertheless closely related to jurisdiction, inasmuch as the consequence is exactly the same whether it is the conditions of access or the conditions of jurisdiction *ratione materiae* or *ratione temporis* which are unmet: the Court lacks jurisdiction to entertain the case. It is always within the context of an objection to jurisdiction, as in the present case, that arguments will be raised before the Court regarding the parties' capacity to participate in the proceedings.” (*Ibid.*, para. 87.)

9. With regard to this argument of the Judgment, two points have to be raised. The first point is that the Judgment mixes two fundamentally different issues, both relating to the Court's function relating to its “exercise of jurisdiction”. One is the issue of whether the Court, as a court of law given a specific mandate to exercise its competence to entertain cases, is *competent to entertain the case* in question within the mandate given to it by its constitutional instrument, i.e., the Statute of the Court. This is the essence of the question of *locus standi* of parties. This question is

Dans la présente affaire, l'argument du demandeur repose en substance sur l'idée que

«[l]e principe *Mavrommatis* est le principe selon lequel ces quatre éléments de fond [premièrement: saisine; deuxièmement: existence d'un fondement juridique à la demande; troisièmement: consentement à la juridiction; quatrièmement: accès à la Cour] doivent être réunis à un moment donné, l'ordre dans lequel cela se produit étant une pure question de forme et n'ayant aucune incidence sur la compétence de la Cour» (CR 2008/11, p. 34, par. 8).

A cela, la Serbie répond que «la conclusion avancée par le demandeur est fondée sur l'hypothèse que la Cour a été valablement saisie [mais c]ette hypothèse n'existe tout simplement pas dans la présente instance» (CR 2008/12, p. 19, par. 34). Plus fondamentalement, toutefois, elle soutient que les défauts procédurals ne peuvent pas tous être, à la lumière d'événements ultérieurs, considérés comme sans conséquence. Le défendeur affirme, ainsi qu'exposé de manière synthétique dans le présent arrêt, que

«cette jurisprudence [issue de l'affaire *Mavrommatis*] ne serait pas applicable dans le cas où la condition qui fait défaut est relative à la capacité d'une partie à participer à une procédure devant la Cour, conformément aux articles 34 et 35 du Statut, c'est-à-dire à une «question fondamentale» qui, comme l'a dit la Cour en 2004, doit être examinée avant toute autre question de compétence» (arrêt, par. 84).

Voici ce que la Cour répond dans le présent arrêt à cet argument du défendeur:

«Sans doute ... la question de l'accès se distingue-t-elle de celles relatives à l'examen de la compétence au sens étroit. Mais elle n'en est pas moins étroitement liée à la compétence, en ce sens que, si les conditions d'accès font défaut, tout comme lorsque ne sont pas remplies les conditions relatives à la compétence *ratione materiae* ou *ratione temporis*, il en découle toujours une seule et même conséquence: la Cour n'a pas compétence pour connaître de l'affaire. C'est toujours dans le cadre d'une exception d'incompétence — comme c'est le cas en l'espèce — que seront présentés à la Cour les arguments relatifs à la capacité des parties de participer à la procédure.» (*Ibid.*, par. 87.)

9. S'agissant de cet argument exprimé dans l'arrêt, deux points sont à relever. Premièrement, l'arrêt mêle deux questions foncièrement différentes, toutes deux liées à la fonction de la Cour concernant «l'exercice de sa compétence». L'une est celle de savoir si, en tant que cour de justice investie d'un mandat spécifique pour exercer sa compétence afin de connaître d'affaires, la Cour est *compétente pour examiner l'affaire* en question dans le cadre du mandat qu'elle tient de son instrument constitutif, c'est-à-dire de son Statut. Telle est l'essence de la question du *locus*

legally separate from, and logically preceding, the second question of whether in a given situation the parties have given the Court the jurisdictional basis to entertain the case — a question of jurisdiction properly so-called which in the case of international jurisdiction, in contrast to municipal jurisdiction, is primarily determined by the will of the parties in a particular case to grant such competence to the Court. The first issue, which is independent of the parties, has nothing to do with the second issue relating to the existence and the scope of jurisdiction, which is dependent on the will of the parties. Therefore the thesis advanced by the Applicant that all these different elements that constitute jurisdiction of the Court are of the same legal character and that “the order in which this occurred is a pure matter of form and does not affect [the Court’s] jurisdiction” does not hold (CR 2008/11, p. 34, para. 8).

10. It may be true that in the *Mavrommatis* case, the Court did not make this fundamental distinction sufficiently clear. It should be pointed out, however, that in that case the Court was clearly operating in an area where only the elements relating to the second issue were in issue. Thus the pertinent part of the *Mavrommatis* Judgment states:

“[I]t must . . . be considered . . . whether the validity of the institution of proceedings can be disputed on the ground that the application was filed before Protocol XII had become applicable. This is not the case. Even assuming that before that time the Court had no jurisdiction because the international obligation referred to in Article II was not yet effective, it would always have been possible for the applicant to re-submit his application in the same terms after the coming into force of the Treaty of Lausanne, and in that case, the argument in question could not have been advanced. Even if the grounds on which the institution of proceedings was based were defective for the reason stated, this would not be an adequate reason for the dismissal of the applicant’s suit. The Court, whose jurisdiction is international, is not bound to attach to matters of form the same degree of importance which they might possess in municipal law. Even, therefore, if the application were premature because the Treaty of Lausanne had not yet been ratified, this circumstance would now be covered by the subsequent deposit of the necessary ratifications.” (*Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 34.*)

11. The oft-quoted dictum of the *Mavrommatis* case that “[t]he Court, whose jurisdiction is international, is not bound to attach to matters of form the same degree of importance which they might possess in municipal law” and that therefore, “[e]ven . . . if the application were premature because the Treaty of Lausanne had not yet been ratified, this circumstance would now be covered by the subsequent deposit of the necessary ratifications” has almost acquired a life of its own, going beyond its lim-

standi des parties. Cette question est distincte en droit et précède logiquement la seconde, qui est celle de savoir si, dans telle ou telle situation, les parties ont donné à la Cour la base juridictionnelle nécessaire pour connaître de l'affaire — une question de compétence à proprement parler qui, à l'échelle internationale (par opposition à l'échelle interne), tient principalement à la volonté des parties d'accorder pareille compétence à la Cour dans une affaire donnée. Indépendante des parties, la première question n'a rien à voir avec la seconde, relative à l'existence et à la portée de la compétence, qui est fonction de leur volonté. Partant, la thèse du demandeur tendant à assimiler en droit l'ensemble de ces différents éléments constitutifs de la compétence de la Cour, «l'ordre dans lequel [ils ont été réunis] étant une pure question de forme et n'ayant aucune incidence sur la compétence de la Cour», ne tient pas (CR 2008/11, p. 34, par. 8).

10. Certes, dans l'affaire *Mavrommatis*, la Cour n'a peut-être pas établi cette distinction de manière suffisamment claire. Il convient cependant de rappeler que, dans cette affaire-là, la Cour permanente se trouvait manifestement dans une situation limitée à la seconde question. Ainsi, dans la partie pertinente de l'arrêt *Mavrommatis*, indiqua-t-elle ce qui suit:

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

11. Le *dictum* souvent cité de l'affaire *Mavrommatis* — à savoir que «[l]a Cour, exerçant une compétence internationale, n'est pas tenue d'attacher à des considérations de forme la même importance qu'elles pourraient avoir dans le droit interne» et que, dans ces conditions, «même si l'introduction avait été prématurée, parce que le Traité de Lausanne n'était pas encore ratifié, ce fait aurait été couvert par le dépôt ultérieur des ratifications requises» — a presque acquis une existence propre,

ited sphere of application and has come to be understood too often as a principle of generalized application. A perusal of the *Mavrommatis* Judgment and its related documents would reveal, however, that the statement was made in the much more specific context of that case, relating to the very narrow issue of the jurisdictional nexus between the instrument in dispute (Protocol XII of the Treaty of Lausanne) and the compromissory clause that was invoked by the Applicant as the basis of jurisdiction (Article 26 of the Mandate).

12. The dispute between the Applicant (Greece as the State of nationality of Mr. Mavrommatis, a concessionaire in Palestine) and Respondent (the United Kingdom, the Mandatory Power for Palestine under the League of Nations) hinged upon the implementation of Article 11 of the Mandate in question, which in turn was linked to the interpretation of certain provisions of Protocol XII of the Treaty of Lausanne that dealt with the issue of concessions that had been granted by the Ottoman Empire. In the Judgment the Court made its position clear that “Protocol XII was drawn up in order to fix the conditions governing the recognition and treatment by the contracting Parties of certain concessions granted by the Ottoman authorities before the conclusion of the Protocol” and accepted that “the Protocol guarantees the rights recognised in it against any violation regardless of the date at which it may have taken place” (*Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 34*).

