

BHY

CR 2006/44 (traduction)

CR 2006/44 (translation)

Mercredi 8 mai 2006 à 15 heures

Wednesday 8 May 2006 at 3 p.m.

10

Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. Pour une raison qui m'a été expliquée, M. le juge Ranjeva ne peut siéger avec nous cet après-midi. Monsieur Varady, vous avez la parole.

M. VARADY :

**1. INTRODUCTION — QUESTIONS LIEES A LA QUALITE D'ETAT MEMBRE DE
L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES DE LA SERBIE-ET-MONTENEGRO**

A. Introduction

1.1. Madame le président, Messieurs de la Cour, cet après-midi et pour une grande partie de l'audience de demain matin, nous voudrions parler de questions portant sur l'accès à la Cour et sur sa compétence.

1.2. Madame le président, en traitant des mêmes questions dans ses exposés du second tour et en cherchant à imposer sa thèse plutôt qu'à la démontrer, le demandeur tente de faire valoir qu'il serait en quelque sorte inopportun de refuser d'avoir compétence. On a soutenu que l'essentiel est «[b]ien sûr que justice soit faite, ce qui ne serait assurément le cas si vous reveniez sur votre compétence»¹. On a plaidé aussi qu'il fallait rendre une décision sur le fond car «L'heure [était] venue de remédier aux errements de l'histoire»². Et on a dit en outre : «si le rôle principal du droit est d'éduquer, alors il ne doit pas seulement éduquer quelques individus ..., il [doit] enseigner à l'ensemble des citoyens...»³. Et on a soutenu aussi que «statuer sur la responsabilité pour génocide aidera à démocratiser la société ... [et à abandonner l'idéologie du conflit à mener contre des voisins]...»⁴. En concluant l'exposé qu'il a présenté le 21 avril dernier à l'audience du matin, M. Franck a dit à la Cour : «Permettez-moi l'audace de vous encourager à ne pas vous perdre dans les méandres [des] subtilités [techniques], de vous rappeler une fois de plus quel est l'objet central de cette affaire : il s'agit du génocide.»⁵

¹ CR 2006/37, p. 49, par. 38 (Pellet).

² CR 2006/35, p. 53, par. 13 (Franck).

³ CR 2006/35, p. 53, par. 15 (Franck).

⁴ CR 2006/30, p. 13, par. 12 (Softić).

⁵ CR 2006/35, p. 54, par. 16 (Franck).

11

1.3. Je vais dire d'emblée que les considérations politiques que le demandeur veut mettre au premier plan peuvent fort bien justifier des conclusions opposées. Il est certes vrai que l'allégation de génocide fait appel à une capacité de réaction particulière. Mais cela signifie-t-il qu'il faut pour autant prêter moins d'attention au principe même de la procédure ou bien faut-il au contraire que la gravité de l'allégation impose plus de vigilance encore quant à la procédure ? Est-ce que les préalables fondamentaux d'une instance tels qu'ils sont définis par la Charte des Nations Unies et par le Statut de la Cour ne sont que des subtilités techniques ? Quant à la démocratisation et à la paix qui doit régner avec les pays limitrophes, M. Stojanović a fait observer dans son exposé liminaire qu'une décision prononcée sur le génocide n'autorise guère à la tenir pour assurée ni même probable. Pareille décision pourrait fort bien exacerber au lieu de les apaiser le radicalisme et les rivalités nationalistes. Quant au rôle éducatif qui fut évoqué, je dirai que, pour avoir valeur historique et éducative, la décision soit manifestement reposer sur des motifs indiscutables du point de vue de la procédure et non sur des motifs contestables. Une décision adoptée *ultra vires* ne saurait donner des leçons de droit.

1.4. Madame le président, il n'est ni simple ni évident de savoir quelle décision serait la plus opportune et la plus utile politiquement. Il n'y a rien dans la présente espèce qui soit simple et manifeste. Mais le point important est que nous sommes face à des problèmes portant sur l'accès à la Cour et sur sa compétence et nous devons les régler en faisant appel à des considérations de caractère juridique plutôt que politique. Au lieu de chercher à savoir si la question de la compétence a plus ou moins de poids quand nous sommes saisis d'une allégation de génocide, nous devons nous intéresser à la question de savoir si la Cour a ou non compétence. La dissolution de la RFY s'est traduite sur le plan humain par des souffrances et des crimes et le même phénomène s'est traduit sur le plan structurel et institutionnel par des dilemmes sans précédent. Beaucoup de questions demeurent sans réponse. La question de savoir si la présente espèce relève de la compétence de la Cour représente une part de la vérité qu'il faut établir.

1.5. Madame le président, les arguments que nous avons présentés au premier tour ont été mis en doute, contestés, par le demandeur. Nous pensons pouvoir répondre aux doutes, et nous avons des arguments à opposer aux contestations. Nous allons, si vous nous le permettez, présenter ces réponses et ces arguments.

12

1.6. Cet après-midi, j'interviens en premier et vais poursuivre cet exposé en traitant la question de savoir si le défendeur était ou non membre de l'Organisation des Nations Unies entre 1992 et 2000. Cette question revêt une importance cruciale pour les conclusions à formuler dans un sens ou dans l'autre sur le point de savoir si la RFY était ou non partie au Statut pendant la période pertinente et celui de savoir si la RFY est demeurée liée ou bien est devenue liée par l'article IX de la convention sur le génocide. Le deuxième intervenant cet après-midi sera M. Zimmermann qui va parler de la bonne foi. M. Zimmermann répondra en outre à la question posée par M. le juge Tomka. A la suite de M. Zimmermann, je voudrais conclure nos exposés de cet après-midi en tentant de montrer que des considérations relatives à l'autorité de la chose jugée n'empêchent pas de s'interroger sur l'accès à la Cour et sur sa compétence. Demain matin, M. Djeric montrera que le défendeur n'avait pas accès à la Cour au moment pertinent et M. Zimmermann démontrera que la Cour n'est pas compétente en l'espèce. A la suite de ces exposés, je présenterai des conclusions. Avec votre permission, Madame le président, je vais parler à présent de questions liées à la qualité d'Etat Membre de l'ONU.

B. Le défendeur n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies avant le 1^{er} novembre 2000

1. A nouveau, la thèse de la continuité

1.7. Madame le président, avant d'évoquer divers points liés à la qualité d'Etat Membre de l'ONU pendant la période allant de 1992 à 2000, je dois avouer que nous pensions cette question définitivement réglée. Pendant les quelques années qui viennent de s'écouler la position de la RFY s'est précisée. La position adoptée est en définitive sans équivoque. La RFY n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies puisqu'elle est née le 27 avril 1992 et que c'est le 1^{er} novembre 2000 qu'elle a été admise à l'Organisation en qualité de nouveau Membre. C'est la position adoptée par la Cour en 2004, et c'est cette position qu'ont adoptée l'Assemblée générale des Nations Unies, le Conseil de sécurité, le Secrétaire général des Nations Unies et aussi le demandeur lui-même.

1.8. Il est bien entendu exact que le défendeur a lui aussi tenté d'engager le débat sur des questions qui semblaient réglées. Mais ces tentatives ne sont pas imputables à une manœuvre d'ordre juridique, elles font suite à une transformation d'importance historique qui a eu lieu le

13

5 octobre 2000 et qui représentait plus qu'un simple changement de gouvernement. A ce stade en effet, après une décennie dramatique, notre pays a dû revenir aux principes de base, y compris en ce qui concerne les rapports à entretenir avec la communauté internationale. La position adoptée à l'égard de l'ONU et à l'égard des traités a été elle aussi repensée, revisitée, et nous nous sommes penchés sur les questions relatives à la qualité d'Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies, à l'accès à la Cour et à sa compétence en tenant compte de certaines précisions nouvelles qui nous ont fait adopter une vue d'ensemble très largement partagée. Le nouveau Gouvernement de la RFY mis en place en octobre 2000 n'a jamais changé de position, n'a jamais adapté sa position à l'évolution de la situation et ne l'a pas non plus adaptée à différents publics. Or le demandeur nous ramène aux thèses qui furent défendues en vain par l'ancien Gouvernement de la RFY et que le demandeur combat toujours en dehors de la présente affaire. Nous sommes revenus au point de départ c'est-à-dire que nous avons tourné en rond.

1.9. Dans son exposé du second tour du 24 avril 2006, Mme Stern veut nous ramener au stade des incertitudes et des difficultés juridiques. Pour y parvenir, on peut bien entendu faire appel aux thèses de l'ancien Gouvernement de la Yougoslavie qui insistait sur la continuité. Quand la situation était effectivement marquée par des incertitudes et des controverses, les principaux éléments auxquels l'ancien Gouvernement de la RFY tentait de faire appel étaient les quelques doutes que suscitait le point de savoir si la désignation «Yougoslavie» visait l'ancienne Yougoslavie ou la RFY, l'intérêt manifesté pour certaines déclarations tardives ou assez peu claires émanant des autorités et des fonctionnaires de l'Organisation des Nations Unies, ainsi que l'absence (ou la prétendue absence) de mise en œuvre stricte, dans les délais, de certaines conséquences particulières de la position adoptée. L'ancien Gouvernement de la RFY faisait de ces différents éléments un argument tendant à prouver que le fait que la RFY assure la continuité était en quelque sorte approuvé.

1.10. Mme Stern ne fait pas que s'appuyer sur les éléments de fond dont ces arguments s'inspirent, elle les cite expressément et abondamment. Faisant allusion aux conseils de l'ancien gouvernement, elle dit ceci : «Il apparaît opportun de commencer cette analyse du statut de la RFY à l'ONU en laissant la parole aux conseils de la Serbie-et-Monténégro, qui, mieux

que moi, semblent détruire la thèse qu'ils présentent aujourd'hui.» [«It seems appropriate to begin this analysis of the FRY's status in the United Nations by letting counsel for Serbia and Montenegro speak for themselves, as they seem better than I at destroying the argument which they are now putting forward.»]⁶ 1.11. Après avoir cité assez longuement les arguments de l'ancien Gouvernement de la RFY, Mme Stern dit en guise de conclusion : «Voilà donc des arguments fort pertinents et fort utiles.» [«These are highly pertinent, helpful arguments.»]⁷ Ces arguments sont peut-être «fort utiles» du point de vue de la position du demandeur, mais ils ne sont pas valables. Bien sûr, je ne peux pas et je ne dois pas me borner à dire que ces arguments sont mauvais parce que ce sont les arguments du Gouvernement Milošević. Je vais montrer que ces arguments sont indéfendables parce qu'ils sont dénués d'éléments de fond et que, par ailleurs, ils ne reposent sur rien.

1.12. Permettez-moi de rappeler, Madame le président, que M. Stojanović, moi-même et d'autres membres de la délégation actuelle de la Serbie-et-Monténégro avons d'ores et déjà dû faire face à ces mêmes arguments à l'époque où l'opposition, en Serbie, contestait la conviction solide et la position ferme adoptée par l'ancien Gouvernement de la RFY en ce qui concerne la continuité. Nous sommes vraiment revenus au point de départ.

14

1.1. Arguments visant à établir la continuité par la prise en compte de mesures tardives et illogiques (ou apparemment illogiques) prises par les autorités et les fonctionnaires de l'Organisation des Nations Unies

1.13. Madame le président, après la dissolution de l'ex-Yougoslavie, la Bosnie-Herzégovine a voulu avoir la qualité d'Etat Membre de l'ONU en demandant son admission à l'Organisation en tant que nouvel Etat et elle a été admise à l'Organisation le 22 mai 1992⁸. La RFY a décidé de ne pas emprunter la même voie, elle n'a pas demandé son admission en tant qu'Etat Membre de l'ONU, mais elle a revendiqué à la place la continuité. Cette revendication a été rejetée mais la RFY a tenté de faire valoir que certaines mesures adoptées par l'ONU confirmaient néanmoins la continuité.

⁶ CR 2006/37, p. 13, par. 10 (Stern).

⁷ CR 2006/37, p. 14, par. 10 (Stern).

⁸ Nations Unies, doc. A/RES/46/237 en date du 22 mai 1992.

La question des sanctions

1.14. L'un des arguments soulevés à l'époque par l'ancien Gouvernement de la RFY était que les sanctions imposées indirectement à ce pays prouvaient que la RFY était Membre des Nations Unies puisque les sanctions ne peuvent être imposées qu'à des Etats Membres. C'est là précisément l'argument que plaide actuellement Mme Stern. Elle dit et je la cite : «[l]a République fédérale de Yougoslavie a également fait l'objet de sanctions en vertu du chapitre VII durant toute la période du nettoyage ethnique et qu'il n'a jamais été soutenu que ces sanctions s'adressaient à un Etat non membre de l'ONU» [«the Federal Republic of Yugoslavia was also the object of sanctions under Chapter VII throughout the period of ethnic cleansing and that it has never been argued that those sanctions were aimed at a State not a Member of the United Nations»]⁹.

1.15. Madame le président, il n'y a rien dans l'énoncé de la Charte des Nations Unies qui donne à penser que les mesures prévues au chapitre VII ne peuvent être envisagées qu'à l'encontre d'Etats Membres. Accepter la thèse du demandeur signifierait également que l'emploi de la force armée prévu au chapitre VII ne peut également être dirigé que contre un Membre — et jamais contre un non membre aux fins de la protection du Membre en question. Ce n'est pas là ce que dit le chapitre VII, ce n'est pas là ce qu'on trouve dans toutes les autres dispositions de la Charte, et ce n'est pas là non plus ce que dit la logique. Donnant à la situation un caractère encore plus évident, le paragraphe 6 de l'article 2 de la Charte indique expressément que l'Organisation peut prendre des mesures pour que les Etats qui ne sont pas membres des Nations Unies agissent conformément aux principes de la Charte «dans la mesure nécessaire au maintien de la paix et de la sécurité internationales».

15

1.16. Il importe d'ajouter en outre que le texte de la résolution du 30 mai 1992¹⁰ relative aux sanctions imposées à la RFY en vertu du chapitre VII n'apporte strictement aucun appui, pas même implicitement, aux thèses tendant à prouver que les sanctions envisagées étaient des sanctions dirigées contre un Etat Membre. Tout au contraire, la résolution s'interroge en fait sur le point de savoir si la RFY assure ou non automatiquement la continuité du statut d'Etat Membre de l'ex-Yougoslavie et la réponse donnée est négative. La résolution est adoptée tout juste un mois

⁹ CR 2006/37, p. 15, par. 11 (Stern).

¹⁰ Conseil de sécurité, résolution 757 (1992) en date du 30 mai 1992.

après la présentation de la revendication de continuité et ladite revendication n'est pas encore inscrite à l'ordre du jour, mais une position à ce sujet a d'ores et déjà été adoptée à titre préliminaire. Le Conseil de sécurité des Nations Unies dit en effet dans le préambule de sa résolution 757 :

«Notant que l'affirmation de la République fédérative de Yougoslavie (Serbie-et-Monténégro) selon laquelle elle assure automatiquement la continuité de l'ex-République fédérative socialiste de Yougoslavie comme Membre de l'Organisation des Nations Unies n'a pas été généralement acceptée.»

Il est clair, Madame le président, que les sanctions imposées à la Yougoslavie ne peuvent en aucune façon démontrer, pas même implicitement, que la RFY était entre 1992 et 2000 Membre des Nations Unies sous l'effet de la continuité ni en vertu d'aucun autre principe.

La présence au Conseil de sécurité

1.17. Madame Stern soutient en outre qu'il n'y a pas eu d'interruption dans les rapports entre la RFY et le Conseil de sécurité et que pendant les trois premières années la RFY a été invitée treize fois, «[a]utorisant le représentant de la RFY non seulement à assister aux réunions formelles mais même à y prendre la parole»¹¹ [«authorizing the representative of the FRY not only to attend formal meetings, but even to take the floor at such meetings»]. Certes. Mais cela ne prouve nullement que le pays a la qualité d'Etat Membre ni même la qualité d'Etat Membre *sui generis* comme le suggère Mme Stern. L'article 32 de la Charte des Nations Unies dit expressément, avec une clarté lumineuse, que tout Etat qui n'est pas membre des Nations Unies est convié à participer aux discussions (sans droit de vote, bien entendu) «s'il est partie à un différend examiné par le Conseil de sécurité» [«if it is a party to a dispute under consideration by the Security Council»]. Il est manifeste que la RFY était partie à un différend examiné par le Conseil de sécurité pendant la période dont le demandeur parle, de sorte que la RFY peut avoir été invitée au Conseil à ce titre.

1.18. De surcroît, il importe de relever que le Conseil de sécurité a toujours eu conscience du fait que le représentant de la RFY ne pouvait pas être traité comme le représentant d'un Etat Membre. Dans la pratique en effet, au début de chaque réunion du Conseil de sécurité, le président donne lecture d'une liste d'invités en citant le nom du représentant et le nom du pays qu'il

16

¹¹ CR 2006/37, p. 22, par. 29 (Stern).

représente. Mais il était fait exception à cette pratique pour la personne représentant la RFY car il était donné lecture de son nom mais pas du pays représenté. Pour citer en exemple l'un des treize cas dont le demandeur a fait état, le compte rendu de séance indique que lors de la réunion du 19 avril 1993, il figurait sur la liste des invités un «M. Sacirbey (Bosnie-Herzégovine)», et le président, après avoir nommé tous les invités et les pays qu'ils représentaient, a dit ceci :

«J'ai également reçu une demande datée du 19 avril 1993 émanant de M. l'ambassadeur Dragomir Djokic qui voudrait s'adresser au Conseil. Si le Conseil en est d'accord, je propose d'inviter M. l'ambassadeur à s'adresser au Conseil quand celui-ci examinera la question dont il est saisi.»¹² [Traduction du Greffe.]