13. It is true that at the stage of the written pleadings, the Respondent in the case did refer to the Protocol in the following carefully guarded language:

“The Concessions Protocol [i.e., Protocol XII] cannot technically come into operation in Palestine until the Treaty of Peace with Turkey comes into force, i.e., until the moment of the first deposit of the ratifications of that instrument.

His Britannic Majesty’s Government have endeavoured and will continue to endeavour to conform themselves strictly to the obligations which they undertake in this Protocol, but they respectfully submit that *until the instrument has come into operation in Palestine it would be premature for an international tribunal to entertain complaints as to its infringement or as to its meaning and effect*. His Majesty’s Government, therefore, reserve all their rights as regards the extent to which Mr. Mavrommatis and his concessions are entitled to benefit by its provisions.” (*Acts and Documents Relating to Judgments and Advisory Opinions Given by the Court, P.C.I.J., Series C, No. 5-I, Documents Relating to Judgment No. 2, The Mavrommatis Palestine Concessions, Preliminary Objection to the Jurisdiction of the Court and Preliminary Counter-Case Filed by the British Government, pp. 446-447; emphasis added.*)

However, at the stage of the oral pleadings in the public sitting held on

allant au-delà de son champ d'application limité, et passe trop fréquemment pour un principe d'application généralisée. Une lecture attentive de l'arrêt *Mavrommatis* et des documents y relatifs tend cependant à révéler que cette déclaration a été formulée dans le contexte infiniment plus précis de cette affaire-là, qui portait sur la question bien circonscrite du lien juridictionnel entre l'instrument en cause (le protocole XII du traité de Lausanne) et la clause compromissoire invoquée par le demandeur pour fonder la compétence (art. 26 du mandat).

12. Le différend qui opposait le demandeur (la Grèce, en tant qu'Etat de la nationalité de M. Mavrommatis, un concessionnaire en Palestine) et le défendeur (le Royaume-Uni, puissance mandataire chargée d'administrer la Palestine par la Société des Nations) tenait à la mise en œuvre de l'article 11 du mandat en question, imposant du même coup d'interpréter certaines dispositions du protocole XII du traité de Lausanne régissant la question des concessions accordées par l'Empire ottoman. Dans son arrêt, la Cour exprima clairement sa position, à savoir que «[l]e Protocole XII a[vait] été établi afin de fixer les conditions dans lesquelles certaines concessions accordées par les autorités ottomanes avant la conclusion du Protocole de[v]aient être reconnues et traitées par les Parties contractantes», et constata que «le Protocole garanti[ssai]t les droits reconnus par lui contre toute violation indépendamment du moment où elle aurait lieu» (*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 34*).

13. Il est vrai que, au stade de la procédure écrite, le défendeur en l'affaire s'était effectivement référé au protocole en pesant soigneusement ses termes, comme ceci :

«Techniquement parlant, le protocole relatif aux concessions [soit le protocole XII] ne saurait prendre effet en Palestine avant l'entrée en vigueur du traité de paix avec la Turquie, c'est-à-dire avant le premier dépôt de ratifications de cet instrument.

Le gouvernement de Sa Majesté britannique a tâché de se conformer strictement aux obligations contractées par lui dans le cadre de ce protocole, et il continuera de s'y efforcer, mais il déclare respectueusement que, *tant que l'instrument n'aura pas pris effet en Palestine, il serait prématuré de la part d'une juridiction internationale d'examiner des griefs portant sur un manquement à ses dispositions ou sur le sens et l'effet de celles-ci*. Le gouvernement de Sa Majesté réserve donc l'ensemble de ses droits quant à la mesure dans laquelle M. Mavrommatis et ses concessions peuvent bénéficier des dispositions de cet instrument.» (*Actes et documents relatifs aux arrêts et aux avis consultatifs de la Cour, C.P.J.I. série C n° 5-1, Concessions Mavrommatis en Palestine, Documents relatifs à l'arrêt n° 2, exception préliminaire à la compétence de la Cour et contre-mémoire préliminaire déposé par le Gouvernement britannique, p. 446-447; les italiques sont de moi.*)

Au stade de la procédure orale, toutefois, à l'audience publique tenue le

15 July 1924 — a date which was still before the entry into force of the Protocol XII in question — the Respondent did not raise this point that the Protocol was not in operation when developing the argument that the Court had no jurisdiction. It merely stated that “there is nothing in the Concessions Protocol [XII] . . . which provides any tribunal which is to decide questions arising under it” (*P.C.I.J., Series C, No. 5-I*, p. 77). In fact, the agent for the Respondent even went further and stated that

“The dispute about which I have been addressing you this morning is, in my opinion, and I trust also in that of the Tribunal, not a dispute relating to the Mandate, but one relating solely to the Concessions Protocol which is attached to the Treaty of Lausanne. That is a matter upon which, if there had arisen any genuine difference of opinion between the Greek and the British Governments and if the Greek Government has come to the British Government and said: Will you agree to refer it to arbitration; will you agree to refer to the Permanent Court of International Justice this dispute between us as to the meaning of that contractual engagement by which we are both bound, the answer of the British Government would have been Yes. Both Governments are bound by the Protocol and both have set their hand to the provision that figures in Article 13 of the Covenant of the League.” (*Ibid.*, p. 42.)

This shows not only that the issue of whether the Application had been premature because of the unratified status of the Protocol was not insisted upon by the Respondent but also that this issue was regarded by the Respondent as irrelevant to its argument as the basis of its preliminary objection.

14. It is not quite clear why the *Mavrommatis* Judgment made its oft-quoted dictum in this situation despite its mootness to the case. What is clear, nevertheless, is that the *Mavrommatis* case cannot constitute an authority for holding, as the present Judgment declares, that “it is of no importance which condition was unmet at the date the proceedings were instituted, and thereby prevented the Court at that time from exercising its jurisdiction, once it has been fulfilled subsequently” (Judgment, para. 87). It may be conceded, as the Judgment states, that the issue of capacity of the Parties’ access to the Court is “closely related to jurisdiction” (*ibid.*) in a general sense that the former is the prerequisite to the latter and thus linked thereto, but this fact cannot alter the legal situation that it is a question which is essentially distinct in its legal nature from jurisdiction. The issue of jurisdiction concerns whether and at what point the legal nexus between the parties on the basis of consent given comes into operation. By contrast, the issue of capacity has nothing to do with the legal nexus between the parties. As the review of jurisprudence in the following section will show, cases where the *Mavrommatis* precedent was invoked concerned only the issue of consent to jurisdiction, an area that has rightfully been allowed a certain level of flexibility for the basic reason that it is always

15 juillet 1924 — soit toujours avant l'entrée en vigueur du protocole XII en question —, le défendeur s'abstint de faire valoir une nouvelle fois que le protocole n'était pas en vigueur lorsqu'il plaida contre la compétence de la Cour. Il se borna à déclarer que «le protocole relatif aux concessions [le protocole XII] n'indiqu[ait] nullement quelle juridiction [était] censée régler les questions découlant de ses dispositions» (*C.P.J.I. série C n° 5-1*, p. 77). En fait, l'agent du défendeur alla même jusqu'à dire :

«[d]e mon point de vue, que la Cour partagera certainement, le différend dont je vous parlais ce matin ne porte pas sur le mandat mais uniquement sur le protocole relatif aux concessions qui est joint au traité de Lausanne. Si une véritable divergence de vues était apparue à cet égard entre les Gouvernements grec et britannique, et si le premier avait demandé au second : acceptez-vous de vous en remettre à l'arbitrage, acceptez-vous de soumettre à la Cour permanente de Justice internationale ce différend qui nous oppose au sujet du sens de l'engagement contractuel qui nous lie l'un et l'autre? Le Gouvernement britannique aurait répondu par l'affirmative. Les deux gouvernements sont liés par le protocole, et tous deux ont adhéré à la disposition qui figure à l'article 13 du Pacte de la Société des Nations.» (*Ibid.*, p. 42.)

Cela montre non seulement que le défendeur n'avait pas insisté sur la question de savoir si la requête revêtait un caractère prématuré puisque le protocole n'était pas encore ratifié, mais qu'il ne l'avait pas non plus jugée pertinente pour fonder son exception préliminaire dans le cadre de son argumentation.

14. Il n'est guère aisé de saisir pourquoi, dans son arrêt *Mavrommatis*, la Cour formula dans ce contexte-là son fameux *dictum* qui était pourtant dénué de pertinence en l'affaire. Ce qui est clair, cependant, c'est que l'affaire *Mavrommatis* ne constitue pas un précédent permettant d'affirmer, comme il est dit dans le présent arrêt, que «peu importe la condition qui, à la date d'introduction de l'instance, faisait défaut, empêchant ainsi la Cour, à ce moment-là, d'exercer sa compétence, dès lors qu'elle a été remplie par la suite» (arrêt, par. 87). S'il peut certes être concédé que la capacité des parties d'ester devant la Cour est, pour citer l'arrêt, «étroitement liée à la compétence» (*ibid.*) en ce sens que, d'une manière générale, elle en est une condition préalable, d'où le lien entre les deux, cela ne change toutefois rien au fait que, du point de vue juridique, il s'agit là d'une question foncièrement distincte par nature de celle de la compétence. La question de la compétence consiste à se demander si et à quel stade le lien entre les parties, qui est basé sur le consentement exprimé, prend effet. Celle de la capacité n'a en revanche rien à voir avec le lien juridique entre les parties. Ainsi qu'il ressortira de l'analyse de la jurisprudence exposée dans la section suivante, les affaires dans lesquelles le précédent *Mavrommatis* a été invoqué avaient uniquement trait à la question du consentement à la compétence, un domaine dans le cadre

consent which can create the basis of competence of the Court in international jurisdiction. None of these cases concerned the issue of capacity or access, which is a fundamental question of legal status beyond the consent of the parties.

III. EXAMINATION OF PAST PRECEDENTS

15. As I made clear earlier, it is my view that what is more fundamental about this so-called “*Mavrommatis* principle” is the scope of its application. In light of the avowed rationale of the principle that certain procedural defects in the jurisdictional consent of the parties present at the time of application can be cured by subsequent actions after the institution of the proceedings, the principle cannot extend to the issue of *locus standi* of the parties, an issue which is legally distinct from and logically precedent to jurisdictional consent. It is useful in this respect to examine all the cases following the *Mavrommatis* case — in any event the *Mavrommatis* case does not have much relevance to the so-called “*Mavrommatis* principle”, as demonstrated above — in which the principle has been referred to, either *eo nomine* or by implication, by one or other of the parties. There have been altogether eight cases, including the *Mavrommatis* case, in the past¹. It should be pointed out that in all these cases, the point at issue was whether the jurisdictional basis for the Court’s exercise of jurisdiction that was not complete at the time of the filing of the Application could be cured through subsequent developments.

(1) *The case concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v. Poland), Jurisdiction*

16. In this case the Respondent raised an objection to the Court’s jurisdiction based on the compromissory clause in the bilateral treaty between the Applicant and the Respondent — Article 23 of the Conven-

¹ These other seven cases are: *Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v. Poland), Jurisdiction, Judgment No. 6, 1925, P.C.I.J., Series A, No. 6*; *Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1963*; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1964*; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*; *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997*; *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006*.

duquel il a été fait montre d'une certaine souplesse, ce à juste titre puisque, au fond, le consentement est toujours à la source de la compétence de la Cour sur la scène internationale. Aucune de ces affaires ne faisait intervenir la question de la capacité ou de l'accès, une question fondamentale de statut juridique qui est étrangère au consentement des parties.

III. EXAMEN DES PRÉCÉDENTS

15. Comme je l'ai déjà indiqué clairement, l'élément qui me semble le plus fondamental dans ce principe *Mavrommatis* tient à son champ d'application. Etant donné la raison d'être reconnue à ce principe — selon lequel certains défauts procéduraux entachant le consentement des parties à la compétence au moment du dépôt de la requête peuvent être corrigés par des actes postérieurs à l'introduction de l'instance —, celui-ci ne peut s'étendre à la question du *locus standi* des parties, une question qui est juridiquement distincte du consentement à la compétence et qui la précède du point de vue logique. Il est utile à cet égard d'examiner l'ensemble des instances qui s'inscrivent dans le sillage de l'affaire *Mavrommatis* — celle-ci n'ayant en tout état de cause guère de lien avec le principe du même nom, ainsi qu'exposé plus haut — dans le cadre desquelles ce principe a été invoqué, soit *eo nomine*, soit implicitement, par l'une ou par l'autre des parties. Je recense huit de ces instances passées en tout, dont l'affaire *Mavrommatis* elle-même¹. Il convient de relever que, dans toutes ces affaires, il s'agissait de savoir si certains événements ultérieurs pouvaient remédier au fait que, à la date du dépôt de la requête, le fondement juridictionnel nécessaire à l'exercice de la compétence de la Cour était incomplet.

1) *L'affaire relative à Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (Allemagne c. Pologne), compétence

16. Dans cette affaire, le défendeur opposa à la compétence de la Cour une exception fondée sur la clause compromissoire figurant dans le traité bilatéral qu'il avait conclu avec le demandeur — à l'article 23 de la

¹ Les sept autres sont: *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (Allemagne c. Pologne), compétence, arrêt n° 6, 1925, C.P.J.I. série A n° 6; *Cameroun septentrional* (Cameroun c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1963; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgique c. Espagne), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1964; *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); *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), arrêt, C.I.J. Recueil 1997; *Activités armées sur le territoire du Congo* (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006.

tion of Geneva — contending that one of the conditions for the exercise of jurisdiction by the Court, i.e., “differences of opinion respecting the construction and application of Articles 6 to 22” had not been fulfilled (*Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Jurisdiction, Judgment No. 6, 1925, P.C.I.J., Series A, No. 6*, p. 13). The Court rejected this contention on the ground that “[n]ow a difference of opinion does exist as soon as one of the Governments concerned points out that the attitude adopted by the other conflicts with its own views” (*ibid.*, p. 14). Then, and only then, it went on to say:

“Even if, under Article 23, the existence of a definite dispute were necessary, this condition could at any time be fulfilled by means of unilateral action on the part of the applicant Party. And the Court cannot allow itself to be hampered by a mere defect of form, the removal of which depends solely on the Party concerned.” (*Ibid.*)

(2) *The case concerning Northern Cameroons*
(Cameroon v. United Kingdom), Preliminary Objections

17. In this case the Respondent raised a preliminary objection to the jurisdiction of the Court based, *inter alia*, on Article 32, paragraph 2, of the then Rules of Court which provides that when a case is brought before it by means of an application, the application must not only indicate the subject of the dispute, but it must also as far as possible specify the provisions on which the applicant founds the jurisdiction of the Court, and state the precise nature of the claim and the grounds on which it is based.

The Court, while pronouncing its agreement with the view expressed by the Permanent Court of International Justice in the *Mavrommatis* case that “[t]he Court, whose jurisdiction is international, is not bound to attach to matters of form the same degree of importance which they might possess in municipal law”, pointed out that “Article 32 (2) of the Rules of Court requires the Applicant ‘as far as possible’ to do certain things” and on that basis came to the conclusion that:

“In the view of the Court the Applicant has sufficiently complied with the provisions of Article 32 (2) of the Rules and the preliminary objection based upon non-compliance therewith is accordingly without substance.” (*Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1963*, p. 28.)

Thus the question of applicability of the principle to this case did not arise.

convention de Genève —, soutenant qu'il n'avait pas été satisfait à l'une des conditions nécessaires pour que la Cour pût exercer sa compétence, à savoir l'existence de «divergences d'opinions ... résultant de l'interprétation et de l'application des articles 6 à 22» (*Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, compétence, arrêt n° 6, 1925, C.P.J.I. série A n° 6*, p. 13). La Cour rejeta cet argument au motif qu'«une divergence d'opinions se manifeste dès qu'un des gouvernements en cause constate que l'attitude observée par l'autre est contraire à la manière de voir du premier» (*ibid.*, p. 14). Alors, et seulement alors, elle ajouta :

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

2) *L'affaire du Cameroun septentrional* (Cameroun c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires

17. Dans cette affaire, le défendeur souleva une exception préliminaire à la compétence de la Cour sur la base, notamment, du paragraphe 2 de l'article 32 du Règlement de l'époque, qui prévoyait que, lorsqu'une affaire était portée devant la Cour par voie de requête, celle-ci devait non seulement indiquer l'objet du différend, mais aussi contenir, autant que possible, la mention de la disposition par laquelle le requérant prétendait établir la compétence de la Cour, l'indication précise de l'objet de la demande ainsi qu'un exposé des motifs par lesquels la demande était prétendue justifiée.

La Cour, non sans exprimer son adhésion avec le point de vue formulé par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire *Mavrommatis* — à savoir que, «exerçant une compétence internationale, [elle] n'est pas tenue d'attacher à des considérations de forme la même importance qu'elles pourraient avoir dans le droit interne» —, fit tout de même observer que «l'article 32, paragraphe 2, d[e son] Règlement ... impos[ait] au demandeur de se conformer «autant que possible» à certaines prescriptions», ce dont elle conclut que :

«la requête du demandeur [était] suffisamment conforme aux dispositions de l'article 32, paragraphe 2, du Règlement et que l'exception préliminaire fondée sur leur inobservation [était] par suite sans fondement» (*Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1963*, p. 28).