Cette façon de parler ne peut guère servir de preuve de la qualité d'Etat membre de la RFY, ou de sa qualité d'Etat membre *sui generis*, la RFY étant le pays de M. l'ambassadeur Djokic.

La période initiale

1.19. Sur un autre point le demandeur emprunte les arguments de l'ancien Gouvernement de la RFY (arguments qui ont été plaidés en vain), et ce point est celui du traitement qui a été accordé à la RFY au cours des premiers mois de son existence. Mme Stern dit à ce sujet :

«Sans doute ne faut-il pas négliger ce fait que pendant les six premiers mois de son existence — et l'on dit souvent que les premiers mois de la vie sont déterminants pour l'avenir — la République fédérale de Yougoslavie a été un Membre incontesté de l'ONU exerçant toutes les prérogatives d'un Etat Membre de l'ONU.»¹³

1.20. Il s'agit là d'une allégation qu'a renouvelée M. Vladislav Jovanović, ministre des affaires étrangères dans l'ancien gouvernement de la RFY, chef de la diplomatie, qui a tenté de prouver que la RFY continuait effectivement d'assumer la personnalité de l'ancienne Yougoslavie et était donc toujours un Etat Membre des Nations Unies¹⁴.

17

¹² *Compte rendu in extenso provisoire de la trois mille deux cent unième séance*, Conseil de sécurité, Nations Unies, doc. S/PV.3201, 19 avril 1993, p. 3.

¹³ CR 2006/37, p. 15, par. 11 (Stern).

¹⁴ Le ministre Jovanovic a publié ses thèses également dans des publications savantes. En 1998, il écrit dans le *Fordham International Law Journal* :

«Entre le 27 avril 1992, date à laquelle la RFY a été constituée par la partie de la RFSY qui subsistait après la sécession unilatérale des quatre unités de la fédération, et le 22 septembre 1992, date à laquelle l'Assemblée générale a adopté la résolution 47/1, la RFY a exercé tous les droits d'un Etat Membre et a participé activement aux travaux des Nations Unies, y compris en exerçant normalement son droit de vote. Cette situation est confirmée par le fait que la RFY était tacitement acceptée comme un Etat Membre qui continuait d'avoir sur le plan international la personnalité juridique et politique de l'ex-RFSY.», Vladislav Jovanović, «The Status of the Federal Republic of Yugoslavia in the United Nations», *Fordham International Law Journal*, vol. 21, p. 17-19, 1998, p. 17 [traduction du Greffe].

1.21. Madame le président, l'allégation formulée par Mme Stern et par le ministre Jovanović n'est tout bonnement pas exacte. Cette allégation n'est confortée par aucune preuve et il n'est pas vrai que la RFY ait exercé pleinement les droits d'un Etat Membre pendant la période en question. De surcroît, ce qui est vrai est que, au moment où la RFY a vu le jour, elle a formulé une revendication qui consistait à prétendre à la continuité de l'ex-Yougoslavie et, pour ce motif, elle revendiquait la qualité d'Etat Membre des Nations Unies, la même qualité d'Etat Membre dans d'autres organisations internationales ainsi que la qualité de partie à des traités. Il n'est toutefois pas vrai de dire que cette revendication a été acceptée, ni tacitement ni autrement, pendant cinq ou six mois, ni de prétendre qu'elle ait été acceptée pendant une durée quelconque. Ce qui est vrai est que les organes compétents des Nations Unies, c'est-à-dire le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale, ont pris position sur cette demande au bout d'un délai d'environ cinq mois, date à laquelle ils ont rejeté cette revendication de la RFY.

1.22. Il n'existe pas de règle dans la Charte ni nulle part ailleurs et il n'y a pas non plus de règle de logique pure qui dise clairement ou implicitement qu'au cas où un Etat prétend être Membre de l'Organisation des Nations Unies, il *est* bel et bien Membre des Nations Unies jusqu'au moment où sa demande est examinée et rejetée. Il est vrai et probablement compréhensible qu'avant toute prise de position, divers fonctionnaires des Nations Unies ont manifesté devant les représentants de la RFY et les documents soumis par des représentants de la RFY de l'hésitation et ont adopté un comportement assez illogique. Mais cela ne fait certes pas d'un Etat un Etat Membre des Nations Unies.

1.23. Permettez-moi d'ajouter, Madame le président, que l'Assemblée générale a en fait reconnu les dilemmes et les illogismes propres à la situation qui créaient une situation *sui generis*. L'Assemblée générale a voulu qualifier cette situation et sa qualification tient compte du fait que la RFY n'était pas un Etat Membre de l'Organisation. On ne parle donc pas d'un «Etat Membre», on ne parle pas même d'un «Etat Membre de fait», mais on parle de «participation de fait aux travaux de l'Organisation». Au paragraphe 19 de sa résolution 48/88 en date du 29 décembre 1993, l'Assemblée générale

18

«Réaffirme sa résolution 47/1 du 22 septembre 1992 et demande instamment aux Etats Membres et au Secrétariat, dans l'esprit de ladite résolution, de mettre fin à la participation de fait de la Serbie-et-Monténégro aux travaux de l'Organisation.»¹⁵

La distribution de documents

1.24. Madame le président, cherchant toujours à établir sous une forme ou sous une autre la continuité, le demandeur parle de la distribution de documents. Il évoque la lettre du Secrétaire général datée du 27 décembre 2001 et cite le passage suivant : «[d]u 27 avril 1992 au 1^{er} novembre 2000, le Gouvernement de la République fédérale de Yougoslavie ... s'est prévalu du droit dont jouissait l'ex-Yougoslavie en tant qu'Etat Membre de faire distribuer des communications comme documents officiels de l'Organisation» [«From 27 April 1992 to 1 November 2000, the Government of the Federal Republic of Yugoslavia ... availed itself of the right of the former Yugoslavia, as a Member State, to circulate communications as official documents of the United Nations.»]¹⁶. Mme. Stern fait comme si ce document venait d'être découvert et demande : «Le défendeur soutient-il que ces documents n'ont jamais existé ?» [«Does the Respondent maintain that these documents never existed ?»]¹⁷.

1.25. Nous n'allons certainement pas dire que ces documents, ou bien le document qui parle de ces textes, n'existent pas. En fait, j'ai déjà cité la lettre du Secrétaire général du 27 décembre 2001 quand je parvenais au terme de mon exposé du premier tour¹⁸. De surcroît, nous avons fermement l'intention de nous appuyer sur ce document et nous l'avons fait figurer dans le dossier d'audience. Mais nous allons montrer dans quel contexte s'inscrit la citation donnée par Mme Stern et nous allons citer également ce qui vient immédiatement après cette citation.

1.26. Mme Stern cite en partie une phrase du paragraphe 7 du document qui figure dans notre dossier d'audience, à l'onglet 1, le paragraphe 7 en question étant page 3. Mais ce paragraphe, tout comme le précédent, n'énonce pas de conclusions du Secrétaire général; il donne à nouveau l'argument de l'ancien Gouvernement de la RFY. Le paragraphe 6 (qui démarre page 2)

¹⁵ Nations Unies, doc. A/RES/48/88 du 20 décembre 1993, par. 19.

¹⁶Nations Unies, doc. A/56/767, lettre datée du 27 décembre 2001 adressée le 9 janvier 2002 au président de l'Assemblée générale par le Secrétaire général, par. 7. Cité dans le CR 2006/37, p. 21, par. 26 (Stern).

¹⁷CR 2006/37, p. 21, par. 26 (Stern).

¹⁸ CR 2006/13, p. 32, par. 3.50 et note de bas de page 14 (Varady).

19 résume la prétention de la RFY à la continuité et le paragraphe 7 (qui figure page 3) commence par les termes suivants : «Confirmant cette position, le Gouvernement de la République fédérale de Yougoslavie a accompli un grand nombre d'actes...» Au nombre de ces actes figure la distribution de documents officiels. Mme Stern cite une simple récapitulation par le Secrétaire général des démarches par lesquelles la RFY cherche à étayer sa revendication.

1.27. Il y a encore plus important : dans la même lettre adressée au président de l'Assemblée générale par le Secrétaire général en date du 27 décembre 2001, il est indiqué de façon lumineuse que cette proposition de continuité n'a pas été acceptée, que la RFY n'est devenue un Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies que le 1^{er} novembre 2000 et que l'Etat pour lequel il n'avait pas été mis fin au statut de Membre était l'ex-Yougoslavie et non pas la RFY. Mme Stern a cité la fin de la dernière phrase du paragraphe 7. Le paragraphe 8 (qui figure également à la page 3 de l'onglet 1) commence par la phrase suivante : «Par sa résolution 55/12 datée du 1^{er} novembre 2000, l'Assemblée générale a décidé d'admettre la République fédérale de Yougoslavie à l'Organisation des Nations Unies. Cette décision mettait fin *ipso facto* à la qualité de Membre de l'*ex-Yougoslavie*.» [«In its resolution 55/12 of 1 November 2000, the General Assembly decided to admit the Federal Republic of Yugoslavia to membership in the United Nations. That decision necessarily and automatically terminated the membership of the former Yugoslavia in the United Nations.»]¹⁹

1.28. Je précise, Madame le président, qu'à ce document sont joints plusieurs appendices. L'appendice III est une lettre datée du 19 novembre 2001 signée par les représentants permanents des cinq Etats successeurs. Vous trouverez cette lettre page 4 de l'onglet 1. Cette lettre a notamment été signée également par M. Mirza Kušljugić, représentant permanent de la Bosnie-Herzégovine à l'ONU. Il est dit dans cette lettre : «l'Etat dénommé République fédérative socialiste de Yougoslavie a cessé d'exister et cinq Etats successeurs égaux lui ont succédé, dont aucun n'a assuré la continuité de sa personnalité juridique»²⁰.

¹⁹ Voir la lettre datée du 27 décembre 2001 adressée au président de l'Assemblée générale par le Secrétaire général, Nations Unies, doc. A/56/767, par. 8; les italiques sont de moi.

²⁰ Lettre datée du 19 novembre 2001 adressée au secrétaire général adjoint à la gestion par les représentants permanents de la Bosnie-Herzégovine, de la Croatie, de la Slovénie, de l'ex-République yougoslave de Macédoine et de la Yougoslavie, Nations Unies, doc. A/56/767, appendice III, p. 12-13.

La question des contributions des Etats Membres

20 1.29. Nous en arrivons donc à cette question des contributions des Etats Membres, puisque la lettre du Secrétaire général datée du 25 décembre 2001 porte sur les «arriérés de contributions de l'ex-Yougoslavie». Madame le président, chaque fois que l'on a dit avoir relevé des conséquences dans les suites données à la dissolution de l'ex-Yougoslavie, la question du versement des arriérés de contributions est citée en exemple. Mme Stern en a elle aussi parlé, en citant à nouveau des arguments que l'ex-Gouvernement de la RFY avait déjà formulés antérieurement²¹. Pendant un temps considérable, l'attitude à adopter pour le recouvrement de ces contributions signalait une situation *sui generis* et montrait à quelles difficultés aboutissaient des définitions juridiques peu claires. Aujourd'hui, toutefois, après les précisions données par les autorités compétentes de l'ONU, nous situons le problème de façon beaucoup plus nette.

1.30. Le Secrétariat des Nations Unies, faisant normalement figurer la «Yougoslavie» dans la liste des Etats Membres, a calculé les montants dus par la «Yougoslavie» au titre de sa quote-part d'Etat Membre. Les montants étaient demandés à la «Yougoslavie» et non à la RFY, mais c'est la RFY qui, conformément à la volonté qu'elle manifestait d'assumer la continuité de la personnalité de l'ex-Yougoslavie, a versé certains des montants dus par l'Etat Membre entre 1992 et 2000.

1.31. Il va sans dire que la pratique du Secrétariat ne peut pas lier des organes politiques ni des Etats Membres mais cette question des contributions dues au titre de la quote-part des Etats Membres a donné lieu à des interprétations divergentes et a suscité la perplexité. C'est là-dessus que le besoin d'éclaircissements a été si fortement ressenti et c'est là que les éclaircissements donnés, bien que tardifs, sont limpides et précis.

1.32. Une fois la RFY admise à l'Organisation des Nations Unies en tant qu'Etat Membre, le Secrétariat a entrepris de préciser *qui* était la «Yougoslavie» et *qui* avait des sommes à payer au nom de la «Yougoslavie». On savait désormais clairement, sans équivoque, que les sommes à recouvrer étaient dues par l'ex-Yougoslavie. C'est l'ex-Yougoslavie qui était l'Etat Membre. La RFY n'avait aucun arriéré à verser, elle fut simplement invitée en 2001 parce qu'elle était l'un des Etats successeurs à participer au versement des dettes de l'Etat prédécesseur *aux côtés d'autres Etats successeurs*.

²¹ CR 2006/37, p. 23-26, par. 32-40 (Stern).

1.33. Conformément à cette conception et à cette vision des choses, en 2001, l'Organisation des Nations Unies a voulu recouvrer auprès de *tous les Etats successeurs* les arriérés constituant la dette de la «Yougoslavie». La méthode était logique car, si l'ex-Yougoslavie avait des dettes à rembourser et qu'aucun pays n'assumait la continuité de sa personnalité, le passif (tout comme l'actif) devait alors être divisé entre tous les successeurs.

21

1.34. A la suite de l'admission de la RFY à l'ONU le 1^{er} novembre 2000, les cinq Etats successeurs ont officiellement adopté une position commune au sujet des arriérés de contribution de l'ex-Yougoslavie. Dans une lettre datée du 19 novembre 2001 dont nous avons déjà fait état, et vous pouvez suivre les mesures dont je parle dans le dossier d'audience, à l'onglet 1, page 4, vous constatez que la RFY, la Bosnie-Herzégovine et les autres Etats successeurs ont énoncé et développé cette position commune. Il est nettement indiqué dans ladite lettre : «L'Etat dénommé République fédérative socialiste de Yougoslavie a cessé d'exister et cinq Etats successeurs égaux lui ont succédé, *dont aucun n'a assuré la continuité de sa personnalité juridique*. Ce fait a été confirmé par les résolutions pertinentes adoptées par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale en 1992.»²² (Les italiques sont de moi.)

1.35. Nous voici arrivés en définitive au moment où les conceptions et les formules ambiguës sont abandonnées; *les autorités de l'Organisation des Nations Unies et les Parties au présent différend ont les unes et les autres* défini une position claire et une vision commune de la situation. Désormais il est clair et incontesté que :

- aucun Etat n'a continué d'assumer la personnalité et les droits d'Etat Membre de l'ex-Yougoslavie; et que
- l'entité qui a conservé à certains égards une situation *sui generis* et des droits d'Etat Membre de caractère résiduel au sein de l'Organisation des Nations Unies et que l'on désignait sous le nom de «Yougoslavie» était en fait l'ex-Yougoslavie et non la RFY.

1.36. J'ajouterai que la position claire, sans équivoque, adoptée par les cinq Etats successeurs a été définie plus d'une fois. Elle a été définie, par exemple, dans la lettre datée du 9 août 2005 qui a incité M. le juge Tomka à poser sa question. Dans cette lettre, tous les Etats

²² Voir la lettre datée du 19 novembre 2001 adressée au secrétaire général adjoint à la gestion par les représentants permanents de la Bosnie-Herzégovine, de la Croatie, de la Slovénie, de l'ex-République yougoslave de Macédoine et de la Yougoslavie, Nations Unies, doc. A/56/767, appendice III.

successeurs — Bosnie-Herzégovine comprise — ont dit ceci : «La République fédérale de Yougoslavie qui a vu le jour le 27 avril 1992 n'est devenue un Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies que le 1^{er} novembre 2000; c'est l'Etat actuellement connu sous le nom de «Serbie-et-Monténégro»²³.

22

1.37. Tâchant d'expliquer la contradiction évidente entre la position ainsi adoptée au cours de la présente procédure orale et la position adoptée formellement par le même Etat il y a moins d'un an, le conseil du demandeur explique que «[c]e n'est pas du tout une question de principe, c'est une modeste question d'argent» [«there was no question of principle, merely a question of money»]²⁴. 1.38. Donc, ce n'est pas un principe, c'est une modeste question d'argent. Je me permettrai de dire tout d'abord que cela n'est pas exactement conforme à la théorie de la bonne foi préconisée par le demandeur. Mais cela dit, je soutiens ensuite que ce n'est pas non plus crédible. S'il y avait eu continuité, si la RFY continuait vraiment d'assumer la personnalité de l'ex-Yougoslavie, il eut alors été parfaitement évident de soutenir que seule la RFY était tenue de verser les contributions de la «Yougoslavie» entre 1992 et 2000 et la Bosnie-Herzégovine quant à elle n'aurait rien eu à verser. Mais il est manifeste que la continuité n'était tout bonnement plus envisagée par qui que ce fût comme l'une des solutions possibles.