Ainsi la question de l'applicabilité du principe *Mavrommatis* à cette affaire ne s'était-elle pas posée.

(3) *The case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility

18. In this case, the Applicant relied in its Application on the declarations of the parties accepting the compulsory jurisdiction of the Court in order to found jurisdiction, but in its Memorial it invoked also the 1956 Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between Nicaragua and the United States as a complementary basis for the Court's jurisdiction. The Respondent objected to this invocation of a jurisdictional basis not specified in the Application instituting proceedings and argued that in proceedings initiated by means of an application, the jurisdiction of the Court was founded upon the legal grounds specified in that application.

The Court, accepting that there was a dispute between the Parties, *inter alia*, as to the "interpretation or application" of the Treaty, held on this point that

"it does not necessarily follow that, because a State has not expressly referred in negotiations with another State to a particular treaty as having been violated by conduct of that other State, it is debarred from invoking a compromissory clause in that treaty" (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), *Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 428, para. 83).

It is true that the Court in this context quoted a passage from the *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* case which read that "the Court cannot allow itself to be hampered by a mere defect of form, the removal of which depends solely on the party concerned" (*ibid.*, p. 429, para. 83). However, it is clear from what is quoted above that the Court in this case did not accept that there had been a "defect of form" in the Application of the Applicant. Moreover, it should be reiterated that the issue in this case, like the others, concerns the issue of jurisdictional consent of the parties, not an objective question of access to the Court for which the parties' consent is irrelevant.

(4) *The case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections

19. As distinct from other cases, this case merits our careful examination, since the issue raised in this case could have touched upon the same issue as is raised in the present case. In this case, the Respondent argued, *inter alia*, that the Genocide Convention, which was invoked as the basis of jurisdiction, could not have been in force between the Parties, at the time of the filing of the Application by the Applicant in March 1993, because the two States did not at that time recognize one another and the conditions necessary to found the basis of the Court's jurisdiction were therefore lacking. On this objection of the Respondent to the juris-

3) *L'affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité

18. Dans sa requête en l'affaire, le demandeur invoquait pour fonder la compétence les déclarations par lesquelles les Parties avaient accepté la juridiction obligatoire de la Cour mais, dans son mémoire, il fit également valoir à titre complémentaire le traité d'amitié, de commerce et de navigation qu'il avait conclu en 1956 avec les Etats-Unis. Le défendeur contesta ce recours à une base de compétence non indiquée dans la requête introductive d'instance, soutenant que, dans le cadre d'une instance introduite par requête, ce sont les motifs juridiques exposés dans celle-ci qui fondent la compétence de la Cour.

Reconnaissant qu'il existait entre les Parties un différend portant, notamment, sur «l'interprétation ou l'application» du traité, la Cour statua sur ce point que,

«parce qu'un Etat ne s'[était] pas expressément référé, dans des négociations avec un autre Etat, à un traité particulier qui a[v]ait été violé par la conduite de celui-ci, il n'en découl[ait] pas nécessairement que le premier n[était] pas admis à invoquer la clause compromissoire dudit traité» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 428, par. 83).

Il est vrai que, dans ce contexte-là, la Cour avait cité un passage de l'arrêt rendu en l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, selon lequel «[elle] ne pou[v]ait s'arrêter à un défaut de forme qu'il dépend[a]it de la seule Partie intéressée de faire disparaître» (*ibid.*, p. 429, par. 83). Toutefois, il ressort clairement de l'extrait cité ci-dessus que la Cour n'avait reconnu dans cette affaire l'existence d'aucun «défaut de forme» dans la requête du demandeur. En outre, il convient de répéter que dans cette affaire, comme dans les autres, il était question du consentement des parties à la compétence et non d'une question objective d'accès à la Cour sans rapport avec le consentement des parties.

4) *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

19. Contrairement aux autres affaires, celle-ci mérite davantage d'attention car elle pouvait toucher à la question précise qui nous intéresse dans la présente affaire. Dans le cadre de cette instance, le défendeur avançait entre autres arguments que la convention sur le génocide, qui était invoquée comme base de compétence, ne pouvait pas être en vigueur entre les Parties au moment où le demandeur avait déposé sa requête, en mars 1993, parce que les deux Etats ne se reconnaissaient alors pas l'un l'autre et que les conditions nécessaires pour fonder la compétence de la Cour n'étaient donc pas réunies. Répondant à cette excep-

diction of the Court under the Genocide Convention, the Court pointed out that

“this situation no longer obtains since the signature, and the entry into force on 14 December 1995, of the Dayton-Paris Agreement, Article X of which stipulates that [the FRY and the Republic of Bosnia and Herzegovina recognize each other as sovereign independent States]” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 613, para. 25).

The Court in this passage went on to elaborate the point as follows:

“For the purposes of determining its jurisdiction in this case, the Court has no need to settle the question of what the effects of a situation of non-recognition may be on the contractual ties between parties to a multilateral treaty. It need only note that, even if it were to be assumed that the Genocide Convention did not enter into force between the Parties until the signature of the Dayton-Paris Agreement, all the conditions are now fulfilled to found the jurisdiction of the Court *ratione personae*.

It is the case that the jurisdiction of the Court must normally be assessed on the date of the filing of the act instituting proceedings. However, the Court, like its predecessor, the Permanent Court of International Justice, has always had recourse to the principle according to which it should not penalize a defect in a procedural act which the applicant could easily remedy.” (*Ibid.*, p. 613, para. 26.)

As authority for this statement the Court quoted from the *Mavrommatis* case the passage quoted above (see above at paragraph 10) and from the *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* case the passage quoted above (see above at paragraph 16), and went on to state as follows:

“The present Court applied this principle in the case concerning the *Northern Cameroons (I.C.J. Reports 1963, p. 28)*, as well as *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* when it stated: ‘It would make no sense to require Nicaragua now to institute fresh proceedings based on the Treaty, which it would be fully entitled to do.’ (*I.C.J. Reports 1984, pp. 428-429, para. 83.*)

In the present case, even if it were established that the Parties, each of which was bound by the Convention when the Application was filed, had only been bound as between themselves with effect from 14 December 1995, the Court could not set aside its jurisdiction on this basis, inasmuch as Bosnia and Herzegovina might at any time file a new application, identical to the present one, which would be unassailable in this respect.

tion du défendeur à sa compétence en vertu de la convention sur le génocide, la Cour souligna que

«[t]elle n'[était] cependant plus la situation qui préva[il]ait depuis la signature et l'entrée en vigueur, le 14 décembre 1995, des accords de Dayton-Paris, dont l'article X stipul[ait] que la RFY et la République de Bosnie-Herzégovine se reconnaissaient l'une l'autre en tant qu'Etats souverains indépendants]» (*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. 613, par. 25).

La Cour explicita ensuite ce point dans les termes suivants:

«Aux fins de se prononcer sur sa compétence en l'espèce, la Cour n'a pas à trancher la question de savoir quels peuvent être les effets d'une situation de non-reconnaissance sur les liens contractuels entre parties à un traité multilatéral. Il lui suffira de constater qu'à supposer même que la convention sur le génocide ne soit entrée en vigueur entre les Parties qu'à la signature des accords de Dayton-Paris, toutes les conditions sont à présent réunies pour fonder la compétence de la Cour *ratione personae*.

Certes, la compétence de la Cour doit normalement s'apprécier à la date du dépôt de l'acte introductif d'instance. Cependant la Cour, comme sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale, a toujours eu recours au principe selon lequel elle ne doit pas sanctionner un défaut qui affecterait un acte de procédure et auquel la partie requérante pourrait aisément porter remède.» (*Ibid.*, p. 613, par. 26.)

La Cour appuya cette déclaration sur les passages précités de l'affaire *Mavrommatis* et de l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (voir, ci-dessus, les paragraphes 10 et 16 respectivement), avant de poursuivre comme ceci:

«La présente Cour a fait application de ce principe dans l'affaire du *Cameroun septentrional* (*C.I.J. Recueil 1963*, p. 28), ainsi que dans celle des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*) lorsqu'elle a déclaré: «Il n'y aurait aucun sens à obliger maintenant le Nicaragua à entamer une nouvelle procédure sur la base du traité — ce qu'il aurait pleinement le droit de faire.» (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 428-429, par. 83.)