1.39. La même position — qui ne saurait être qu'une position de principe — a été régulièrement adoptée par la Bosnie-Herzégovine — et pas seulement quand il était question d'argent. Pour ne citer qu'un exemple parmi beaucoup d'autres²⁵, nous évoquerons encore une autre lettre commune émanant des Etats successeurs, dont la Bosnie-Herzégovine — rédigée cette fois sans la RFY puisque cette lettre est datée de 1999. Dans cette lettre, la Bosnie-Herzégovine proteste contre la notification d'une déclaration faite par la RFY conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour, en soutenant que la RFY ne peut faire de déclaration valide

²³ Voir la lettre datée du 9 août 2005 adressée au Secrétaire général adjoint à la gestion par le représentant permanent de l'ex-République yougoslave de Macédoine et les chargés d'affaire par intérim de la Bosnie-Herzégovine, de la Croatie, de la Serbie-et-Monténégro et de la Slovénie, Nations Unies, doc. A/60/140, annexe IV, p. 17-19.

²⁴ CR 2006/37, p. 24, par. 36 (Stern).

²⁵ Parmi de nombreux autres exemples de déclarations dans lesquelles la Bosnie-Herzégovine souligne que la RFY ne continuait pas d'assumer la personnalité de l'ex-Yougoslavie et n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies entre 1992 et 2000, voir, par exemple, Nations Unies, doc. A/C.5/49/49 (8 décembre 1994), A/49/853-S/1995/147 (17 février 1995), A/50/656-S/1995/876 (19 octobre 1995), A/51/564-S/1996/885 (1^{er} avril 1996), E/CN.4/1998/171 (22 avril 1998), S/1999/120 (5 février 1999), S/1999/209 (26 février 1999), S/1999/639 (3 juin 1999), A/54/L.62 (8 décembre 1999).

puisqu'elle n'est pas membre de l'Organisation des Nations Unies ni partie au Statut de la Cour. Cette fois, le contexte n'est pas celui de l'argent, il s'agit très précisément de la faculté de la RFY de comparaître devant la Cour en qualité de partie au Statut. La lettre dit ceci — et elle figure dans notre fichier d'audience, à l'onglet 2, page 1 :

«Nos gouvernements respectifs tiennent à exprimer leur désaccord avec la teneur de la notification susmentionnée. La notification ne peut avoir aucun effet juridique parce que la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) n'est pas un Etat membre de l'Organisation des Nations Unies ni un Etat partie au Statut de la Cour, qui pourrait faire une déclaration valide en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour.»²⁶

Au nom de la Bosnie-Herzégovine, cette lettre a été signée par M. l'ambassadeur Muhamed Šaćirbej — qui était à l'époque agent de la Bosnie-Herzégovine en la présente affaire.

23 1.2 On peut parallèlement évoquer l'URSS et certains autres pays ainsi que la pratique du FMI et de la Banque mondiale

1.40. Madame le président, je suis certain qu'il est d'ores et déjà bien assez clair qu'il n'y a pas eu continuité, que la RFY n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies entre 1992 et 2000. Je vais toutefois m'arrêter très brièvement sur l'argument consistant à nous proposer de prétendus parallèles entre la dissolution de l'ex-Yougoslavie et la dissolution de l'URSS et de certains autres pays.

1.41. Je dirai avant tout que ces situations parallèles — même s'il y avait vraiment correspondance — ne pourraient certes pas prouver la continuité. Elles ne sauraient prouver que la prétention à la continuité de la RFY a été acceptée, elles pourraient tout juste indiquer que la prétention aurait pu être acceptée bien qu'elle ne l'ait pas été.

1.42. Mais cette indication n'a pas même été donnée car il n'y a pas correspondance entre les situations dites parallèles. Nous prendrons exclusivement comme exemple le cas parallèle qui date de la même période. La revendication de continuité formulée par la Russie a été acceptée. C'est-à-dire que la Russie a continué d'occuper la position qu'avait l'URSS au sein des Nations Unies et au Conseil de sécurité. Mais cela eut lieu après la signature par les Etats successeurs d'un accord sans équivoque à cet égard. Dans cet accord conclu le 21 décembre 1991

²⁶ Lettre datée du 27 mai 1999 adressée au Secrétaire général par les représentants permanents de la Bosnie-Herzégovine, de la Croatie, de la Slovénie et de l'ex-République yougoslave de Macédoine auprès de l'Organisation des Nations Unies, Nations Unies, doc. A/53/992.

à Alma-Ata, les Etats successeurs de l'URSS ont déclaré expressément que : «Les Etats de la Communauté estiment que la Russie doit succéder à l'Union des Républiques socialistes soviétiques à l'Organisation des Nations Unies, y compris en tant que membre permanent du Conseil de sécurité et dans les autres organisations internationales.»²⁷ Il y a là une différence manifeste : en l'espèce, à la différence de ce qui s'est passé pour la Russie, aucun autre Etat successeur ne s'est prononcé en faveur de la prétention à la continuité émanant de la RFY.

1.43. Le demandeur soutient aussi, sans toutefois citer aucune source, que le FMI et la Banque mondiale ont considéré que les cinq Etats issus de la dissolution de l'ex-Yougoslavie étaient tous des Etats continuateurs²⁸. Cette indication a plus de pertinence parce qu'elle dit comment la RFY a été traitée au lieu de dire simplement comment elle aurait pu être traitée. Mais l'affirmation est éminemment fautive. La position adoptée en réalité par la Banque mondiale et par le FMI est parfaitement contraire : aucune des deux institutions n'a accepté la continuité. Je me permets de citer la position adoptée par le FMI :

24

«la République de Bosnie-Herzégovine, la République de Croatie et la République fédérale de Yougoslavie (Serbie/Monténégro) sont les successeurs en ce qui concerne l'actif et le passif de la RFSY... Chaque Etat successeur peut officiellement hériter de la qualité d'Etat membre de la RFSY au FMI...»²⁹ [Traduction du Greffe.]

La Banque mondiale a adopté la même position³⁰. Cette position du FMI et de la Banque mondiale n'étaye nullement le projet de continuité mais s'y oppose manifestement.

1.3. Pour quel Etat n'a-t-il pas été mis fin au statut d'Etat Membre ?

1.44. Se fondant sur la lettre du conseiller juridique en date du 29 septembre 1992, le demandeur dit que, puisque la résolution 47/1 de l'Assemblée générale n'a prononcé ni une suspension ni une exclusion, la RFY est restée Membre de l'Organisation des Nations Unies³¹. Cet argument ne peut évidemment être valable que si, par hypothèse, l'Etat dont l'appartenance à

²⁷ Accord conclu entre les anciennes républiques soviétiques, reproduit dans Nations Unies, doc. A/47/60-S/23329 (30 décembre 1991), annexe V, p. 8; figure aussi dans *ILM*, vol. 31, p. 151.

²⁸ CR 2006/37, p. 27, par. 45 (Stern).

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Voir Banque mondiale, il est mis fin au statut de membre de la République fédérative socialiste de Yougoslavie et il y a succession; voir la résolution n° 93-2 du conseil d'administration (25 février 1993); voir également le communiqué de presse de la Banque mondiale n° 93/S43 (26 février 1993), et le communiqué de presse de la Banque mondiale n° 2001/324/ECA.

³¹ CR 2006/37, p. 17, par. 17 (Stern).

l'Organisation n'a pas pris fin et n'a pas non plus été suspendue est la RFY et non l'ex-Yougoslavie. Nous allons démontrer qu'il s'agit d'une fausse hypothèse. Le demandeur soutient aussi — encore qu'il ne soit pas question de suspension dans la résolution 47/1 — que l'article 5 de la Charte qui régleme la suspension d'un Etat a néanmoins été appliqué et, la suspension étant dès lors en cause, la RFY était nécessairement Membre de l'Organisation³². Il n'y a pas seulement là une contradiction évidente avec la lettre du conseiller juridique datée du 29 septembre 1992 qui dit expressément que la résolution 47/1 n'a *pas* été adoptée en application de l'article 5 ni de l'article 6 de la Charte³³, mais c'est aussi très clairement une pétition de principe. Au lieu de tenter de prouver que la RFY était Membre de l'Organisation des Nations Unies et a été suspendue, le demandeur prétend simplement que l'article 5 a été appliqué à l'égard de la RFY et cette allégation est censée être la preuve que la RFY était Membre de l'Organisation des Nations Unies.

25

1.45. Ces questions nous ramènent à la résolution 47/1 et à la lettre du conseiller juridique des Nations Unies en date du 29 septembre 1992. Madame le président, la résolution 47/1 ne reconnaît manifestement aucun droit ni aucun statut à la RFY. Cette lettre ne contient aucune phrase ni partie de phrase ni allusion de nature à accorder à la RFY de quelconques droits d'Etat Membre. Dans toutes ses dispositions, la résolution rejette la prétention de la RFY. Celle-ci n'a motivé sa prétention à être un Etat Membre des Nations Unies que par une seule revendication, celle de la continuité. L'Assemblée générale a rejeté cette prétention en disant que la RFY «ne peut pas assumer automatiquement la qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies à la place de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie». L'Assemblée générale a décidé que la RFY «devrait présenter une demande d'admission à l'Organisation» comme l'avaient fait d'autres Etats successeurs de la RFSY³⁴. Un rejet exprimé expressément ne peut tout simplement pas indiquer qu'il y a implicitement acceptation.

1.46. Peut-être peut-on dire qu'il n'était pas indispensable de signaler dans la résolution 47/1 que la RFY ne participerait pas aux travaux de l'Assemblée générale. Tel eut été le cas de toute

³² *Ibid.*, p. 16, par. 14 (Stern).

³³ La lettre dit très précisément : «Cela explique que la résolution 47/1 n'ait pas été adoptée en application de l'article 5 (suspension) ni de l'article 6 (exclusion) de la Charte.» (Nations Unies, doc. A/47/485.)

³⁴ Nations Unies, doc. A/RES/47/1 (22 septembre 1992).

façon à la suite du rejet de la prétention de la RFY à la qualité d'Etat Membre et à l'exercice des droits correspondants et à la suite de l'instruction donnée à la RFY de faire une demande d'admission si elle voulait devenir Membre de l'Organisation. Mais l'on ne peut certainement pas déduire la moindre acceptation ni les moindres droits du simple fait qu'en sus d'un rejet de caractère *général* il était ajouté au texte de la résolution un rejet d'ordre *particulier* qui était inutile. En effet, l'Assemblée générale a refusé à l'Etat la possibilité d'exercer les droits liés à la qualité d'Etat Membre et a ajouté à ce refus de caractère général le refus particulier d'exercer le droit de participer à ses travaux. Il peut y avoir eu là excès de prudence, ou bien, peut-être, à ce moment-là, devant l'Assemblée générale, la participation à ses travaux représentait-elle la question la plus directe et la plus imminente.

1.47. Madame le président, je n'entends pas du tout prouver que toutes les mesures adoptées par les autorités et les fonctionnaires de l'ONU au sujet du problème yougoslave ont été opportunes et témoignent de cohérence logique. On estime généralement que ce ne fut pas le cas mais cela n'est pas non plus pertinent. Ce qu'il faut retenir, c'est que certaines mesures tardives ou floues n'ont tout bonnement pas fait de la RFY un Etat Membre de l'ONU et ne pouvaient pas non plus le faire. L'énoncé de la résolution 47/1 témoigne effectivement d'un excès de logique. Il eut été parfaitement suffisant de dire que la RFY ne continuait pas d'assumer la personnalité de l'ex-Yougoslavie et devait donc présenter une demande d'admission si elle voulait être Membre de l'Organisation. Il n'était pas indispensable d'explicitier certaines conséquences particulières de cette décision. Mais je le répète, l'excès en question a peut-être brouillé l'image mais il ne saurait avoir fait de la RFY un Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies.

26

1.48. Madame le président, en ce qui concerne l'appellation «Yougoslavie», comme, selon les termes mêmes du conseiller juridique, la résolution «ne met pas fin à l'appartenance de la Yougoslavie à l'Organisation et ne la suspend pas», l'emploi de ce nom ne visait pas et ne pouvait pas viser la RFY. Cette conclusion est simplement logique : elle procède de l'énoncé de la lettre du conseiller juridique et, point particulièrement important, elle procède de précisions données expressément par les autorités compétentes des Nations Unies.

1.49. Il convient d'observer avant tout que le conseiller juridique ne peut pas avoir évoqué la qualité d'Etat Membre de la RFY quand il a dit qu'il n'était pas mis fin à l'appartenance de l'Etat

en question et que cette appartenance n'était pas non plus suspendue. L'on ne peut tout bonnement pas mettre fin à l'appartenance d'un Etat ou la suspendre, ni même envisager de mettre fin à cette appartenance ou la suspendre s'agissant d'un Etat qui a simplement prétendu être Etat Membre de l'Organisation sous l'effet de la continuité — prétention qui a été purement et simplement rejetée.

1.50. C'est l'appartenance à l'Organisation de la RFSY, *l'ex-Yougoslavie*, à laquelle il n'a pas été officiellement mis fin et qui n'a pas non plus été suspendue. S'il en fut ainsi, c'est que la situation résultant de la désintégration de cet Etat ne s'inscrivait dans aucun des schémas prévus par la Charte. Il était clair que la RFY n'était pas devenue automatiquement Membre de l'Organisation mais la question se posait de savoir si l'on pouvait estimer que l'appartenance d'un Membre originel de l'Organisation était éteinte en l'absence d'accord entre les successeurs et sans qu'il soit fait appel aux procédures d'expulsion ou de suspension.

1.51. L'ex-Yougoslavie était un Membre originel de l'Organisation et ni le Conseil de sécurité ni l'Assemblée générale n'a pris de décision tendant à mettre officiellement fin à cette qualité d'Etat Membre. Expliquant la situation qui en résulte, Matthew Craven en déduit que l'ex-Yougoslavie n'a pas été expulsée ni suspendue parce qu'aucune disposition de la Charte ne visait la situation qui était en train de se créer³⁵. Cette situation plutôt atypique consistant à laisser subsister des droits résiduels d'appartenance à l'Organisation de l'ex-Yougoslavie a duré jusqu'au moment où les Etats successeurs ont adopté ensemble une position commune.

1.52. Ce qui est également important dans la lettre du conseiller juridique datée du 29 septembre 1992, c'est que, bien qu'elle emploie l'appellation malheureusement vague de «Yougoslavie», elle donne aussi des indications sur l'entité qui porte ce nom. Le conseiller juridique a identifié le drapeau du pays pour lequel il n'a pas été mis fin à l'appartenance à l'Organisation et dont l'appartenance n'a pas été non plus suspendue. Le conseiller juridique a

³⁵ Craven dit ceci : «L'entité connue sous le nom de «Yougoslavie» ... n'a pas été officiellement expulsée ni suspendue de l'Organisation et figure toujours sur la liste des parties à la Charte des Nations Unies, ce qu'elle est sans interruption depuis 1945.» [*Traduction du Greffe.*] (M. Craven, «The Genocide Case, The Law of Treaties and State Succession», 68 *British Yearbook of International Law* (1998), p. 133.) Il est ajouté une note de bas de page explicative à la phrase suivante : «L'explication est peut-être que la Charte n'envisage de tels cas d'extinction.» (*Op. cit.*, note 38.)

indiqué clairement qu'il s'agissait du drapeau de l'ex-Yougoslavie. Le conseiller juridique a expliqué que ce drapeau que l'on continue de hisser est «le drapeau de l'ancienne Yougoslavie, car c'est le dernier drapeau de la Yougoslavie que le Secrétariat ait connu».

27

1.53. Nous dirons encore que l'appellation «Yougoslavie» est demeurée classiquement sans explication de la part des autorités compétentes de l'Organisation des Nations Unies mais, quand une explication a *bel et bien* été donnée, il fut précisé que la «Yougoslavie» correspond à l'ex-Yougoslavie. Par exemple, dans l'édition de 1998 du *Yearbook of the United Nations (Annuaire des Nations Unies)* il est publié une liste officielle des Etats Membres parmi lesquels figure la «Yougoslavie» et il est expliqué clairement et simplement que ce nom «[d]ésigne l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie»³⁶ [traduction du Greffe].

1.54. Permettez-moi pour finir de souligner qu'aujourd'hui, il n'y a plus d'ambiguïté. Dans sa version actuelle, le recueil des *Informations de nature historique sur les traités déposés auprès du Secrétaire général* précise clairement et expressément que la «Yougoslavie» dont le conseiller juridique faisait état dans sa lettre du 29 septembre 1992 était l'ex-Yougoslavie. La précision ne figurait pas dans la lettre initiale mais il est indiqué désormais ceci : «Le conseiller juridique, toutefois, a été d'avis que la résolution de l'Assemblée générale ne mettait pas fin à l'appartenance de l'ex-Yougoslavie à l'Organisation et qu'elle ne la suspendait pas.»³⁷

2. La RFY n'est devenue Membre de l'Organisation des Nations Unies que le 1^{er} novembre 2000

1.55. Madame le président, Messieurs de la Cour, les deux Parties sont l'une et l'autre d'avis que la position de la RFY et les réactions des autorités de l'ONU ont, entre 1992 et 2000, manqué de clarté et ont fait preuve d'équivoque. On a fait appel à des sources contradictoires. Mais on ne saurait acquérir la qualité d'Etat Membre au moyen de sources contradictoires. Le fait demeure en tout cas que la revendication de continuité formulée par la RFY a été rejetée. La RFY ne pouvait donc être devenue Membre de l'Organisation des Nations Unies qu'à la suite d'une demande

³⁶ *Yearbook of the United Nations 1998*, p. 1420, note 9.

³⁷ *Informations de nature historique*, <http://untreaty.un.org/FRENCH/bible/frenchinternetbible/historicalinfo.asp> — sous l'intitulé «ex-Yougoslavie»; les italiques sont de nous.

d'admission en tant que nouveau Membre — et c'est là ce qui s'est *bel et bien* produit finalement. Il est vrai que l'on discerne mieux ces faits aujourd'hui que ce n'était le cas en 1993 ou en 1996. Mais les faits n'ont pas changé. Ils ont simplement été éclaircis.

1.56. Comme la clarté faisait défaut, il est possible qu'ait existé une situation *sui generis*, mais cela ne correspondait pas et ne pouvait correspondre à la qualité d'Etat Membre. Mme Stern cite en l'approuvant une importante qualification énoncée dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*³⁸. Et je cite à présent exactement l'extrait cité par Mme Stern :

28

«Il convient de préciser que la locution «*sui generis*» employée par la Cour pour qualifier la situation de la République fédérale de Yougoslavie dans la période allant de 1992 à 2000 n'est pas une expression normative, dont découleraient certaines conséquences juridiques bien définies, mais une expression descriptive...» (Affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique), exceptions préliminaires*, arrêt, 15 décembre 2004, par. 74.)

1.57. L'indication est vraie et elle est exacte. La qualification *sui generis* ne prescrit pas d'accorder un statut juridique particulier. Il n'existe pas de position intermédiaire entre la qualité d'Etat Membre et le fait de n'être pas un Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies. Cette qualification de la position de la RFY entre 1992 et 2000 quand on dit qu'il s'agit d'une position *sui generis* est d'ordre descriptif et non normatif. Je me permets de citer à nouveau : ce «n'est pas une expression ... dont découleraient certaines conséquences juridiques bien définies mais une expression descriptive renvoyant au caractère indéterminé de la situation dans laquelle s'est trouvée la République fédérale de Yougoslavie au cours de cette période» (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique), exceptions préliminaires*, arrêt, 15 décembre 2004, par. 74).

1.58. Madame le président, la RFY n'a *pas* continué d'assumer la personnalité de l'ex-Yougoslavie ni sa qualité d'Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies. Elle est devenue un nouvel Etat Membre de l'Organisation le 1^{er} novembre 2000. J'estime que c'est désormais évident. Il est évident aussi que la RFY est devenue un nouveau Membre de l'Organisation sans qu'il y ait la moindre allusion ni suggestion relative à une éventuelle appartenance antérieure à la même organisation. Bien au contraire, toutes les démarches

³⁸ CR 2006/37, p. 12, par. 5 (Stern).

accomplies au cours de la procédure d'admission en tant que nouveau Membre de l'ONU *excluaient* très clairement que, par hypothèse, la RFY ait pu avoir précédemment le statut d'Etat Membre.

1.59. La procédure d'admission ne conserve aucune trace ni ne présente aucune allusion relative à une appartenance antérieure ni à une position de quasi-appartenance à l'Organisation. Le président Koštunica ne reconnaît nullement l'existence d'une telle situation, ne fait nullement allusion à ladite situation dans la lettre par laquelle il demande l'admission de la RFY à l'ONU³⁹. Il n'y a plus reconnaissance de l'existence d'une telle situation ni allusion à l'existence d'une telle situation dans la procédure suivie ni dans les résolutions auxquelles a abouti la procédure d'admission.

1.60. Le président Koštunica ne fait état d'aucun statut spécial de la RFY ni des droits que celle-ci posséderait. Il appuie sa demande sur la résolution 777 du Conseil de sécurité dans laquelle il est indiqué que la RFY ne peut pas assumer automatiquement la qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies à la place de l'ex-Yougoslavie et dans laquelle il est recommandé à l'Assemblée générale de décider que la RFY doit présenter une demande d'admission à l'Organisation⁴⁰.

29

1.61. Il s'est agi tout simplement, sans équivoque, de l'admission d'un nouveau Membre. On n'a fait l'économie d'aucunes des démarches à suivre pour l'admission de nouveaux Membres. La procédure fut exactement la même que la procédure d'admission de la Bosnie-Herzégovine. Je me permets de préciser que cette admission a eu lieu au titre du point 19 de l'ordre du jour qui portait l'intitulé suivant : «Admission de nouveaux Membres à l'Organisation des

³⁹ Voir la demande d'admission de la République fédérale de Yougoslavie à l'Organisation des Nations Unies, Nations Unies, doc. A/55/528 S/2000/1043.

⁴⁰ Voir la demande d'admission de la République fédérale de Yougoslavie citée dans la note précédente. Dans sa lettre, le président Koštunica fait état de l'article 134 du règlement intérieur de l'Assemblée générale et de l'article 58 du règlement intérieur provisoire du Conseil de sécurité. Les deux articles en question se trouvent dans les chapitres relevant de l'«admission de nouveaux Membres». Voir le chapitre X du règlement intérieur provisoire du Conseil de sécurité et le chapitre XIV du règlement intérieur de l'Assemblée générale.

Nations Unies»⁴¹. A la suite de l'admission, la liste officielle des Etats Membres publiée par l'Organisation des Nations Unies indique de façon absolument lumineuse que la RFY, désormais la Serbie-et-Monténégro, est Membre de l'Organisation depuis le 1^{er} novembre 2000⁴².

1.62. Madame le président, Messieurs les juges, le défendeur est devenu un nouveau Membre de l'Organisation des Nations Unies le 1^{er} novembre 2000. Ce n'était pas un Etat membre auparavant, il ne continuait pas à assumer la personnalité ni la qualité d'Etat Membre de l'ex-Yougoslavie. Il y eut cinq Etats successeurs égaux. Il se peut que les autorités et les fonctionnaires de l'Organisation des Nations Unies aient adopté des mesures imprécises et ambiguës, il y eut des controverses, mais ces mesures ou ces controverses ne pouvaient faire de la RFY un Etat Membre de l'Organisation. Une situation *sui generis* a pu se créer mais, comme l'a souligné la Cour, «[la RFY] a ainsi le statut de Membre de l'Organisation des Nations Unies depuis le 1^{er} novembre 2000 ... il est apparu clairement que la situation *sui generis* [de la RFY] ne pouvait être regardée comme équivalant à la qualité de Membre de l'Organisation» (*Licéité de l'emploi de la force, op. cit.*, par. 78).

1.63. Votre Cour éminente, l'Assemblée générale, le Conseil de sécurité, le Secrétaire général des Nations Unies ont précisé que la RFY n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies avant d'y être admise en qualité de nouveau Membre le 1^{er} novembre 2000. Il n'y eut pas de continuité. C'est là ce qu'en dehors de la présente affaire, le demandeur lui-même dit avec force, systématiquement. C'est ce qu'il n'est plus possible de nier. Comme il n'y eut pas de continuité et comme la RFY est devenue un nouvel Etat Membre le 1^{er} novembre 2000, la RFY ne saurait avoir été partie au Statut en 1993, ne saurait être demeurée liée par la convention sur le génocide et ne saurait être devenue liée par la convention avant le 1^{er} novembre 2000.

30

Madame le président, je vous remercie beaucoup de votre attention et vous prie de bien vouloir donner à présent la parole à M. Zimmerman. Merci.

Le PRESIDENT : Merci, Monsieur Varady. J'appelle à la barre M. Zimmerman.

⁴¹ Nations Unies, doc. A/55/PV.48; il s'agit du procès-verbal de la quarante-huitième séance plénière de l'Assemblée générale tenue le 1^{er} novembre 2000, p. 26.

⁴² La liste des Etats Membres, à l'adresse suivante : www.un.org/Overview/unmember.html, donne l'état de la question au 6 mai 2006.

M. ZIMMERMAN : Je vous remercie, Madame le président.

M. ZIMMERMANN : Merci, Madame le président.

2. LA BONNE FOI

2.1. Madame le président, Messieurs de la Cour,

Après l'examen des questions relatives à la qualité de Membre de l'ONU, nous allons maintenant répondre aux arguments du demandeur fondés sur la bonne foi. Permettez-moi de commencer par quelques remarques d'ordre général.

A. Observations générales sur les arguments du demandeur concernant la bonne foi

2.2. Dans leurs plaidoiries du 21 avril, les conseils du demandeur, en particulier M. Thomas Franck, ont expliqué longuement pourquoi le défendeur ne devrait pas pouvoir, à ce stade de la procédure, soulever d'exceptions fondées sur l'accès à la Cour et sur la compétence. Leur argument fondamental — invoqué si souvent que le coagent du demandeur l'aurait certainement qualifié de «mantra» — est celui de la bonne foi. Cet argument a pris la forme de différents concepts juridiques, qui ont été maniés de façon presque interchangeable : pendant les deux tours de plaidoiries, les conseils du demandeur ont ainsi soutenu notamment que la «Yougoslavie» — le terme étant apparemment utilisé avec un manque de précision voulu — avait «créé une situation d'*estoppel* peut-être»⁴³, qu'elle avait violé le principe de la bonne foi⁴⁴, qu'elle avait créé «une sorte de *forum prorogatum*», que la Serbie-et-Monténégro s'était mise «en situation d'*estoppel*»⁴⁵, que la Cour devrait recourir à «la doctrine de l'*estoppel* équitable et à l'obligation de bonne foi»⁴⁶, que le défendeur avait «acquiescé» à l'exercice par la Cour de sa compétence⁴⁷ ou que son comportement pouvait entraîner une «préclusion» ou une «forclusion»⁴⁸, qu'il constituait

31

⁴³ CR 2006/3, par. 19 (Pellet).

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ CR 2006/35, par. 21 (Pellet).

⁴⁶ CR 2006/36, par. 3 (Franck).

⁴⁷ *Ibid.*, par. 12 et 17 (Franck).

⁴⁸ *Ibid.*, par. 23 (Franck).

un «consentement tacite» à la compétence de la Cour ou encore un «abandon» de droits⁴⁹. Dans la même veine, les conseils de notre adversaire ont aussi soutenu que les principes *venire contra factum proprium non potest, allegans contraria non audiendus est* et *nullus commodum capere de sua injuria propria* devraient s'appliquer à l'espèce⁵⁰.

2.3. Il est intéressant de relever que, tout en présentant à la Cour un véritable arsenal de concepts juridiques, les conseils du demandeur ont dit fort peu de chose sur les conditions de leur application. Qui plus est, M. Franck a paru soutenir que les «considérations de bonne foi» (que ce soit dans le cadre de l'acquiescement, de l'*estoppel* ou d'un autre mécanisme) interdisaient au défendeur non seulement d'élever des objections contre la compétence en vertu de l'article IX de la convention sur le génocide, mais aussi d'avancer des arguments concernant la question de l'accès à la Cour. Cette façon de voir est bien sûr conforme à la ligne de conduite générale du demandeur, qui consiste à amalgamer les questions d'accès et de juridiction en une question de «compétence», mais elle n'est manifestement pas conforme à votre jurisprudence.

2.4. Pour résumer, les conseils du demandeur voudraient tirer de la bonne foi des conséquences extrêmement étendues, mais sans jamais dire à la Cour quels sont précisément les critères juridiques qui doivent être remplis pour que la notion même de bonne foi puisse s'appliquer. Illustrant cette approche plutôt cavalière à l'égard des notions juridiques, M. Franck a surtout insisté sur la nature des moyens articulés par le défendeur, auxquels il a reproché d'être des «subtilités juridiques» ou des «stratagèmes pour échapper au droit»⁵¹. Cette attitude cependant ne tient pas compte de la position de la Cour, qui a bien précisé dans sa correspondance avec les Parties dans la présente affaire qu'elles ont le droit de soulever des questions de compétence à ce stade si elles le souhaitent.

2.5. Madame le président, c'est sur cette base que je vais maintenant vous présenter un certain nombre de raisons pour lesquelles les arguments relatifs à la bonne foi avancés par le demandeur ne devraient pas être retenus. Ce faisant, je vais m'efforcer d'examiner les différents critères juridiques qui s'appliquent aux arguments fondés sur la bonne foi. Cela signifie aussi que

⁴⁹ *Ibid.*, par. 25 (Franck).

⁵⁰ CR 2006/37, par. 15 et 36 (Pellet).

⁵¹ Voir CR 2006/35, p. 52, par. 11-12 et CR 2006/36, p. 31, par. 21 (Franck).

32 je vais aborder la question en m'appuyant sur votre jurisprudence, dans laquelle vous avez fréquemment et clairement indiqué que des notions comme l'*estoppel*, l'acquiescement, etc., supposent la réalisation de certaines conditions juridiques précises. Comme je vais le démontrer, trois au moins de ces conditions ne sont pas réunies en l'espèce :

2.6. *Premièrement*, les notions d'acquiescement, d'*estoppel* ou de préclusion ne s'appliquent que dans les relations interétatiques et à l'égard de droits et obligations subjectifs des Etats concernés. Elles ne s'appliquent donc pas aux exigences objectives du Statut, dont les parties ne sont pas maîtresses.

2.7. *Deuxièmement*, l'acquiescement, l'*estoppel* et autres notions apparentées supposent soit un comportement clair et dépourvu d'ambiguïté de la part de l'Etat qui est prétendu avoir perdu son droit, soit une situation claire et dépourvue d'ambiguïté dans laquelle on pouvait raisonnablement s'attendre à ce que cet Etat exerce son droit.

2.8. *Troisièmement*, l'*estoppel*, l'acquiescement etc. supposent que l'autre Etat (celui qui plaide l'*estoppel* ou l'acquiescement) s'est fondé sur la conviction que le droit en question ne serait plus invoqué.

2.9. Comme je vais le montrer, *aucun* de ces trois éléments n'est présent en l'espèce. Le demandeur n'est donc pas fondé à invoquer des notions générales de bonne foi — acquiescement, *estoppel* ou autre — et sa thèse est donc vouée à l'échec. Avant d'examiner ces questions l'une après l'autre, je voudrais encore faire deux brèves observations. Toutes deux concernent les liens entre les différents arguments avancés et elles annonceront l'analyse qui va suivre.

2.10. D'abord, je tiens à souligner que les arguments que nous opposons aux plaidoiries du demandeur sur la bonne foi sont des arguments *alternatifs*. Bien que je soumette à votre attention trois considérations, je précise que chacune d'entre elles suffit à réfuter la thèse du demandeur. Ayant invoqué la notion générale de la bonne foi, le demandeur doit établir que *toutes* les conditions nécessaires à son application sont remplies en l'espèce. A mon avis, *aucune* de ces conditions n'est remplie, mais il suffirait évidemment qu'une seule d'entre elles ne le soit pas pour faire échouer l'argumentation du demandeur.

2.11. En outre, il n'est pas inutile de répéter que nos arguments sur l'accès à la Cour et la compétence sont aussi des arguments alternatifs. Comme je l'ai dit, plusieurs conseils du

33 demandeur, dans leurs plaidoiries, ont souvent paru faire un amalgame entre la question de l'accès à la Cour et celle de la compétence. Mais ces deux questions ne se confondent, comme vous l'avez parfaitement exprimé dans vos arrêts de 2004 sur la *Licéité de l'emploi de la force*, en particulier par la formule suivante : «seuls les Etats auxquels la Cour est ouverte peuvent lui conférer compétence»⁵².

2.12. Madame le président, Messieurs les juges, j'espère que vous me pardonnerez ces observations sur des points passablement évidents. Cependant, il me paraît nécessaire de faire ces observations sur l'application très lâche que le demandeur voudrait faire de notions juridiques générales — notions qui produisent des conséquences juridiques étendues mais ne sont apparemment pas régies par des critères juridiques précis.

2.13. Permettez-moi de commencer par des remarques plus concrètes visant à répondre à l'argument du demandeur fondé sur la bonne foi. La première remarque est que les notions d'*estoppel* et d'acquiescement ne sont tout simplement pas applicables s'agissant de l'accès à la Cour.

B. L'*estoppel* et l'acquiescement ne sont pas applicables s'agissant de l'accès à la Cour

2.14. En essence, mon argument est le suivant : un Etat ne peut acquiescer à la perte d'un droit ou être empêché par *estoppel* de l'invoquer, qu'à l'égard d'un autre Etat ou d'autres Etats. L'acquiescement et l'*estoppel* supposent une relation juridique entre acteurs du droit international. Dans l'opinion individuelle qu'il a jointe à l'arrêt rendu dans l'affaire du *Temple de Préah Vihear*, opinion dont le demandeur a fait tant de cas, le juge Alfaro l'a montré très clairement en citant l'exemple par excellence, celui des traités bilatéraux⁵³, et dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, une chambre de la Cour a relevé le caractère essentiellement bilatéral de l'*estoppel* en le décrivant comme : «une déclaration qu'une partie a faite à une autre partie ou une position qu'elle a prise envers elle et le fait que cette autre partie s'appuie sur cette déclaration ou position à son détriment ou à l'avantage de la partie qui l'a faite ou prise»⁵⁴.