En l'occurrence, quand bien même il serait établi que les Parties, qui étaient liées chacune par la convention au moment du dépôt de la requête, ne l'auraient été entre elles qu'à compter du 14 décembre 1995, la Cour ne saurait écarter sa compétence sur cette base dans la mesure où la Bosnie-Herzégovine pourrait à tout moment déposer une nouvelle requête, identique à la présente, qui serait de ce point de vue inattaquable.

In the light of the foregoing, the Court considers that it must reject Yugoslavia's third preliminary objection." (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, pp. 613-614, para. 26.)

20. It should be pointed out that the judgment of the Court on this point was confined to the issue of whether "the conditions necessary to found the consensual basis of the Court's jurisdiction were . . . lacking" (*ibid.*, p. 613, para. 25). To that extent, this case is no different from the other cases examined above. It is noteworthy in this context that the Court expressly stated that "[f]or the purposes of determining its jurisdiction in this case, the Court has no need to settle the question of what the effects of a situation of non-recognition may be on the contractual ties between parties to a multilateral treaty" (*ibid.*, p. 613, para. 26). Thus, in my view, the Court came close to deciding upon an issue which in its nature was very similar to the one raised in the present case, i.e., the issue of the legal status of one of the parties in relation to the other party. However, the Court avoided that issue by stating that "the Court has no need to settle the question" (*ibid.*). Presumably the Court in saying this had in mind the Genocide Convention as the "multilateral treaty" in issue. However, this general reservation of the Judgment is equally applicable to the Statute of the Court as "a [relevant] multilateral treaty".

The conclusion I reach out of this case is that the Judgment is inconclusive on this point of status and cannot therefore constitute an authority in the present case.

(5) *The case concerning Gabčíkovo-Nagymaros Project*
(Hungary/Slovakia)

21. The point in issue in this case does not seem even remotely related to the so-called *Mavrommatis* principle, although a judge in his dissenting opinion quoted the *Mavrommatis* dictum as a rationale to justify a certain point of law involved. In this case Hungary argued that it was entitled to terminate a bilateral treaty with Czechoslovakia for the construction and operation of the Gabčíkovo-Nagymaros System of Locks on the ground that Czechoslovakia had materially breached the treaty by beginning the process of unilaterally diverting the River Danube in November 1991. The Court, however, found that the treaty was not breached until Czechoslovakia actually started the diversion of the water into a bypass canal in October 1992, which came about after Hungary took the action of terminating the treaty.

One of the judges who dissented from the *Gabčíkovo-Nagymaros* Judgment argued in his opinion, citing the *Mavrommatis* and the *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* cases, that "it would have been possible for [the Respondent] to withdraw this act [of termination of the

Au vu de ce qui précède, la Cour estime devoir rejeter la troisième exception préliminaire de la 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. 613-614, par. 26.)

20. Il échet de relever que la décision rendue par la Cour sur ce point se limitait à la question de savoir si «les conditions nécessaires pour conférer une base consensuelle à la juridiction de la Cour faisaient ... défaut» (*ibid.*, p. 613, par. 25). Dès lors, cette affaire n'est guère différente des autres instances examinées ci-dessus. On retiendra à cet égard que la Cour a déclaré expressément que, «[a]ux fins de se prononcer sur sa compétence en l'espèce, [elle] n'a[vait] pas à trancher la question de savoir quels p[ouvaient] être les effets d'une situation de non-reconnaissance sur les liens contractuels entre parties à un traité multilatéral» (*ibid.*, p. 613, par. 26). Ainsi, de mon point de vue, il s'en est fallu de peu que la Cour ne statue sur une question qui était par nature très proche de celle qui nous intéresse en l'espèce, à savoir la question du statut juridique de l'une des parties envers l'autre. Toutefois, la Cour s'en est gardée en déclarant qu'«[elle] n'a[vait] pas à trancher la question» (*ibid.*). Elle considérait probablement, dans ce contexte, que le «traité multilatéral» en question était la convention sur le génocide. Cela dit, cette réserve générale exprimée dans l'arrêt pourrait s'appliquer aussi bien au Statut de la Cour, en tant que «traité multilatéral [pertinent]».

J'estime par conséquent que l'arrêt rendu dans cette affaire n'est guère concluant sur la question du statut et qu'il ne peut donc faire autorité dans la présente espèce.

5) *L'affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie/Slovaquie)

21. La question soulevée dans cette affaire-là ne semble avoir aucun rapport, pas même lointain, avec le principe dit *Mavrommatis*, encore qu'un juge se soit réclamé de ce *dictum* dans son opinion dissidente pour justifier un point de droit particulier. Dans cette affaire, la Hongrie s'estimait habilitée à mettre fin à un traité bilatéral qu'elle avait conclu avec la Tchécoslovaquie aux fins de la construction et du fonctionnement du système d'écluses de Gabčíkovo-Nagymaros au motif que celle-ci avait commis une violation substantielle du traité en entreprenant unilatéralement de détourner le cours du Danube en novembre 1991. La Cour conclut toutefois que le traité n'avait pas été violé jusqu'à ce que la Tchécoslovaquie eût effectivement commencé à détourner le fleuve dans un canal de dérivation, en octobre 1992, soit après que la Hongrie eut pris l'initiative de mettre fin au traité.

L'un des juges qui s'inscrivit en faux contre l'arrêt *Gabčíkovo-Nagymaros* affirma dans son opinion, en citant l'affaire *Mavrommatis* et celle relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, que «[le défendeur] aurait pu procéder au retrait de cet acte [tendant à

treaty] and to substitute it later by a new notification of termination based on the events of October 1992” (*I.C.J. Reports 1997*; dissenting opinion of Judge Fleischhauer, p. 210, para. 2).

While it may be possible to draw an analogy between the issue involved in this case and the so-called *Mavrommatis* principle, it is clear that this case does not involve the application of the *Mavrommatis* principle and has no relevance to the present case.

(6) *The case concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility*

22. In this case, the issue was whether the claimed withdrawal of reservations by the Respondent relating, *inter alia*, to Article IX of the Genocide Convention as the jurisdictional basis invoked by the Applicant in the case, which came after the submission of the Application by the Applicant, could be used to establish the jurisdiction *ratione materiae* of the Court.

After referring to the dictum in the 1996 Judgment of the Court in the *Genocide Convention* case examined above (see above at para. 19) that “the Court should not . . . penalize a defect in procedure which the Applicant could easily remedy” (*I.C.J. Reports 2006*, p. 29, para. 54), the Court stated that

“if the Rwandan Minister’s statement had somehow entailed the withdrawal of Rwanda’s reservation to Article IX of the Genocide Convention in the course of the proceedings, the DRC could on its own initiative have remedied the procedural defect in its original Application by filing a new Application” (*ibid.*, p. 29, para. 54).

It is clear that this is a case where the issue was whether there was a consensual link for jurisdiction between the Parties based on Article IX of the Genocide Convention, which would be held to exist at the time of the Judgment, if the claimed withdrawal of reservations were to be established by the Applicant. It may be noted that the Court’s conclusion is in any case *obiter dictum*, inasmuch as it had already concluded “that the statement by the Rwandan Minister of Justice was not made in sufficiently specific terms” so as to constitute withdrawal of Rwanda’s reservation to Article IX of the Genocide Convention (*ibid.*, pp. 28-29, para. 52). Be that as it may, however, what is crucial for the purposes of the present case is that the Court was dealing here with the question of whether an initial lack of consent had been subsequently rectified; this has no bearing on the issue in the present case, i.e., procedural defects beyond the consensual reach of the Parties.

mettre fin au traité] et lui substituer plus tard une nouvelle notification de terminaison au vu des événements d'octobre 1992» (opinion dissidente du juge Fleischhauer, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 210, par. 2).

S'il est certes possible d'établir une analogie entre la question qui était considérée et le principe dit *Mavrommatis*, il est cependant clair que l'application de ce dernier n'était pas en jeu dans cette affaire-là, laquelle ne revêt aucune pertinence aux fins de celle qui nous occupe ici.

6) *L'affaire des Activités armées sur le territoire du Congo*
(nouvelle requête: 2002) (République démocratique
du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité

22. Il s'agissait dans cette affaire-là de savoir si le retrait allégué, après le dépôt de la requête, des réserves du défendeur concernant notamment l'article IX de la convention sur le génocide, que le demandeur avait invoqué comme base de compétence en l'espèce, pouvait être utilisé pour établir la compétence *ratione materiae* de la Cour.

Après s'être référée au *dictum* figurant dans son arrêt de 1996 en l'affaire relative à la *Convention sur le génocide*, qui a été examinée plus haut (voir le paragraphe 19 ci-dessus), à savoir qu'«elle ne doit pas sanctionner un défaut de procédure auquel la partie requérante pourrait aisément porter remède» (*C.I.J. Recueil 2006*, p. 29, par. 54), la Cour a déclaré que

«si la déclaration du ministre rwandai[s] avait, en cours d'instance, emporté, d'une manière quelconque, retrait de la réserve du Rwanda à l'article IX de la convention sur le génocide, la RDC aurait pu, de sa propre initiative, remédier au défaut procédural affectant sa requête initiale en déposant une nouvelle requête» (*ibid.*, p. 29, par. 54).

Il est clair que, dans cette affaire, la question était de savoir s'il existait entre les Parties un lien consensuel sur la base de l'article IX de la convention sur le génocide pour que la Cour pût exercer sa compétence, lien qui aurait été constaté au stade de l'arrêt si le demandeur avait démontré le retrait de réserves dont il faisait état. Rappelons que la conclusion de la Cour constitue de toute façon un *obiter dictum*, celle-ci ayant déjà conclu que «le contenu de la déclaration du ministre de la justice du Rwanda n'[était] pas suffisamment précis» pour emporter retrait de la réserve du Rwanda à l'article IX de la convention sur le génocide (*ibid.*, p. 28-29, par. 52). Toujours est-il que l'élément crucial aux fins de la présente affaire est que la Cour examinait alors le point de savoir s'il avait été remédié ultérieurement à un défaut de consentement initial, ce qui n'a aucun rapport avec la question qui nous intéresse ici, à savoir celle des défauts procéduraux échappant au consentement des Parties.

(7) *The case concerning Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Preliminary Objections*

23. A similar argument to the *Mavrommatis* principle was advanced in the case concerning *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1964*, p. 6 (hereinafter referred to as the “*Barcelona Traction*” case), without specifically citing *Mavrommatis* as precedent. In that case, the Respondent argued that because the case was founded on a compromissory clause referring to the Permanent Court of International Justice, and because the Respondent had not been a party to the United Nations at the time of the adoption of the Statute of the International Court of Justice, Article 37 of that Statute — according to which a compromissory clause which “provides for reference of a matter to . . . the Permanent Court of International Justice, . . . shall, as between the parties to the present Statute, be referred to the International Court of Justice” — did not apply to it, and that therefore the Court lacked jurisdiction to hear the case. The Court, applying a logic that might appear to be analogous to that of the *Mavrommatis* principle, concluded that

“the basic obligation to submit to compulsory adjudication was never extinguished by the disappearance of the Permanent Court, but was merely rendered functionally inoperative by the lack of a forum through which it could be implemented. What therefore happened in 1955, when this *lacuna* was made good by Spain’s admission to the United Nations, was that the operation of the obligation revived, because the means of implementing it had once more become available” (*ibid.*, p. 40).

However, this variation of the *Mavrommatis* principle, which might at first regard appear similar to the situation in the present case — since like the present case the procedural defect in question was held to be cured by the Respondent becoming a Member of the United Nations — is in fact fundamentally different. In the *Barcelona Traction* case, Spain’s membership in the United Nations triggered a pre-existing consent arising out of its previously ratified compromissory clauses. The defect at issue did not involve any issue of Spain’s access to the Court or other fundamental issue of *seisin*. Thus, the *Barcelona Traction* case, like the other cases discussed above, deals with consent and not access. The principle applied in the *Barcelona Traction* case, therefore, can have no bearing on the present case.

IV. CONCLUSION ON THE *MAVROMMATIS* PRINCIPLE

24. The conclusions I have reached as a result of close examination of the precedents in the jurisprudence of the Court (including the PCIJ), in

7) *L'affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgique c. Espagne), exceptions préliminaires

23. Un argument comparable à celui qui repose sur le principe *Mavrommatis* fut avancé dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (*Belgique c. Espagne*) (*exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1964*, p. 6) (dénommée ci-après l'affaire de la «*Barcelona Traction*»), sans renvoi spécifique à l'affaire *Mavrommatis* à titre de précédent. Le défendeur affirmait dans cette affaire que, puisque celle-ci était fondée sur une clause compromissoire désignant la Cour permanente de Justice internationale et qu'il n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies lorsque le Statut de la Cour internationale de Justice avait été adopté, l'article 37 dudit Statut — selon lequel, en cas de clause compromissoire «prévo[yant] le renvoi ... à la Cour permanente de Justice internationale, la Cour internationale de Justice constituera[it] cette juridiction entre les parties au présent Statut» — ne s'appliquait pas à son endroit et que la Cour n'était donc pas compétente pour connaître de l'affaire. Appliquant une logique qui pourrait sembler analogue à celle du principe *Mavrommatis*, la Cour avait conclu que

«la disparition de la Cour permanente n'a[vait] jamais éteint l'obligation fondamentale de se soumettre à un règlement judiciaire mais l'a[vait] rendue fonctionnellement inapplicable faute d'un tribunal pouvant assurer sa mise en œuvre. Ce qui s'est donc produit en 1955, lorsque cette lacune a été comblée avec l'admission de l'Espagne aux Nations Unies, c'est que l'obligation est redevenue applicable, puisqu'il existait de nouveau un moyen de la mettre en œuvre.» (*Ibid.*, p. 40.)

Toutefois, cette variante du principe *Mavrommatis* qui, à première vue, pourrait être rapprochée de la situation qui nous occupe ici — puisque, comme dans la présente affaire, la Cour a jugé qu'il avait été remédié au défaut procédural en question par l'admission du défendeur à l'Organisation des Nations Unies — est en fait foncièrement différente. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, l'admission de l'Espagne à l'Organisation des Nations Unies donna effet à un consentement préexistant qui découlait des clauses compromissoires ratifiées plus tôt par cet Etat. Le défaut en question ne tenait nullement à l'accès de l'Espagne à la Cour ni à aucune autre question fondamentale touchant à la saisine. Partant, de même que les autres affaires examinées plus haut, celle de la *Barcelona Traction* porte sur le consentement et non sur l'accès. Le principe appliqué dans le cadre de cette instance-là ne peut donc avoir aucune incidence sur la présente espèce.

IV. CONCLUSION SUR LE PRINCIPE *MAVROMMATIS*

24. Les conclusions auxquelles je suis parvenu après avoir examiné de près dans la jurisprudence de la Cour (et dans celle de sa devancière) les

which the so-called *Mavrommatis* principle has been invoked, either expressly or by implication, can be summarized as follows:

- (a) In spite of the generalized formula often quoted from the Judgment in the *Mavrommatis* case, the *Mavrommatis* case was decided on a totally different basis, and the present case does not present any legally analogous situation where the so-called *Mavrommatis* principle may have a place of application.
- (b) Each of the subsequent cases in which this principle has been invoked are all related to the issue of the initial absence of consent to jurisdiction which, allegedly, had vitiated the basis of jurisdiction of the Court but was cured by a subsequent act or event. There has been no case that can justify the application of the principle in a generalized formulation in which it is claimed to have an extended application to any and all flaws in procedure.
- (c) The rationale for deviating from the strict application of procedural requirements is diverse in each case and each of the cases where such deviation is accepted by the Court has its own specific rationale and its intrinsic limitations. However, in all the cases that have been examined, the basic problem related to the original absence of consent as the vitiating factor for jurisdiction.
- (d) There has been no case in the jurisprudence of the Court in which the so-called *Mavrommatis* principle has been understood to cover any and all “procedural defects” in the proceedings before the Court. The “procedural defects” that have been at issue in those cases have mostly been alleged technical flaws relating to the element of consent in one way or another at the time of the institution of proceedings, and have never involved such issues as the capacity of the parties to appear before the Court.
- (e) In all the cases where the principle has been applied, what is involved is the issue of assessing the subsequent coming into existence of the consensual nexus of jurisdiction as sufficient for the purpose of constituting the essential condition for the exercise of jurisdiction by the Court. This is only natural, since the very basis of international jurisdiction lies in the consent of the parties and the arrival of this element of consent, even at a later stage in the proceedings, has always been recognized as constituting an exception to the basic principle that the legal basis for the competence of the Court has to exist at the time of the institution of the proceedings, as demonstrated in the institution of *forum prorogatum*.