⁵² Affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, par. 46.

⁵³ *C.I.J. Recueil 1962*, p. 42.

⁵⁴ *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras), requête à fin d'intervention, arrêt, C.I.J. Recueil 1990*, p. 118, par. 63.

34

2.15. De manière plus générale, ce n'est sûrement pas une coïncidence si les arguments fondés sur l'acquiescement ou l'*estoppel* sont généralement invoqués devant les cours et tribunaux internationaux dans des affaires portant sur des différends territoriaux ou des différends frontaliers. Ce que ces différends ont en commun, c'est que le droit contesté (à la perte duquel un Etat a pu acquiescer ou que l'*estoppel* peut lui interdire d'invoquer) est susceptible de négociation entre les parties. Les parties ont sans aucun doute le pouvoir de s'entendre sur le tracé de leur frontière ou le statut territorial d'un territoire terrestre contesté.

2.16. Mais ces considérations ne valent pas pour le droit qui est en cause ici, le droit d'exciper du défaut d'accès à la Cour. Les conditions légales de l'accès ne sont absolument pas soumises aux règles qui s'appliquent à l'*estoppel* ou à l'acquiescement, puisque les parties n'en sont pas maîtresses. L'accès à la Cour ne relève pas de la libre appréciation des parties. Il concerne exclusivement la relation entre un Etat (en l'espèce, le défendeur) et la Cour.

2.17. Alors que l'acquiescement et l'*estoppel* concernent des éléments juridiques *subjectifs*, l'accès est une condition *subjective* — un critère dont le respect doit être apprécié exclusivement par la Cour, gardienne de son Statut.

2.18. Madame le président, Messieurs de la Cour, dès le premier tour de plaidoiries, mon collègue et ami Vladimir Djeric a passé en revue votre jurisprudence sur la question de l'accès à la Cour. Je ne vais pas répéter ce qu'il a dit, ni entrer dans le détail de votre jurisprudence. Je voudrais simplement redire que celle-ci établit clairement que l'accès à la Cour est la première condition à remplir pour ester devant elle, condition à laquelle tout Etat qui comparaît devant la Cour doit nécessairement satisfaire au moment pertinent.

2.19. Dans sa plaidoirie, M. Djeric a aussi analysé les conditions minimales de l'accès à la Cour, qui sont énoncées à l'article 93 de la Charte des Nations Unies et aux articles 34 et 35 du Statut de la Cour; il a montré que la Cour a déjà décidé que le défendeur ne répond pas à ces conditions minimales en ce qui concerne les instances introduites avant son admission à l'Organisation des Nations Unies en 2000.

2.20. Les conseils du demandeur affirment que le défendeur ne peut plus aujourd'hui plaider le défaut d'accès. Ce faisant, ils oublient la distinction fondamentale entre, d'une part, des

éléments juridiques subjectifs donnant prise à l'acquiescement ou à l'*estoppel* et, d'autre part, des conditions objectives applicables aux instances opposant des Etats, dont le respect ne peut être apprécié que par la Cour et auxquelles l'acquiescement et l'*estoppel* ne s'appliquent donc pas.

35

2.21. Madame le président, permettez-moi de développer un peu cette distinction cruciale. C'est une distinction largement admise par les auteurs qui ont étudié les règles de pratique et la procédure de la Cour. Je n'ai pas l'intention de me livrer à une analyse exhaustive de la doctrine sur ce point, mais j'aimerais appeler votre attention sur deux observations très pertinentes. La première est celle de Georg Schwarzenberger, qui a dit en termes tout à fait clairs que : «si une partie à un différend est un Etat qui n'a pas accès à la Cour, cela suffit à empêcher que celle-ci se penche sur l'affaire»⁵⁵.

2.22. La distinction entre facteurs subjectifs pouvant être modifiés par le comportement des parties et facteurs objectifs auxquels l'acquiescement et l'*estoppel* ne s'appliquent jamais a également été reprise par M. Thirlway. Au sujet du *forum prorogatum*, comportement d'une partie qui, comme l'acquiescement, est considéré comme établissant le consentement, celui-ci écrit :

«La règle du *forum prorogatum* ne peut servir qu'à fournir l'élément d'un accord sur lequel se fondera la compétence; elle ne saurait par conséquent pas remédier à un défaut de compétence ou à un vice de procédure qui ne peuvent pas être résolus par accord entre les parties — par exemple le cas dans lequel un Etat n'est pas partie au Statut.»⁵⁶

2.23. Mais il y a surtout, bien sûr, votre propre jurisprudence en la matière. En fait, dans les arrêts que vous avez rendus en 2004 dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, vous avez précisé sans équivoque qu'il appartient à la Cour, et non pas aux parties, de trancher la question de savoir si la Cour est ouverte ou non à un Etat donné. Je cite :

«La question qui se pose est celle de savoir si, *en droit*, au moment où elle a introduit les présentes instances, la Serbie-et-Monténégro était habilitée à saisir la Cour en tant que partie au Statut. Cette question étant indépendante des vues ou des souhaits des Parties, la Cour ne serait pas, quand bien même les Parties partageraient à présent le même point de vue à cet égard, tenue pour autant de considérer ce dernier comme nécessairement exact. Ainsi la Cour se doit-elle d'examiner la question pour

⁵⁵ G. Schwarzenberger, *International Law as applied by international courts and tribunals*, vol. IV, p. 434.

⁵⁶ H. Thirlway, «The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989», *British Yearbook of International Law* 1998, 1, p. 27.

tirer ses propres conclusions indépendamment du consentement des parties, ce qui n'est en aucun cas incompatible avec le principe selon lequel la compétence de la Cour est subordonnée à un tel consentement.»⁵⁷

2.24. C'est donc *ex officio* que la Cour peut et doit examiner si le défendeur pouvait valablement être attrait devant elle en l'espèce. Les arguments tirés des notions d'acquiescement, d'*estoppel* ou de *forum prorogatum*, mêmes si les conditions d'application de ces notions étaient par ailleurs remplies, ce qui n'est pas le cas, sont inapplicables et elles ne peuvent en particulier dispenser la Cour d'examiner la question.

36

2.25. Madame le président, permettez-moi d'avancer encore deux arguments à l'appui de cette conclusion. Le premier est une simple comparaison, visant à souligner l'importance de la distinction fondamentale qu'il faut établir entre des éléments juridiques subjectifs donnant prise à l'acquiescement ou à l'*estoppel* et les conditions objectives applicables aux instances entre Etats, qui échappent à la compétence des parties.

2.26. Si nous supposons un moment que les parties puissent décider de l'accès à la Cour par *estoppel*, acquiescement ou tout autre comportement, quelles en seraient les conséquences ? Il nous faudrait alors accepter l'idée que, au même titre que les conditions d'accès, les autres conditions objectives pourraient être déterminées par les parties. Si nous examinons les dispositions énonçant les conditions objectives auxquelles un Etat doit satisfaire pour ester devant la Cour, c'est-à-dire l'article 93 de la Charte et les articles 34 et 35 du Statut, nous lisons par exemple au paragraphe 1 de l'article 34 que la Cour n'est ouverte qu'aux Etats. Cette condition pourrait-elle être aussi laissée à l'appréciation des parties ? Deux entités sous-étatiques, ou deux groupes, pourraient-ils décider qu'ils se considèrent mutuellement comme des Etats au sens de l'article 34 du Statut de la Cour et porter leur différend devant vous, ici même ? Je pense que l'on peut sans risque supposer que non.

2.27. Prenons un autre exemple : les Etats pourraient-ils s'entendre pour donner à l'expression «traités en vigueur» un sens particulier et porter une affaire devant la Cour sur la base du paragraphe 2 de l'article 35 de son Statut ?

⁵⁷ Affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, arrêt du 15 décembre 2004, par. 36; les italiques sont dans l'original.

2.28. Ces questions peuvent paraître, à première vue, bien tirées par les cheveux et elles appellent évidemment une réponse négative. Je crois cependant qu'elles montrent parfaitement qu'il existe certaines conditions applicables aux instances devant la Cour, qui sont des conditions objectives sur lesquelles le comportement des parties ne peut pas avoir d'effet — quel que puisse être ce comportement. Parmi ces conditions objectives qui doivent être remplies figure, comme vous l'avez précisé, celle de l'accès à la Cour.

2.29. Madame le président, Messieurs les juges, un second argument justifie la distinction entre facteurs objectifs et facteurs subjectifs. Je pourrais le développer maintenant, ou nous pouvons faire une pause si vous le voulez, Madame le président.

Le PRESIDENT : Vous pourriez poursuivre un petit moment ?

37 M. ZIMMERMANN : Merci. Comme je l'ai dit, il y a un second argument justifiant la distinction entre facteurs objectifs et facteurs subjectifs, et cet argument a trait à la structure organique de l'Organisation des Nations Unies. L'un des thèmes récurrents dans la présente affaire est celui de la relation étroite entre la question de l'appartenance à l'Organisation des Nations Unies et le droit d'ester devant la Cour, «organe judiciaire principal» de l'Organisation⁵⁸. La Charte prévoit bien sûr un partage des pouvoirs et compétences entre ses organes principaux, mais elle ne le fait pas toujours de manière claire et nette. Elle est cependant parfaitement claire sur un point : dans ses articles 4 à 6, elle confie les décisions concernant le statut de Membre, y compris l'admission à l'Organisation, à deux de ses organes principaux, le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale. La Cour l'a souligné dans son avis consultatif sur les *Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies*. Dans cet avis du 28 mai 1948, après avoir relevé les conditions matérielles de l'admission prévues par le paragraphe 1 de l'article 4 de la Charte, vous avez ajouté : «Toutes ces conditions sont soumises au jugement de l'Organisation» et «[l]e jugement de l'Organisation signifie le jugement des deux organes mentionnés dans le paragraphe 2 de l'article 4»⁵⁹ — c'est-à-dire l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité.

⁵⁸ Voir l'article 2 de la Charte des Nations Unies.

⁵⁹ *C.I.J. Recueil 1948*, p. 62.

2.30. Dans notre affaire, où la question du statut de Membre est si importante, il ne faut pas perdre de vue le rôle de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité, ni les relations existant entre les différents organes des Nations Unies. Comme l'a dit le juge Lachs en 1992, si les différents organes principaux de l'Organisation des Nations Unies ont tous leur rôle particulier à jouer, il faut qu'ils agissent «dans l'harmonie — bien que pas, évidemment, de concert — et que chacun d'entre eux s'acquitte de ses fonctions concernant une situation ou un différend dont divers aspects figurent à l'ordre du jour de chacun d'entre eux sans porter préjudice à l'exercice des pouvoirs de l'autre» (*Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni), mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, C.I.J. Recueil 1992, p. 27, opinion individuelle du juge Lachs*).

2.31. Certes, le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale étaient en partie responsables de ce que vous avez appelé «la situation juridique ... indéterminée ... quant au statut de la République fédérale de Yougoslavie vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies»⁶⁰.

38

2.32. Cependant, votre jurisprudence montre aussi que cette situation juridique indéterminée ne l'a pas été indéfiniment. Les incertitudes ont pris fin le 1^{er} novembre 2000 avec l'admission de la RFY à l'Organisation des Nations Unies. Conformément à la procédure établie par la Charte des Nations Unies, cette admission résultait d'une recommandation du Conseil de sécurité⁶¹ suivie d'une décision de l'Assemblée générale⁶². Il faut aussi noter que la méthode adoptée par les deux organes principaux résultait d'une décision délibérée de suivre la procédure régulière d'admission prévue par l'article 4, à l'exclusion de toute autre. Ce choix parfaitement clair de ces deux organes est d'autant plus important que le cas de l'Indonésie et celui de la dissolution de la République arabe unie ont montré que les organes des Nations Unies peuvent aussi se contenter de reconfirmer des situations par ailleurs douteuses quant au statut de Membre — du moins lorsqu'ils considèrent qu'un Etat est toujours Membre. Par ailleurs, on sait qu'après les accords de paix de Dayton, il avait été envisagé au sein de l'Organisation de procéder précisément de cette façon, c'est-à-dire de

⁶⁰ Affaire relative à *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, par. 79.

⁶¹ Nations Unies, doc. S/RES/1326, 31 octobre 2000.

⁶² Nations Unies, doc. A/RES.55/12, 1^{er} novembre 2000.

confirmer simplement que la «Yougoslavie» était toujours Membre de l'Organisation des Nations Unies. Mais cela n'a pas été fait, les deux organes de l'Organisation ayant apparemment considéré que la Yougoslavie n'avait pas un statut de membre susceptible d'être confirmé.

2.33. Ce fait nouveau, cette nouvelle admission, n'a pas reconfirmé la qualité de Membre mais a finalement clarifié le *statu quo ante*. Je peux encore une fois m'en tenir à ce que vous avez déclaré en décembre 2004 :

«Compte tenu des conséquences juridiques du nouvel état de fait existant depuis le 1^{er} novembre 2000, la Cour est amenée à conclure que la Serbie-et-Monténégro n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies, ni en cette qualité partie au Statut de la Cour internationale de Justice, au moment où elle a déposé sa requête introduisant la présente instance devant la Cour, le 29 avril 1999.»⁶³

et, peut-on ajouter car cela semble implicitement découler de ce qui précède, à un aucun autre moment entre le 27 avril 1992 et le 1^{er} novembre 2000.

2.34. Madame le président, Messieurs de la Cour, je voudrais vous demander de réfléchir un moment aux conséquences qu'aurait une décision fondée sur l'acquiescement ou l'*estoppel* ou tout autre mécanisme relevant des Parties et jugeant que, nonobstant les décisions du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale, le défendeur pourrait être considéré comme partie au Statut de la Cour dans la présente instance.

39

2.35. Il est évident que, pour que vous puissiez trancher dans ce sens sur le fondement de l'*estoppel*, de l'acquiescement ou autre, il faudrait que les Parties aient eu elles-mêmes la faculté de s'entendre sur une certaine interprétation de la question du statut de Membre de la RFY, interprétation ne tenant aucun compte de la répartition des pouvoirs opérée par la Charte des Nations Unies. Si la qualité de Membre était susceptible de négociation entre les Parties, qu'advierait-il de l'article 4 de la Charte dont vous avez si justement, dans votre avis consultatif de 1948 sur l'admission à l'Organisation des Nations Unies, souligné l'importance fondamentale, je dirai même constitutionnelle ?

⁶³ Affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, par. 79.

2.36. Qui plus est, quel message un arrêt de la Cour ratifiant un accord entre les Parties sur des questions de statut de Membre adresserait-il aux autres organes principaux de l'Organisation des Nations Unies ? Un tel arrêt serait-il vraiment compatible avec l'appel au respect entre institutions que lançait le regretté juge Lachs?

2.37. Nous soutenons que les arguments du demandeur sur la bonne foi ne tiennent pas compte de la structure organique établie par la Charte des Nations Unies, en ce qu'ils ne tiennent pas compte de la compétence des organes politiques pour décider de la qualité de Membre — ce qui montre une fois de plus que la thèse du demandeur sur le principe de la bonne foi repose sur une conception fondamentalement erronée des notions juridiques à la base de ce principe, des droits et des obligations qui peuvent faire l'objet d'acquiescement ou d'*estoppel* et de ce que signifie le statut de Membre de l'Organisation.

2.38. Permettez-moi de conclure cette partie de mon exposé en faisant observer que, même si l'on considérait par ailleurs, juste pour les besoins de l'argumentation, que des considérations de bonne foi interdisent au défendeur de plaider l'incompétence à ce stade, le défendeur n'aurait pas pour autant accès à la Cour. Cette condition fondamentale pour que la Cour puisse statuer sur le fond ne relève en aucune manière de la volonté des Parties au différend — quelque position qu'ils aient pu prendre à l'intérieur et à l'extérieur de cette grande salle de justice, individuellement ou ensemble.

J'en termine ainsi avec l'exposé de mon premier argument, et je vais maintenant passer à mon deuxième argument, à moins que nous n'observions maintenant la pause habituelle.

40

Le PRESIDENT : Je pense que le moment est bien choisi pour la pause, je vous remercie.

M. ZIMMERMAN : Merci.

Le PRESIDENT : L'audience est suspendue.

L'audience est suspendue de 16 h 25 à 16 h 45.

Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. Monsieur Zimmermann, vous avez la parole.

M. ZIMMERMANN : Merci, Madame le président. Madame le président, Messieurs de la Cour, j'espère avoir démontré que la question de l'accès à la Cour n'est pas susceptible d'acquiescement ou d'*estoppel* et ne peut pas non plus donner lieu à l'application d'autres mécanismes relevant des parties.

2.39. Je vais maintenant exposer mon deuxième argument pour réfuter la thèse du demandeur sur la bonne foi. Je vais démontrer que le défendeur n'a jamais, expressément ou implicitement, accepté de ne pas soulever d'exception à la compétence et que, en conséquence, il n'y a jamais eu d'expression claire et non équivoque de la perte d'un droit.