25. This situation is not at all surprising. The basic principle underlying the jurisdiction of an international court, as the Court has emphasized time and again, is that “its jurisdiction must be determined at the time that the act instituting proceedings was filed” (*Arrest Warrant of*

précédents où le principe dit *Mavrommatis* a été invoqué, soit expressément, soit implicitement, peuvent être résumées de la manière suivante:

- a) En dépit de la formule souvent citée qui figure dans l'arrêt rendu en l'affaire *Mavrommatis*, formule dont il est fait une généralité, cette affaire-là avait été jugée sur une base tout à fait différente, la présente affaire ne faisant intervenir du point de vue juridique aucune situation analogue dans laquelle le principe dit *Mavrommatis* pourrait trouver à s'appliquer.
- b) Dans chacune des affaires ultérieures où ce principe a été invoqué, il était question d'une absence initiale de consentement qui, était-il allégué, avait vicié le fondement de la compétence de la Cour mais à laquelle un acte ou un événement ultérieur avait remédié. Aucun précédent ne peut justifier une généralisation du principe, selon laquelle la jurisprudence issue de l'arrêt *Mavrommatis* s'appliquerait à toutes sortes de défauts procéduraux.
- c) Les raisons de s'écarter d'une application stricte des règles procédurales varient d'une affaire à une autre, et chacune des affaires dans lesquelles la Cour a accepté de s'en écarter se caractérise par des motifs qui lui sont propres et par des limites intrinsèques. Dans toutes les affaires examinées, cependant, le problème fondamental résidait dans l'absence initiale de consentement en tant qu'obstacle à la compétence.
- d) La jurisprudence de la Cour ne comprend aucune affaire dans le cadre de laquelle le principe dit *Mavrommatis* aurait été interprété comme s'étendant à la totalité des «défauts procéduraux» apparus dans les affaires portées devant elle. Les «défauts procéduraux» qui étaient en cause dans les affaires pertinentes tenaient le plus souvent à des vices techniques allégués concernant d'une manière ou d'une autre l'élément du consentement à l'époque de l'introduction de l'instance, sans jamais toucher à des questions telles que celles de la capacité des parties d'ester devant la Cour.
- e) Dans toutes les affaires où le principe a été appliqué, il s'agissait de déterminer si le lien consensuel de compétence établi par la suite était suffisant pour satisfaire à la condition essentielle à l'exercice par la Cour de sa juridiction — ce qui va de soi, puisque la juridiction internationale tient en elle-même au consentement des parties et que même l'expression de ce consentement à un stade ultérieur de l'instance a toujours été reconnue comme une exception au principe fondamental selon lequel la base juridique de la compétence de la Cour doit exister à la date de l'introduction de l'instance. L'institution du *forum prorogatum* en est la preuve.

25. Cette situation n'a rien d'étonnant. Le principe fondamental qui sous-tend la compétence d'une juridiction internationale est, comme la Cour l'a souligné à maintes reprises, que «sa compétence doit s'apprécier au moment du dépôt de l'acte introductif d'instance» (*Mandat d'arrêt du*

11 April 2000 (*Democratic Republic of the Congo v. Belgium*), *Judgment, I.C.J. Reports 2002*, pp. 12-13, para. 26). This basic principle is fundamental in particular in the sense that “if the Court has jurisdiction on the date the case is referred to it, it continues to do so regardless of subsequent events” (*ibid.*) and that such events “cannot deprive the Court of jurisdiction” (*ibid.*; see also the cases cited therein). It is as a legitimate exception to this principle that international jurisdiction has recognized that the reverse is not necessarily true. Thus if the consensual nexus as the basis of jurisdiction can be established subsequent to the institution of the proceedings, an act or event constituting such a consensual nexus can always offer the basis of jurisdiction, since international jurisdiction, in contrast to municipal jurisdiction, is based primarily on the consent of the parties. This indeed is the legal basis on which jurisdiction can be established under Article 38, paragraph 5, of the Rules of Court or upon which the institution of *forum prorogatum* is accepted in the jurisprudence of the Court.

26. By contrast, no logical ground exists, and therefore no precedent is to be found in the jurisprudence of the Court as examined above, to hold that the Court has been ready to apply this reverse principle as an exception to the general rule relating to the competence of the Court in such a general way as to justify an unqualified statement that “[e]ven if the grounds on which the institution of proceedings was based were defective . . . this would not be an adequate reason for the dismissal of the applicant’s suit” (*Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 34). This statement was made in a very specific context, i.e., with regard to a treaty (Protocol XII) which was central to determining the substantive scope of “any international obligations accepted by the Mandatory” as provided for in Article 11 of the Mandate — a legal instrument that formed the basis for the Court’s jurisdiction (*ibid.*, p. 17). It was in this context that the applicability of Article 11 of the Mandate came to be questioned in the situation where the article in question was held not to be effective (*en vigueur*) at the time of the Application but to have come into effect two and a half months later.

27. In summary, it is clear that the so-called *Mavrommatis* principle under the *Mavrommatis* jurisprudence does not relate to a general proposition of whether any “procedural defect” in seising the Court can be cured when “it would always have been possible for the applicant to re-submit his application in the same terms” (*ibid.*, p. 34; *Judgment*, para. 82), but rather to a specific question of whether the “procedural defect” in question concerns the issue of consent of the parties to the jurisdiction of the Court and thus can be cured on the basis that consent of the parties can always create the legal basis for the Court to exercise jurisdiction. While I accept the statement in the present Judgment that the Court has “shown realism and flexibility in certain situations in which the conditions governing the Court’s jurisdiction were not fully satisfied when proceedings were initiated but were subsequently satisfied” (*ibid.*, para. 81), it is clear from the rationale of this practice and from the

11 avril 2000 (*République démocratique du Congo c. Belgique*), arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 12-13, par. 26), principe d'autant plus fondamental que, «si elle est compétente à la date à laquelle une affaire lui est soumise, elle le demeure quels que soient les événements survenus ultérieurement» (*ibid.*) et que pareils événements «ne sauraient ... priver la Cour de sa compétence» (*ibid.*; voir également les affaires citées dans cet extrait). A titre d'exception légitime à ce principe, il a été reconnu que l'inverse n'est pas nécessairement vrai. Ainsi, si le lien consensuel fondant la compétence peut être établi postérieurement à l'introduction de l'instance, un acte ou un événement constituant pareil lien peut toujours être source de compétence puisque, contrairement à la juridiction interne, la juridiction internationale repose principalement sur le consentement des parties. Telle est en fait la base juridique sur laquelle la compétence peut être établie en vertu du paragraphe 5 de l'article 38 du Règlement de la Cour ou sur laquelle l'institution du *forum prorogatum* est reconnue dans la jurisprudence de celle-ci.

26. En revanche, il n'existe aucune raison logique, et donc aucun précédent dans la jurisprudence examinée ci-dessus, qui permette de dire que la Cour ait été prête à appliquer à titre d'exception à la règle générale gouvernant sa compétence ce principe à rebours d'une manière si générale qu'il soit permis d'affirmer de manière catégorique que «[m]ême si la base de l'introduction d'instance était défectueuse..., ce ne serait pas une raison suffisante pour débouter le demandeur de sa requête» (*Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 34). Cette déclaration a été formulée dans un contexte bien précis, c'est-à-dire dans le cas d'un traité (le protocole XII) qui revêtait une importance centrale pour déterminer la portée substantielle «des obligations internationales acceptées par le mandataire» dans le cadre de l'article 11 du mandat — un instrument juridique qui fondait la compétence de la Cour (*ibid.*, p. 17). C'est dans ce contexte que fut mise en doute l'applicabilité de l'article 11 du mandat, déclaré en vigueur non pas à la date du dépôt de la requête mais deux mois et demi plus tard.

27. Pour résumer, il est clair que le principe tenant son nom de la jurisprudence *Mavrommatis* ne consiste pas à estimer d'une manière générale que tout «défaut procédural» faisant obstacle à la saisine de la Cour peut être corrigé dès lors qu'il «[est] toujours possible, pour la partie demanderesse, de présenter à nouveau sa requête, dans les mêmes termes» (*ibid.*, p. 34; arrêt, par. 82), mais qu'il se limite à la question précise de savoir si le «défaut procédural» considéré touche à la question du consentement des parties à la compétence de la Cour et peut donc être corrigé puisque le consentement des parties peut toujours constituer la base juridique nécessaire pour que la Cour exerce sa compétence. Si j'adhère au présent arrêt en ce qu'il rappelle que la Cour a «fait preuve de réalisme et de souplesse dans certaines hypothèses où les conditions de [s]a compétence ... n'étaient pas toutes remplies à la date de l'introduction de l'instance mais l'avaient été postérieurement» (*ibid.*, par. 81), les raisons de

case law on this point that such exceptions are to be applied restrictively. As the review of the Court's jurisprudence has shown, such flexibility with regard to jurisdictional consent has never been extended to the issue of access to the Court beyond the consent of the parties, and it should not be so extended in the present Judgment.

V. IRRELEVANCE OF THE ISSUE OF APPLICANT/ RESPONDENT DISTINCTION

28. As stated in paragraph 7 above, the second question to be examined is that of whether the fact that the FRY/Serbia is the Respondent in the present case whereas it was the Applicant in the 2004 *NATO* cases should make a legal difference in the context of the present case.