C. Absence d'expression claire et non équivoque de la perte d'un droit

2.40. Madame le président, Messieurs de la Cour, les questions de l'*estoppel* et de l'acquiescement doivent être considérées dans le contexte de la question dont nous nous occupons — celle de la compétence. Depuis le début de la présente affaire, le défendeur n'a cessé de contester la compétence de la Cour. La Cour l'a d'ailleurs formellement reconnu en déclarant, dans son arrêt de 1996 sur la compétence, que le défendeur avait «constamment contesté la compétence de la Cour — que ce soit sur la base de la convention sur le génocide ou sur toute autre base — au cours de la suite de la procédure» (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 621; voir aussi, au stade de l'indication des mesures conservatoires, *C.I.J. Recueil 1993*, p. 341-342).

2.41. En fait, le demandeur lui-même s'est plaint de ce que le défendeur avait maintes fois répété que la Cour n'était pas compétente. Ne serait-ce que pour cette raison, il semble difficile de soutenir que l'*estoppel* interdit au défendeur aujourd'hui de faire précisément cela : affirmer que la Cour n'a pas compétence. Comme la Cour l'a déclaré dans l'affaire du *Nicaragua* : «l'*estoppel* peut être inféré d'un comportement, de déclarations d'un Etat qui ... auraient ... attesté *d'une manière claire et constante* l'acceptation par cet Etat d'un régime particulier» (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 415, par. 51; les italiques sont de nous).

2.42. Dans notre affaire, les conseils de la Bosnie-Herzégovine ont cependant essayé de centrer l'attention sur un point *particulier* du comportement du défendeur à l'égard de la compétence — le fait qu'il n'ait prétendument pas soulevé la question de sa qualité d'Etat partie à la convention sur le génocide à un stade antérieur de la procédure. Mais, en faisant cela, les

conseils du demandeur restreignent indûment la portée de l'analyse. Permettez-moi de citer à nouveau l'affaire du *Nicaragua*. Dans cette affaire, la Cour a dit qu'il devait y avoir «acceptation par [un] Etat d'un régime particulier» (*ibid.*). En l'espèce, ce régime est celui de la compétence de la Cour. La question qui se pose est donc de savoir si le défendeur a ou non «d'une manière claire et constante» accepté ce régime — autrement dit, votre compétence. Si l'on reprend l'histoire de la procédure en l'espèce, peut-on vraiment dire que le défendeur a d'une manière claire et constante admis que la Cour était compétente ? Je crois que la réponse à cette question est évidente — il ne l'a jamais fait.

2.43. Madame le président, Messieurs de la Cour, même si nous nous en tenons pour l'instant à l'analyse restreinte proposée par le demandeur, il n'en demeure pas moins que les circonstances de l'espèce *ne sont pas* de nature à donner lieu à l'*estoppel* ou l'acquiescement. Selon le demandeur, tout ce que le défendeur devait faire, c'est soulever le «moyen de défense le plus évident» — son statut à l'égard de la Charte des Nations Unies et de la convention sur le génocide⁶⁴. Mais, compte tenu des incertitudes qui entouraient son statut juridique, on ne pouvait vraiment pas attendre du défendeur qu'il soulève lui-même la question. Il est vrai que, aux yeux de M. Franck, la chose semblait claire. Mais, nous le savons, nombre de choses paraissent évidentes rétrospectivement, qui étaient loin de l'être au moment considéré. Il me semble que M. Franck, évoquant les premières phases de la procédure, a pu brosser d'une situation extrêmement complexe un tableau très simplifié et qui ne rend pas compte de l'incertitude qui régnait en 1996.

2.44. Si les choses avaient été aussi claires que M. Franck le dit aujourd'hui, le défendeur ne pourrait peut-être pas, en effet, soutenir aujourd'hui une position juridique différente. Mais si les choses n'étaient pas tout à fait claires, on peut considérer le comportement du défendeur sous un jour très différent. La RFY se fondait alors sur une certaine hypothèse qui était parfaitement défendable, mais qui s'est révélée par la suite être fautive. Dans ce cas, je soutiens que la décision du défendeur de ne pas soulever toutes les exceptions préliminaires possibles en 1996 ne peut pas être retenue contre lui aujourd'hui, ni interprétée comme constituant la base de l'acquiescement ou de l'*estoppel*.

⁶⁴ CR 2006/36, p. 27, par. 9.

42

2.45. Heureusement, de nombreux éléments viennent rectifier l'interprétation que fait M. Franck de l'historique de cette affaire. Vous-mêmes vous êtes prononcés pour la première fois sur la question dans votre ordonnance relative à la demande en indication de mesures conservatoires du 8 avril 1993, dans laquelle vous releviez déjà les «difficultés juridiques» que le statut du défendeur au sein de l'Organisation des Nations Unies avait suscitées (*C.I.J. Recueil 1993*, p. 14, par. 18).

2.46. Plus tard, dans vos arrêts du 15 décembre 2004 sur la *Licéité de l'emploi de la force*, vous avez à nouveau rappelé cet état de chose en relevant que «la situation *sui generis* de la République fédérale de Yougoslavie au sein des Nations Unies ... avait présenté de nombreuses «difficultés juridiques» durant toute la période comprise entre 1992 et 2000» (affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, par. 78).

2.47. Rappelant cette période, vous avez parlé des «incertitudes entourant la situation juridique» et reconnu que si vous aviez eu «à [vous] prononcer définitivement sur le statut [de la RFY] à l'égard de l'Organisation des Nations Unies [à cette époque], cette tâche aurait été compliquée par les incertitudes entourant la situation juridique, s'agissant de ce statut» (*ibid.*, par. 79).

2.48. Selon moi, ces deux observations rendent compte beaucoup plus exactement de la situation entre 1992 et 2000 que ne l'ont fait les conseils du demandeur. Cependant, il est intéressant de relever que, dans une phase antérieure de la procédure, le demandeur lui-même avait admis que la situation était beaucoup plus complexe qu'il ne l'admet aujourd'hui. Ainsi, dans son mémoire, le demandeur «reconnaissait que «les organes directeurs de l'Organisation des Nations Unies n'[avaient] pas encore pris de décision définitive en ce qui concerne la situation de la Yougoslavie (Serbie et Monténégro) au sein de l'Organisation»⁶⁵.

2.49. Et de fait, si nous examinons la position actuelle du demandeur, la question paraît prêter à controverse aujourd'hui encore. Pendant le premier tour, mes collègues et moi-même avons déjà fait valoir que votre jurisprudence récente établit clairement que la Serbie-et-Monténégro n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies entre 1992 et 2000.

⁶⁵ Mémoire, par. 4.2.3.14.

43

En dépit de cette jurisprudence, les conseils du demandeur maintiennent le contraire. Dans sa plaidoirie, Mme Stern a soutenu avec force que le défendeur était resté Membre de l'Organisation⁶⁶. Je note en passant que ce point de vue contredit d'autres affirmations faites par les représentants du demandeur — c'est un point dont je parlerai dans une minute. Pour le moment, le plus important est que, selon les conseils du demandeur, à *ce jour*, le statut qui était celui du défendeur au sein des Nations Unies entre 1992 et 2000 reste discutable.

2.50. Soit. Mais s'il y avait vraiment — et apparemment il y a encore — ce que Mme Stern a appelé «une bataille de qualification»⁶⁷, pourrait-on réellement reprocher à une Partie au présent différend d'avoir initialement choisi l'une des positions défendables — qui s'est révélée par la suite erronée ? J'affirme que la position du défendeur en 1996 était — au minimum — plausible, et que l'on ne peut pas lui reprocher maintenant de l'avoir prise alors.

2.51. Madame le président, M. Pellet a avancé un argument supplémentaire — peut-être parce qu'il n'était pas convaincu lui-même de la «clarté» apparente de la situation en 1993 ou 1996. Dans sa plaidoirie du 21 avril, il a déclaré que le défendeur aurait pu facilement mettre fin aux incertitudes juridiques qui empêchaient la Cour de se prononcer de manière définitive sur la question⁶⁸. Mais une fois de plus, selon moi, cet argument ne tient pas compte du fait qu'en 1996, les choses n'étaient absolument pas claires. En outre — et c'est peut-être plus important — il surestime considérablement les pouvoirs du défendeur.

2.52. Permettez-moi de commencer par ce dernier point. Comme vous l'avez fait observer en 1993 et affirmé en 2004, ce n'est pas l'insistance d'un Etat sur une certaine interprétation de l'histoire qui suscitait des difficultés. Les «difficultés juridiques» dont vous parliez découlaient en fait de l'attitude adoptée délibérément par les deux organes politiques principaux des Nations Unies à l'époque. Il est évident que la seule chose qui aurait pu clarifier la situation juridique était une

⁶⁶ CR 2006/37, p. 10 et suiv.

⁶⁷ CR 2006/37, p. 12, par. 6 (Stern).

⁶⁸ CR 2006/36, p. 23, par. 58 (Pellet).

décision de ces deux organes. En fait, le demandeur le reconnaît assez clairement dans son mémoire, lorsqu'il écrit : «*les organes directeurs de l'Organisation des Nations Unies n'ont pas encore pris de décision définitive en ce qui concerne la situation du défendeur*»⁶⁹.

44

2.53. Bref, si le point de vue du défendeur était certainement l'un des facteurs qui compliquaient l'appréciation juridique, le défendeur n'était pas seul responsable et — et surtout — il n'aurait pas été en mesure de clarifier la question. Très brièvement, j'affirme que, de toute façon, on ne peut pas reprocher aujourd'hui au défendeur de ne pas avoir renoncé à sa revendication d'identité au stade des exceptions préliminaires. Votre jurisprudence le montre, les choses n'étaient tout simplement pas aussi claires. Bien sûr, l'interprétation du défendeur n'est pas celle qui a été généralement acceptée par la suite. Mais en 1996 elle semblait défendable. De plus, on ne pouvait certainement pas demander à un Etat de renoncer à se prétendre Etat continuateur dans une situation entourée de tant d'incertitudes et dans laquelle les organes des Nations Unies adoptaient à l'époque des attitudes contradictoires.

2.54. C'est par un curieux renversement de situation que, dans sa plaidoirie du 24 avril, Mme Stern vous a présenté à l'appui de l'interprétation et de la revendication de continuité une grande partie des éléments que la RFY avait elle-même présentés naguère. Qu'on me comprenne bien : le défendeur ne la suit pas lorsqu'elle conclut que la RFY était Membre de l'ONU pendant la période comprise entre 1992 et 2000. Comme mon collègue et ami Tibor Varady l'a démontré, c'est là semble-il une conclusion bien forcée. Néanmoins, l'exposé exhaustif de Mme Stern permet d'établir au moins une chose, à savoir que, en 1996, la situation concernant le statut de Membre demandait encore à être définitivement éclaircie, que différentes positions pouvaient encore être prises et que l'on ne peut donc pas empêcher le défendeur de soulever maintenant cette question.

2.55. Enfin, pour appuyer leurs arguments sur la bonne foi, les conseils du demandeur ont beaucoup insisté sur les demandes reconventionnelles déposées en l'espèce. Aux yeux de M. Franck, le défendeur a par là «activement manifesté sa qualité de partie à la convention»⁷⁰. Mais cette appréciation du comportement du défendeur est-elle convaincante ?

⁶⁹ Mémoire, par. 4.2.3.14.

⁷⁰ CR 2006/36, p. 29, par. 12.

2.56. Quel avis M. Franck aurait-il donné à un gouvernement dont les exceptions préliminaires venaient d'être rejetées ? Ne faudrait-il pas plutôt dire que, après l'arrêt de 1996, la Serbie-et-Monténégro n'avait simplement pas le choix : elle était obligée de poursuivre la procédure — même si sa propre position sur la compétence n'avait pas bougé d'un pouce.

2.57. Et peut-on réellement reprocher à un Etat d'exercer un droit procédural de présenter des demandes reconventionnelles — droit dont la Cour a affirmé l'existence malgré les objections du demandeur dans son ordonnance du 17 décembre 1997 ?

45

2.58. Nous soutenons que les demandes reconventionnelles de la Serbie-et-Monténégro qui, de toute façon, ont été retirées ensuite après que la RFY eut été admise à l'Organisation des Nations Unies et que son statut juridique eut ainsi été clarifié, n'étaient que la conséquence logique de l'arrêt rendu par la Cour en 1996 sur sa compétence. Plus généralement, le défendeur soutient que l'exercice de droits qui sont soit expressément prévus par le Statut ou le Règlement de la Cour, soit reconnus par sa jurisprudence doit être présenté pour ce qu'il est : l'exercice de droits expressément reconnus et non pas une stratégie dilatoire abusive ou un signe de mauvaise foi.

2.59. Madame le président, l'*estoppel* et l'acquiescement sont des mécanismes de caractère exceptionnel. Ils ne doivent pas être appliqués à une situation dans laquelle régnaient «les incertitudes juridiques»⁷¹, d'autant moins que le défendeur a constamment pris une certaine position, à savoir que la Cour n'a pas compétence. Cela m'amène à mon dernier point qui est que, en outre, le demandeur ne s'est pas légitimement fié à cette position du défendeur.

D. Le demandeur ne s'est pas légitimement fié à la position du défendeur

260. Madame le président, Messieurs de la Cour, même si vous suiviez l'interprétation de M. Franck en considérant que tout était parfaitement clair en 1993 ou en 1996, je considère que l'argument que le demandeur tire de la bonne foi serait quand même voué à l'échec. Pour examiner cela, permettez-moi, Madame le président, d'avancer un troisième argument. Cet argument repose sur la manière dont le demandeur lui-même percevait cette situation juridique

⁷¹ Voir l'affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, par. 79.

prétendument si évidente. Bien qu'il ne l'ait pas dit expressément, je ne pense pas que le conseil du demandeur conteste que l'*estoppel* et l'acquiescement présupposent un certain comportement de la part de l'Etat qui les invoque.

46 2.61. L'Etat qui invoque l'*estoppel* et l'acquiescement — en l'espèce, le demandeur — doit s'être légitimement fié à l'apparence prétendument créée. Après tout, comme l'a relevé M. Franck, les arguments relatifs à la bonne foi reposent en fin de compte sur des notions de loyauté⁷². La loyauté du comportement des parties à un litige, cependant, est une règle fondamentale qui s'applique aux deux parties et, lorsqu'on apprécie le comportement de l'une, on ne doit pas oublier le comportement de l'autre. Dans le cadre du régime juridique de l'*estoppel* et de l'acquiescement, cette condition essentielle est le plus souvent exprimée par les expressions «se fier légitimement» ou «se fonder légitimement». Au sujet de l'*estoppel* et de la préclusion, le juge Fitzmaurice, dans son opinion individuelle en l'affaire du *Temple de Préh Vihéar*, a écrit ce qui suit : «La conclusion essentielle de l'application du principe de forclusion ou d'*estoppel* ... est que la partie qui l'invoque doit «s'être fiée» aux déclarations ou à la conduite de l'autre partie, ceci à son propre détriment ou à l'avantage de l'autre.»⁷³

2.62. En termes assez proches, la Cour a fait observer dans l'affaire *Nicaragua* — dans le passage que j'ai déjà cité :

«l'*estoppel* peut être inféré d'un comportement, de déclarations, etc., d'un Etat qui n'auraient pas seulement attesté d'une manière claire et constante l'acceptation par cet Etat d'un régime particulier, mais auraient également amené un autre ... Etat, *se fondant sur cette attitude*, à modifier [sa position] à [son] détriment ou à subir un préjudice»⁷⁴.

2.63. Et, au sujet de l'acquiescement, on retrouve essentiellement la même condition dans de nombreux passages où la Cour dit que l'Etat qui l'invoque doit avoir été en droit de percevoir le silence de l'autre Etat comme équivalant à l'abandon d'un droit.

2.64. S'agissant d'appliquer ce même critère dans le contexte de la compétence, permettez-moi de dire d'abord que le critère n'a de pertinence que si à quoi l'autre Etat s'est fié est l'acceptation de la compétence. Or, ce ne peut être le cas ici, puisque le défendeur a

⁷² Voir par exemple CR 2006/36, p. 32, par. 22.

⁷³ C.I.J. Recueil 1962, p. 63.

⁷⁴ C.I.J. Recueil 1984, p. 415, par. 51; les italiques sont de nous.

continuellement contesté la compétence de la Cour. Le demandeur le sachant, il a une fois de plus essayé de concentrer l'attention sur d'autres points. Mais, même en ce qui concerne ces autres points, peut-on vraiment dire que le demandeur s'est effectivement fié à la position prise par la RFY concernant son statut vis-à-vis de l'ex-Yougoslavie ? Peut-on vraiment dire que la Bosnie-Herzégovine s'est fiée au fait que la RFY assurait effectivement la continuité de la personnalité juridique internationale de l'ex-Yougoslavie ? Peut-on vraiment dire que la Bosnie-Herzégovine s'est fiée au fait que le défendeur n'avait pas besoin de notification de succession ou d'adhésion pour devenir partie à la convention sur le génocide ? Enfin, peut-on vraiment dire que la Bosnie-Herzégovine s'est fiée à l'idée que la RFY continuait à être Membre de l'Organisation des Nations Unies et, comme tel, avait accès à la Cour ?

47 2.65. Selon moi, la réponse à toutes ces questions est négative et c'est là une autre raison pour laquelle l'argument du demandeur relatif à la bonne foi est voué à l'échec. En fait, bien qu'il se soient étendus assez longuement sur le comportement du défendeur, M. Franck et M. Pellet, dans leurs plaidoiries du 21 et du 24 avril, ont été l'un et l'autre remarquablement succincts dans leurs commentaires sur le comportement du demandeur. Il est significatif que, dans sa plaidoirie, M. Franck n'ait pas une seule fois cherché à établir que le demandeur s'était fié au fait que le défendeur avait prétendument manqué de présenter des arguments fondés sur l'accès à la Cour et la compétence. Soyons justes, il a bien mentionné brièvement la position du demandeur au début de sa plaidoirie, en disant que, en 1996 et par la suite, la Bosnie «n'aurait évidemment pas eu lieu de soulever la question»⁷⁵.

2.66. D'un point de vue strictement juridique, c'est peut-être vrai. Bien sûr, la Bosnie n'était pas *obligée* en droit de présenter des arguments qui pouvaient en fin de compte être favorables au défendeur. Cela ne signifie pas toutefois que la conduite de la Bosnie n'ait pas été pertinente aux fins de l'acquiescement et de l'*estoppel*. Si nous examinons les observations que nous venons de citer de votre jurisprudence et de l'opinion individuelle du juge Fitzmaurice dans l'affaire du

⁷⁵ CR 2006/36, p. 27, par. 9 (Franck).

Temple de Préah Vihéar, nous voyons bien que la question n'est pas de savoir si la partie qui invoque un argument fondé sur la bonne foi avait l'*obligation* de clarifier elle-même la situation apparente et de le faire dans le cadre d'une procédure en cours.

2.67. La question est en fait beaucoup plus générale : elle consiste à apprécier si la partie qui invoque un argument fondé sur la bonne foi s'est en fait fiée à la déclaration ou à l'absence de déclaration de l'autre partie. La raison est évidente et elle relève précisément des notions de loyauté et de moralité que M. Franck a si éloquemment invoquées. Ces notions exigent que la partie qui invoque un argument fondé sur la bonne foi ait elle-même agi de bonne foi.

2.68. Selon nous, ce n'est pas le cas de la Bosnie-Herzégovine. Aux fins de la présente instance, et seulement aux fins de la présente instance — comme MM. Pellet et Franck semblent d'ailleurs le reconnaître — la Bosnie-Herzégovine a admis l'identité entre la Serbie-et-Monténégro et l'ex-Yougoslavie — comportement qui a été adopté avec le but manifeste d'éviter certaines «difficultés procédurales». Et pourtant, en dehors de ce prétoire, la Bosnie-Herzégovine n'a jamais cessé de soutenir que la RFY ne peut pas assurer la continuité de la personnalité juridique internationale de l'ex-Yougoslavie. Chacun sait que la Bosnie-Herzégovine a toujours dans le passé, avec succès, contesté la prétention de la RFY à être le continuateur de l'ex-Yougoslavie. C'est en grande partie à cause de cette position prise par les autres Etats successeurs de l'ancienne Yougoslavie — et par la Bosnie-Herzégovine elle-même en particulier — que la prétention de la RFY à assurer la continuité de la personnalité de l'ex-Yougoslavie n'a pas été acceptée par la communauté internationale. En ce qui concerne, plus précisément, la position du défendeur au sein des Nations Unies, le demandeur a, à de multiples reprises, déclaré très clairement que pour devenir Membre de l'Organisation des Nations Unies — et *ipso facto* partie au Statut de la Cour — la Serbie-et-Monténégro devait faire une demande d'adhésion à l'Organisation conformément à la procédure définie à l'article 4 de la Charte. Je ne pense pas avoir à répéter la série de déclarations auxquelles M. Varady a renvoyé.

48

2.69. Madame le président, Messieurs de la Cour, soyons très clairs : par cela, je ne veux nullement dire que la Bosnie-Herzégovine avait *elle-même l'obligation* de présenter des arguments fondés sur l'accès à la Cour ou la compétence de celle-ci en l'espèce. Comme l'a dit M. Franck, bien sûr, elle n'était *pas* obligée de le faire. Mais le manque de cohérence de son comportement est

important dans le contexte de l'*estoppel* et de l'acquiescement. Comme M. Franck l'a dit, ces deux notions découlent de la bonne foi. Et lorsque l'on parle de bonne foi, s'agissant d'apprécier si le demandeur s'est fié à l'apparence prétendument créée, il ne me paraît guère possible de distinguer — comme M. Franck semble implicitement le faire — entre la position qu'il a prise dans ce prétoire et la position qu'il a prise en dehors.

2.70. Il n'y a pas deux Bosnie, pour paraphraser M. Franck, «cette Bosnie-ci» et «cette Bosnie-là», une Bosnie qui plaide dans cette grande salle de justice et, une autre Bosnie qui prend des positions politiques et juridiques dans d'autres organes des Nations Unies. Il n'y a qu'une seule et même Bosnie. Et certainement, dans le cadre d'une argumentation sur la bonne foi, cette Bosnie unique qui n'a cessé de soutenir que le défendeur n'était pas membre de l'Organisation de Nations Unies, qui a toujours exigé que le demandeur présente des notifications de succession spécifiques — cette Bosnie unique ne peut pas aujourd'hui prétendre que l'acceptation de cette position par le défendeur soit une «volte-face de dernière minute»⁷⁶.

49

2.71. Comme l'a dit M. Pellet reprenant une formule célèbre, l'acquiescement et l'*estoppel* interdisent aux parties de «souffler le chaud et le froid»⁷⁷. Or, c'est précisément ce que le demandeur fait depuis des années. Il ne peut pas en toute loyauté et moralité interdire aujourd'hui au défendeur de prendre une position qu'il a lui-même soutenue pendant des années. Autrement dit, pour reprendre l'expression du juge Fitzmaurice dans son opinion sur l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, le demandeur ne s'est absolument pas «fié» au fait que le défendeur s'est abstenu de soulever des arguments de procédure au cours d'une phase antérieure. Et c'est là, Madame le président, Messieurs de la Cour, la troisième raison pour laquelle je considère que l'argument que la Bosnie prétend tirer de la bonne foi ne saurait en aucun cas vous convaincre.

E. Résumé de l'argumentation

2.72. Madame le président, permettez-moi, pour conclure de résumer mon argumentation.

⁷⁶ CR 2006/36, p. 30, par. 15 (Franck).

⁷⁷ CR 2006/37, p. 96, par. 15 (Pellet).

2.73. *Premièrement*, nous avons démontré que les notions mêmes d'*estoppel* et d'acquiescement ou autres mécanismes similaires relevant des parties ne sont pas applicables pour déterminer si la RFY a ou non accès à la Cour. Cette question est une question purement objective qu'il appartient à la Cour de trancher *ex officio* sans égard aux positions prises par les Parties.

2.74. *Deuxièmement*, nous avons aussi démontré que le comportement du défendeur n'équivalait pas à une expression claire et non équivoque de la perte d'un droit puisque le défendeur a *constamment* contesté la compétence de la Cour tout au long de l'affaire. Dans ces conditions, le simple fait de ne pas avoir présenté d'argument concernant la compétence ne peut pas mettre le défendeur en situation d'*estoppel* ou d'acquiescement à l'égard de la compétence, d'autant moins qu'il lui aurait été difficile de plaider l'incompétence compte tenu des incertitudes qui entouraient son statut à l'époque. Le défendeur n'a donc pas acquiescé à l'exercice par la Cour de sa compétence, et il ne s'est pas non plus mis en situation d'*estoppel* l'empêchant d'élever des objections à la compétence de la Cour.

2.75. Enfin, *troisièmement*, j'ai aussi démontré que la Bosnie-Herzégovine ne peut pas prétendre s'être légitimement fiée à la position prétendument prise par le défendeur, compte tenu de son propre comportement en dehors de la Cour.

2.76. Madame le président, Messieurs de la Cour, cela conclut mon exposé d'aujourd'hui. Je vous remercie de votre aimable attention et vous propose, Madame le président, de donner à nouveau la parole à mon collègue Tibor Varady, qui parlera de la question de la *res judicata*.

La PRESIDENT : Je vous remercie, M. Zimmermann. Monsieur Varady, vous avez la parole.

50

M. VARADY :

3. L'ARRÊT DE 1996 SUR LA COMPÉTENCE ET LA QUESTION DE LA CHOSE JUGÉE

A. L'hypothèse sur laquelle se fondait l'arrêt de 1996 sur la compétence

3.1. Madame le président, estimés Membres de la Cour. Le demandeur a affirmé que nous avions dénaturé le sens⁷⁸ de l'arrêt de 1996 sur la compétence, ajoutant que l'arrêt de 1996 sur la

⁷⁸ «Le défendeur dénature le sens de l'arrêt de 1996», CR 2006/36, p. 11 (Pellet).

compétence revêtait l'autorité de la chose jugée et interdisait l'examen, à ce stade de l'instance, des questions touchant à l'accès et à la compétence. Nous allons réfuter ces arguments.

3.2. D'emblée, le professeur Pellet considère que la «dénaturation» tient au fait que nous ayons déclaré que la seule hypothèse à avoir servi de base à l'arrêt de 1996 «était que la RFY était restée liée par l'article IX de la convention sur le génocide car sa situation par rapport aux traités était toujours celle qu'avait l'ex-Yougoslavie». M. Pellet ne le conteste pas. Tout en y reconnaissant une part de vérité, il fait valoir que la décision de la Cour repose sur deux éléments : «first, the FRY's expressed *intention* to be bound; and secondly, the lack of any objection to this intention»⁷⁹.

3.3. Madame le président, permettez-moi de répéter une fois encore qu'il est de notoriété publique qu'en envisageant l'existence d'un lien entre la RFY et la convention sur le génocide, la Cour s'est appuyée, en 1996, sur le fait incontesté que la RFSY (l'ex-Yougoslavie) avait signé cette convention en 1948. Or, cela ne pouvait être pertinent pour la situation de la RFY que si cette dernière avait assuré la continuité de la personnalité et du statut conventionnel de la Yougoslavie, signataire de la convention en 1948. Et telle est effectivement la logique adoptée par la Cour. «L'intention exprimée par la RFY» n'était pas une intention abstraite «d'être liée». C'est l'intention d'assurer la continuité de la personnalité de l'ex-Yougoslavie qui a été exprimée dans une déclaration du 27 avril 1992. La Cour rappelle cette déclaration et en cite la partie pertinente, qui insiste sur la continuité :

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

51

3.4. Immédiatement après avoir cité la déclaration de continuité, la Cour commence la phrase suivante en disant «[l]'intention ainsi exprimée par la Yougoslavie...» (affaire relative à l'*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). Il est évident que «[l]'intention ainsi exprimée» traduit la prétention à la continuité. L'intention visée par la Cour est l'intention de continuer à assurer la personnalité

⁷⁹ CR 2006/36, p. 13, par. 31 (Pellet).

juridique et politique internationale de l'ex-Yougoslavie, ce qui ne fait que confirmer que l'hypothèse sur laquelle reposait l'arrêt de 1996 sur la compétence était celle de la continuité — seule hypothèse plausible pour que la RFY ait pu être liée par la convention sur le génocide en 1996.

3.5. Cette hypothèse met le demandeur mal à l'aise, car une fois rendu l'arrêt de 1996, il est devenu évident que cette hypothèse était erronée. Le professeur Pellet l'admet lui-même sans ambiguïté. Il parle sans aucune réserve de la «presumption of continuity» — which would have been mistaken and, what is more, at variance with the position taken by Bosnia and Herzegovina, which it has never sought to conceal⁸⁰.

3.6. En démontrant que l'hypothèse sur laquelle se fondait l'arrêt de 1996 sur la compétence était celle de la continuité, nous avons fait valoir que, s'agissant de la RFY et de l'intention exprimée par celle-ci, la Cour emploie l'expression «demeurer liée», expression qui concorde avec l'hypothèse de la continuité, alors que pour la Bosnie-Herzégovine, c'est l'expression «devenir liée» qui est employée, expression qui concorde avec l'hypothèse des formalités conventionnelles accomplies par la Bosnie-Herzégovine en tant qu'Etat successeur. La déduction coule de source, mais le demandeur tente d'en réduire l'importance en disant que la distinction entre «être lié» et «devenir lié» est purement académique⁸¹. Permettez-moi tout d'abord de dire que la distinction entre «être lié» et «devenir lié» risque d'être encore plus impalpable que la distinction entre «demeurer lié» et «devenir lié». Mais, en fait, la Cour n'emploie pas l'expression «être lié» pour qualifier ce qui était l'intention de la Yougoslavie. Les textes français et anglais sont cohérents. Au lieu d'employer l'expression «être lié», qui conviendrait mieux aux arguments avancés par le demandeur, la Cour parle de l'intention de la RFY «de demeurer liée» (affaire relative à l'*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)*, par. 17 (en français)) — exactement «to remain bound» en anglais — qui ne peut qu'aller dans le sens de l'hypothèse de la continuité.

52

⁸⁰ CR 2006/36, p. 12, par. 30 (Pellet).

⁸¹ CR 2006/36, p. 16, par. 39 (Pellet).

3.7. Le demandeur évoque aussi, comme un prétendu fondement de l'arrêt de 1996, «the lack of any objection to this intention». D'abord, Madame le président, il est évident que «l'intention» qui n'a pas été contestée est l'intention de continuer à assumer la personnalité de l'ex-Yougoslavie. Nous sommes toujours dans cette hypothèse de continuité. Ensuite, l'absence de contestation pourrait, à la rigueur, constituer un fondement proprement dit, si la compétence en elle-même n'était pas contestée. Dans cette hypothèse — si toutes les conditions étaient remplies —, elle pourrait, à la rigueur, équivaloir à un acquiescement ou à un *forum prorogatum*. Mais tel n'est pas notre propos et tel n'était pas le propos de la Cour. La compétence a été contestée. En outre, cette hypothèse a été clairement écartée par la Cour et vient d'être exposée par mon collègue, M. Zimmerman.

3.8. Dans le cadre de l'arrêt de 1996, «the lack of any objection to this intention» n'est rien d'autre qu'une observation allant dans le même sens, et c'est exactement ce que dit la Cour. Pour reprendre les termes employés par celle-ci : «La Cour observe en outre qu'il n'a pas été contesté...» (*Ibid.*, par. 17.) Dans ce contexte précis, l'absence de contestation ne constituait manifestement pas la base de compétence. Ce n'était qu'une observation allant dans le même sens que l'hypothèse de la continuité sur laquelle se fondait l'arrêt de 1996 sur la compétence.

B. L'argument de la chose jugée

3.9. En ce qui concerne l'argument de la chose jugée, permettez-moi de dire tout d'abord que, contrairement à ce que fait valoir le demandeur, nous ne tentons certainement pas de nier le principe de l'autorité de la chose jugée⁸². Cela n'aurait, bien entendu, aucun sens. Si l'autorité de la chose jugée constitue assurément un principe d'une importance capitale, il comporte des limites et n'exclut en rien un examen de l'ensemble des conclusions présentes dans l'ensemble des arrêts.

53

3.10. En accordant à la question de la chose jugée toute l'attention qu'elle mérite, nous allons démontrer, dans le cadre procédural même de la présente espèce, qu'il n'existe aucun obstacle à un examen de l'accès à la Cour et de la compétence durant la phase du fond.

⁸² Voir la section B de l'exposé du professeur Pellet intitulée «The respondent contests the very principle of *res judicata* authority», CR 2006/36, p. 13-17.

1. Les décisions sur les exceptions préliminaires n'ont et ne peuvent pas avoir les mêmes conséquences que les décisions sur le fond

3.11. Madame le président, le demandeur tient pour acquis que les arrêts sur les exceptions préliminaires ont les mêmes effets que les arrêts sur le fond. Il invoque plusieurs sources secondaires et deux arrêts de la Cour. Nous allons démontrer que ces sources ne corroborent pas l'affirmation du demandeur et démontrer également qu'il y a, dans les études doctrinales et dans la pratique judiciaire, bien plus d'éléments prouvant qu'il est effectivement possible de soulever une première fois ou une nouvelle fois des questions touchant à l'accès et à la compétence lors de la phase de l'examen au fond.

3.12. Tout comme au premier tour de la procédure orale, le demandeur s'appuie sur l'affaire du *Détroit de Corfou* de 1949 et sur l'affaire *Cameroun c. Nigéria* de 1999. Nous avons déjà présenté nos arguments concernant ces affaires au premier tour de plaidoiries, arguments qui n'ont pas été réfutés.