29. On this I do not have to spend too much ink. The plain and ordinary meaning of the language of Article 35, paragraph 1, makes it unnecessary to go into the legislative history of the provision. In reply to the question put to the Parties by Judge Abraham, both the Applicant and the Respondent have taken a negative position to such a distinction as a material factor, though clearly this is a matter which belongs to the Court to decide.

What seems to be decisive to me is the fact that making such a distinction in interpretation of Article 35, paragraph 1, would create an unequal treatment between the applicant and the respondent in matters relating to the access to the Court and the capacity to appear before the Court.

30. As the Court clearly enunciated in its 2004 Judgment, the Court can exercise its judicial function only in respect of those States which have access to it under Article 35 of the Statute. And only those States which have access to the Court can confer jurisdiction upon it (*Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004 (I)*, pp. 298-299, para. 46). And the rationale for this principle lies in the fact that the Court, as a court of law, can only function when both of the parties to the dispute have the capacity to appear before the Court.

It is to be recalled in this context that the Court in its 2004 Judgment expressed the view that "a distinction has to be made between a question of jurisdiction that relates to the consent of a party and the question of the right of a party to appear before the Court under the requirements of the Statute, which is not a matter of consent" (*ibid.*, p. 295, para. 36). It is on the basis of this distinction that the Court made the point that "[t]he question is whether *as a matter of law* Serbia and Montenegro was entitled to seise the Court as a party to the Statute at the time when it instituted proceedings in these cases" (*ibid.*; emphasis in the original). It is this distinction between the two separate questions that is crucial to the

cette pratique et la jurisprudence consacrée à la question démontrent toutefois clairement que pareilles exceptions sont à appliquer avec parcimonie. Comme il ressort de mon analyse de la jurisprudence de la Cour, la souplesse dont il a pu être fait preuve à l'égard du consentement juridictionnel n'a jamais été appliquée à la question de l'accès à la Cour, qui échappe au consentement des parties, et ne devrait pas être ainsi appliquée dans le présent arrêt.

V. LE DÉFAUT DE PERTINENCE DE LA DISTINCTION ENTRE DEMANDEUR ET DÉFENDEUR

28. Ainsi qu'exposé au paragraphe 7 ci-dessus, la seconde question à examiner est celle de savoir si le fait que la RFY/Serbie est ici en qualité de défendeur, alors qu'elle était le demandeur dans les affaires de l'*OTAN* jugées en 2004, doit en l'espèce faire une différence du point de vue juridique.

29. Je n'ai pas besoin de m'étendre sur cette question. Étant donné le sens naturel et ordinaire du paragraphe 1 de l'article 35, il n'est pas nécessaire de se pencher sur la genèse de cette disposition. En réponse à la question que leur avait posée le juge Abraham, le demandeur et le défendeur ont l'un comme l'autre refusé d'attacher de l'importance à une telle distinction, encore que la réponse à cette question doive évidemment être laissée à la Cour.

L'essentiel à mes yeux est que le fait d'établir pareille distinction en interprétant le paragraphe 1 de l'article 35 donnerait lieu à une inégalité de traitement entre le demandeur et le défendeur du point de vue de l'accès à la Cour et de la capacité d'ester devant elle.

30. Comme elle l'a clairement déclaré dans ses arrêts de 2004, la Cour ne peut exercer sa fonction judiciaire qu'à l'égard des États auxquels elle est ouverte en vertu de l'article 35 du Statut. Et seuls les États qui ont accès à elle peuvent lui conférer compétence (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 298-299, par. 46). La raison de ce principe tient à ce que la Cour, en tant que cour de justice, ne peut s'acquitter de sa tâche que lorsque les deux parties au différend ont qualité pour ester devant elle.

Il convient de rappeler à cet égard que, dans ses arrêts de 2004, la Cour a considéré qu'«il y a[vait] lieu d'établir une distinction entre une question de compétence liée au consentement d'une partie et celle du droit d'une partie [d']ester devant [elle] conformément aux prescriptions du Statut, qui n'implique pas un tel consentement» (*ibid.*, p. 295, par. 36). C'est sur la base de cette distinction que la Cour releva que «[l]a question qui se pos[ait] était celle de savoir si, *en droit*, au moment où elle a[vait] introduit les présentes instances, la Serbie-et-Monténégro était habilitée à [la] saisir ... en tant que partie au Statut» (*ibid.*; les italiques sont dans l'original). C'est la distinction entre ces deux questions différentes qui

consideration of this issue by the Court. This rationale naturally applies as validly to the respondent as to the applicant.

31. It may be noted in addition that this position of the Court in the 2004 Judgments is not only logically consistent with the general approach of the Court to the issue of its competence, but is the one which virtually all the parties in those cases endorsed (including, in particular, the respondents in the case) — a fact which is not always registered clearly in the minds of those who did not participate in the case. Thus, the NATO countries, as Respondents, tried to argue, in varying degrees, that the FRY did not have the *locus standi* to seise the Court as applicant, inasmuch as it was not a party to the Statute. The Respondents did not make a distinction in this regard on the applicability of this principle, on the basis of whether the party in question was the applicant or the respondent. It should be recalled that this claim was advanced during the period well after November 2000, when Serbia has been admitted to the United Nations and had become a party to the Statute of the Court. And the Court itself abided strictly by the general rule that its jurisdiction was to be assessed at the date of filing of the act instituting proceedings.

32. The argument that the present Judgment advances that “[i]t was clear that Serbia and Montenegro [as Applicant] did not have the intention of pursuing its claims by way of new applications” (Judgment, para. 89), as if it were a decisive factor in the reasoning of the Court, is singularly unpersuasive since the issue of the capacity of a party to seise the Court, contrary to such other aspects of jurisdiction as hinge upon the will of the parties, is a matter which the Court has to ascertain, if necessary *proprio motu*, independently of the will or the motive of one or the other of the parties. The fact that the Court in the *NATO* cases did not pursue the other “more flexible approach” simply testifies to the position of the Court that this issue belongs not to an area where a “procedural defect” can be cured in a flexible manner, but to an area which constitutes the essential structure of the Court as a court of law with competence to deal with disputes between the applicant and the respondent, both of whom must satisfy the requirement of having *locus standi* before the Court, irrespective of whether they are in a position of applicant or of respondent.

(Signed) Hisashi OWADA.

revêt une importance cruciale pour l'examen de la Cour sur ce point. Ce raisonnement s'applique naturellement aussi bien au défendeur qu'au demandeur.

31. Il peut en outre être relevé que non seulement cette position exprimée dans les arrêts de 2004 s'inscrit dans la logique selon laquelle la Cour envisage généralement la question de sa compétence, mais qu'elle est également celle que presque toutes les parties à ces instances ont adoptée (y compris, en particulier, les défendeurs) — un fait qui a parfois du mal à bien s'inscrire dans l'esprit de ceux qui n'y ont pas participé. Ainsi les Etats de l'OTAN, alors défendeurs, ont-ils tenté de faire valoir à des degrés divers que la RFY n'avait pas le *locus standi* voulu pour saisir la Cour en tant que demandeur, dans la mesure où elle n'était pas partie au Statut. Les défendeurs n'ont en l'occurrence opéré aucune distinction dans l'applicabilité de ce principe selon que la partie considérée était comme demandeur ou comme défendeur. Rappelons que cet argument a été formulé bien après novembre 2000, lorsque la Serbie avait été admise à l'Organisation des Nations Unies et était devenue partie au Statut de la Cour. La Cour elle-même s'en est tenue strictement au principe général selon lequel sa compétence devait s'apprécier à la date du dépôt de l'acte introductif d'instance.

32. L'argument avancé dans le présent arrêt, selon lequel «[i]l était clair, en effet, que la Serbie-et-Monténégro [en tant que demandeur] n'avait pas l'intention de maintenir ses demandes sous la forme de nouvelles requêtes» (arrêt, par. 89), comme s'il s'agissait d'un facteur décisif dans le raisonnement de la Cour, manque singulièrement de convaincre étant donné que, contrairement aux autres aspects de la compétence tenant à leur volonté, la capacité de l'une ou l'autre des parties de saisir la Cour est un élément dont celle-ci doit s'assurer, si nécessaire de sa propre initiative, indépendamment de leur volonté ou de leurs motivations. Le fait que, dans les affaires de l'OTAN, la Cour n'ait pas adopté «l'élément de souplesse» introduit à d'autres occasions démontre simplement que, pour elle, cette question n'est pas de celles qui permettent de remédier avec souplesse à un «défaut procédural» mais touche à sa vocation même, en tant que cour de justice chargée de connaître de différends entre un demandeur et un défendeur qui doivent tous deux avoir le *locus standi* exigé pour ester devant elle, que ce soit comme demandeur ou comme défendeur.

(Signé) Hisashi OWADA.