3.13. En ce qui concerne l'arrêt rendu en l'affaire *Cameroun c. Nigéria*, celui-ci contient effectivement un passage sur la chose jugée qui est extrait d'un arrêt sur des exceptions préliminaires, mais, comme l'admet M. Pellet, il ne peut s'agir là que d'un *dictum*, puisque l'arrêt porte sur une question d'interprétation⁸³. En ce qui concerne l'affaire du *Détroit de Corfou*, une exception préliminaire fut effectivement rejetée au cours de la troisième phase, aux motifs que la même exception avait déjà été examinée à un stade antérieur. C'est la seconde décision — celle rendue sur le fond — qui étaye véritablement l'hypothèse selon laquelle un arrêt sur des exceptions préliminaires ne génère pas d'obstacles liés à l'autorité de la chose jugée, puisqu'après le rejet des exceptions préliminaires au cours de la première phase — celle des exceptions préliminaires —, de nouvelles exceptions concernant la compétence furent soulevées lors de la phase du fond, exceptions qui, de fait, furent dûment examinées (*Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 26). L'affaire du *Détroit de Corfou* vient donc corroborer notre position.

3.14. Dans son dernier exposé du 24 avril 2006, M. Pellet a aussi évoqué, à l'appui de son affirmation selon laquelle le principe de la chose jugée est «firmly supported by the jurisprudence

⁸³ CR 2006/36, p. 14, par. 35 (Pellet).

54 of the Court»⁸⁴, le paragraphe 18 de l'arrêt rendu dans l'affaire du *Conseil de l'OACI*. Mais il s'agit probablement là d'une méprise, le paragraphe 18 ne faisant nulle mention des arrêts rendus par la Cour, mais traitant des effets des décisions du Conseil de l'OACI. Permettez-moi d'ajouter que l'arrêt rendu en l'affaire du *Conseil de l'OACI* justifie pleinement notre position — mais je reviendrai sur cette affaire ultérieurement.

3.15. Le demandeur s'appuie aussi sur des études doctrinales, mais la plupart de ces sources ne font que confirmer certains principes généraux incontestés sans traiter la question précise qui nous intéresse. Nagendra Singh est simplement cité pour confirmer que : «L'une des caractéristiques les plus marquantes du droit consacrée par les juridictions et les tribunaux est sans aucun doute la stabilité.»⁸⁵ [Traduction du Greffe.] Charles De Visscher est cité pour appuyer l'idée selon laquelle «it is in the general interest that disputes relating to the same subject-matter are not protracted indefinitely»⁸⁶.

3.16. La citation de l'ouvrage de Rosenne dans le cadre de l'affaire du *Sud-Ouest africain* est certes plus pertinente; en fait, l'auteur y confirme que des exceptions préliminaires peuvent effectivement être soulevées lors de la phase de l'examen au fond, même après que la Cour a confirmé sa compétence au stade des exceptions préliminaires, à condition que la nouvelle exception ne soulève pas de questions déjà tranchées ayant acquis la force de la chose jugée⁸⁷.

3.17. Shabtai Rosenne est encore plus clair lorsqu'il se penche sur cette question en dehors du contexte précis de l'affaire du *Sud-Ouest africain*. Il conclut que des exceptions préliminaires peuvent être soulevées une première fois ou une nouvelle fois lors de la phase de l'examen au fond. Il évoque le «caractère non-exhaustif» des exceptions préliminaires et souligne :

«[q]ue des questions de compétence aient ou non été soulevées au stade des exceptions préliminaires, elles peuvent toujours l'être ultérieurement, même par la Cour *proprio motu*. Par «caractère non exhaustif de la phase consacrée aux exceptions préliminaires», je veux dire que la partie qui soulève une exception n'épuise pas sa capacité à essayer de faire obstacle à une décision sur le fond simplement parce qu'elle a invoqué l'exception préliminaire en temps utile, même si, une fois ce

⁸⁴ CR 2006/37, p. 45, par. 29 (Pellet).

⁸⁵ CR 2006/36, p. 21, par. 52 (Pellet).

⁸⁶ CR 2006/36, p. 22, par. 56 (Pellet).

⁸⁷ CR 2006/35, p. 60-61, par. 14 (Pellet).

moment dépassé, elle ne peut empêcher que la procédure sur le fond reprenne son cours normal à partir du point où elle avait été suspendue.»⁸⁸ [Traduction du Greffe.]

55 Par conséquent, si des exceptions préliminaires peuvent effectivement être soulevées après le stade des exceptions préliminaires, elles ne peuvent simplement plus suspendre la procédure sur le fond, mais seront entendues avec les arguments sur le fond.

3.18. Madame le président, notre affaire échappe à tout schéma classique et les analyses doctrinales existantes s'inspirent rarement d'affaires ou de situations dont la structure correspondrait à celle de la présente instance. Cela étant, de telles analyses existent et, pour trouver un point de référence pertinent, je vais m'intéresser — en complément de l'opinion de Rosenne — à ces opinions doctrinales qui ont pour objet le schéma précis que suit notre affaire.

3.19. Un autre exemple d'opinion doctrinale émise à l'égard d'un schéma similaire est celle de Georg Schwarzenberger, lequel déclare : «Si, dans son arrêt interlocutoire, la Cour affirme sa compétence, mais estime ultérieurement qu'elle n'est pas compétente, il serait contraire au caractère de *jus aequum* des relations entre la Cour et les parties de considérer comme irréversible l'arrêt sur la compétence.»⁸⁹

Plus loin, Schwarzenberger insiste encore davantage sur ce même point : «En l'absence de la compétence requise, toute procédure devant la Cour excèdera les compétences de cette dernière et sera entachée de nullité. Que cette obligation soit énoncée expressément ou non, il incombe à la Cour d'examiner d'office cette condition *sine qua non* de son activité.»⁹⁰ [Traduction du Greffe.]

3.20. Le même point de vue est partagé et explicité par Marten Bos. Examinant la portée de l'article 60 du Statut, il déclare : «[c]ela nous paraît à tel point absurde que la Cour, en pleine connaissance de cause, puisse être obligée de prononcer *ultra vires* que nous considérons ledit article 60 comme n'étant pas applicable aux arrêts préliminaires» [«It is so absurd, in our view, to think that the Court might be obliged knowingly to deliver a judgment *ultra vires*, that we consider Article 60 not to be applicable to preliminary judgments.»]⁹¹

⁸⁸ S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court 1920-2005, Jurisdiction*, vol. II, Nijhoff, Leiden/Boston, 2006, p. 876.

⁸⁹ G. Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunal*, vol. IV, Londres 1986, p. 447-448.

⁹⁰ *Op. cit.*, p. 511.

⁹¹ M. Bos, *Les conditions de procès en droit international public*, Bibliotheca Visserania, vol. 19, Leiden, Brill, 1957, p. 321.

3.21. Madame le président, de solides arguments plaident en faveur d'un nouvel examen des questions de l'accès à la Cour et de la compétence lors de la phase consacrée au fond. Ces arguments sont particulièrement forts en ce qui concerne les situations dont la structure *correspond* à celle de notre affaire.

56

2. Il n'y a pas de chose jugée dans le cadre propre à la présente affaire

2.1. La question de l'accès à la Cour et la question de savoir si le défendeur était lié par l'article IX n'ont été ni soulevées ni examinées en tant qu'exceptions préliminaires — elles ne peuvent donc pas être considérées comme des choses jugées

3.22. Examinons à présent de plus près le cadre propre à la présente affaire. Celui-ci livre un certain nombre de raisons qui, prises individuellement ou conjointement, conduisent à la conclusion que le principe de l'autorité de la chose jugée n'empêche pas la Cour de se pencher sur des questions touchant à l'accès et à la compétence durant la présente phase du fond. Pour commencer, il est important de souligner que les questions précises concernant l'accès à la Cour et la compétence que nous comptons soulever à ce stade de l'affaire n'ont pas été traitées auparavant — du moins pas dans la présente espèce.

3.23. Au stade préliminaire, le défendeur a soulevé sept exceptions d'incompétence. Ce sont ces exceptions-là qui définissent la portée et les limites de l'arrêt de 1996. Certaines de ces exceptions préliminaires portaient sur la compétence *ratione personae* vis-à-vis du demandeur, mais *aucune* d'entre elles ne portait sur la compétence *ratione personae* vis-à-vis du *défendeur*. Il faut bien reconnaître qu'aucune des exceptions préliminaires n'avait pour objet la question de savoir si la RFY avait accès à la Cour et qu'aucune ne soulevait la questions de savoir si le *défendeur* était lié par l'article IX de la convention sur le génocide.

3.24. Madame le président, le paragraphe 9 de l'article 79 du Règlement actuel de la Cour, ainsi que son paragraphe 7, en ce qu'ils s'appliquent à notre affaire, définissent en des termes identiques et l'objet et la portée d'un arrêt sur des exceptions préliminaires. Il y est précisé que «[l]a Cour ... statue dans un arrêt par lequel elle retient l'exception, la rejette ou déclare que cette exception n'a pas dans les circonstances de l'espèce un caractère exclusivement préliminaire».

3.25. Dans l'arrêt de 1996, il a été statué sur des exceptions préliminaires — exceptions qui ne portaient pas sur la question de savoir si la Cour était compétente *rationae personae* vis-à-vis du défendeur ni sur celle de savoir si la RFY avait accès à la Cour.

57

3.26. En ce qui concerne la question de savoir ce que recouvre et tranche un arrêt sur la compétence, le demandeur prétend que l'arrêt de 1996 sur la compétence comporterait deux dispositifs : l'un allant dans le sens de l'article 79 du Règlement et rejetant les exceptions préliminaires et l'autre établissant la compétence de la Cour en vertu de l'article IX de la convention sur le génocide⁹².

3.27. Cet argument ne s'inscrit pas dans la logique des termes de l'article 79 et est contraire à la position adoptée par Rosenne dans le passage cité par M. Pellet⁹³. Dans l'extrait cité par ce dernier, Rosenne dit «[l]e cas échéant, des exceptions peuvent être soulevées après que la Cour a confirmé sa compétence au stade des exceptions préliminaires et après la reprise de la procédure sur le fond»⁹⁴. [Traduction du Greffe.] Quel est le dispositif qui est envisagé en l'espèce ? Si le dispositif consistait à confirmer de manière très large la compétence et non à exposer la position adoptée sur les questions et les exceptions soulevées, alors ce que dit Rosenne sur le fait de soulever de nouvelles exceptions n'aurait simplement aucun sens du moment que la Cour aurait confirmé sa compétence. Or, Rosenne parle de nouvelles exceptions qui «ne soulèvent pas de questions déjà tranchées ayant acquis la force de la chose jugée dans l'arrêt rendu sur les exceptions préliminaires»⁹⁵. [Traduction du Greffe.] Il suppose que la compétence une fois confirmée *peut* être remise en question par de nouvelles exceptions — ce qui cadre parfaitement avec le libellé de l'article 79 et avec l'hypothèse que c'est la décision sur les exceptions soulevées à titre préliminaire qui peut revêtir l'autorité de la chose jugée dans un arrêt sur des exceptions préliminaires.

3.28. Permettez-moi d'ajouter enfin, Madame le président, que, même si l'on devait accepter la définition du dispositif proposée par M. Pellet, cette dernière n'engloberait pas pour autant la

⁹² CR 2006/36, p. 16-17, par. 41 (Pellet).

⁹³ CR 2006/35, p. 60, par. 14 (Pellet).

⁹⁴ Rosenne, *op. cit.*, p. 865.

⁹⁵ Rosenne, *op. cit.*, p. 865.

question de l'accès, dont il n'est pas question dans ces phrases de l'arrêt de 1996 que M. Pellet considère comme constituant le dispositif. Cet aspect sera développé plus avant par mon confrère M. Djerić.

58

3.29. Dès lors, les questions précises que nous avons soulevées dans notre Initiative n'ont pas été soulevées à titre d'exceptions préliminaires et échappent à la portée de l'arrêt de 1996 sur les exceptions préliminaires. La demande en révision a été rejetée et la Cour n'a pas atteint le stade auquel les questions soumises auraient pu être examinées. Il s'ensuit que, même si l'on n'opérait pas de distinction entre les effets d'un arrêt sur la compétence et les effets d'un arrêt sur le fond, *quod non*, ni la question de l'accès à la Cour pour le défendeur, ni la question de la compétence *ratione personae* vis-à-vis du défendeur en vertu de la convention sur le génocide ne sauraient être considérées comme revêtant l'autorité de la chose jugée.

2.2. Il est un principe bien établi selon lequel la Cour doit toujours s'assurer de sa compétence

3.30. Madame le président, permettez-moi de développer à présent un autre argument et de vous démontrer que, même à supposer que les décisions relatives aux exceptions préliminaires revêtent les effets de la chose jugée entre les Parties, et même à supposer que ces effets s'étendent aux exceptions qui n'ont pas été soulevées lors de la phase préliminaire, *quod non*, cela n'empêcherait pas la Cour de traiter, lors de la phase du fond, des questions touchant à l'accès et à la compétence.

3.31. Le caractère particulier d'une décision relative à la compétence résulte du Statut lui-même, qui à son article 59, définit la nature et la portée de l'effet de la chose jugée, dans les termes suivants : «La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé.» En d'autres termes, le caractère contraignant d'un arrêt de la Cour se limite clairement aux droits et aux obligations des parties.

3.32. Mais ce dont nous parlons ici, c'est de l'accès et de la compétence, et non simplement d'une question de droits et d'obligations des parties. Il s'agit avant tout d'un droit et d'une obligation de la Cour. Rien dans l'article 59 n'empêche la Cour d'ouvrir ou de rouvrir *proprio motu* la question de sa propre compétence si les circonstances propres d'une espèce paraissent l'exiger — et c'est là ce que nous soutenons.

3.33. Ce point de vue a été parfaitement confirmé par M. Bernhardt qui, dans son commentaire sur l'article 59 du Statut intitulé «*Binding Force with Regard to the Court?*», précise : «L'article 59 ne concerne pas la force contraignante d'une décision pour la Cour elle-même.»⁹⁶

3.34. Voilà qui nous ramène à la logique imparable de l'arrêt rendu en l'affaire du *Conseil de l'OACI* (C.I.J. Recueil 1972, p. 46, *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI (Inde c. Pakistan)*) qui traite, en y répondant, la question de savoir si la Cour peut elle-même soulever la question de sa compétence — et si des circonstances particulières sont pour cela nécessaires. La Cour a confirmé de manière très claire que des exceptions d'incompétence pouvaient effectivement être soulevées au cours de la phase du fond, et qu'elle devait toujours s'assurer de sa compétence.

59

3.35. Permettez-moi de rappeler une nouvelle fois ce qu'a dit la Cour à ce propos :

«Il est assurément souhaitable que les objections visant la compétence de la Cour prennent la forme d'exceptions préliminaires sur lesquelles il est statué à part, avant toute procédure sur le fond. La Cour n'en doit pas moins toujours s'assurer de sa compétence et elle doit, s'il y a lieu, l'examiner d'office.» (*Ibid.*, p. 52, par. 13.)

3.36. Le demandeur ne conteste pas ce principe. Ainsi, M. Pellet affirme-t-il que «there is no doubt that the Court «must ... always be satisfied that it has jurisdiction»⁹⁷. Il soutient toutefois que le fait que la Cour puisse examiner sa compétence ne signifie pas qu'elle puisse la réexaminer⁹⁸; il ajoute que le fait que la Cour doive toujours s'assurer qu'elle est compétente ne signifie pas qu'elle peut revenir sur cette question «à tout moment». M. Pellet soutient que : «The Court must be satisfied that it has jurisdiction: the 1996 Judgment gave it the opportunity to do so; it cannot, today, call into question its own authority.»⁹⁹ Il ajoute également que : «The Court cannot simply assume jurisdiction in a permissive manner, without having other legal grounds for doing so.»¹⁰⁰

3.37. Madame le président, permettez-moi de commencer par cette dernière citation. S'il existe un principe incontesté voulant que la Cour doive toujours s'assurer de sa compétence et, si nécessaire, se pencher sur cette question d'office, alors, de toute évidence, ce principe juridique

⁹⁶ A. Zimmermann, E. Tomuschat, K. Oellers-Fram, sous la dir. de, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford 2006, p. 1240.

⁹⁷ CR 2006/35, p. 57, par. 8 (Pellet).

⁹⁸ *Ibid.*, p. 58-59, par. 10 (Pellet).

⁹⁹ CR 2006/37, p. 47, par. 30 (Pellet).

¹⁰⁰ CR 2006/36, p. 24, par. 61 (Pellet).

établi par la Cour constitue le «fondement juridique» l'autorisant à procéder ainsi. La question est tout autre de savoir si la Cour trouvera des motifs suffisants dans les circonstances de l'espèce pour procéder à un tel examen et prendre une position différente sur l'accès et la compétence. Nous allons démontrer qu'il existe pléthore de raisons de le faire.

60 3.38. Un second élément de l'argumentation du demandeur consiste à affirmer que «toujours» ne signifie pas «à tout moment»; que le droit et l'obligation de procéder à un tel examen n'ont pas pour corollaire le droit et l'obligation correspondants de procéder à un réexamen; et que la Cour a d'une certaine façon renoncé à la possibilité de se pencher d'office sur la question de l'accès et de la compétence dès lors qu'elle n'a pas saisi l'occasion qui lui était donnée de le faire en 1996.

3.39. Madame le président, ces arguments sont totalement dépourvus de fondement, que ce soit dans le texte, dans le contexte ou dans la logique de l'arrêt rendu en l'affaire du *Conseil de l'OACI*. Permettez-moi tout d'abord de demander quel pourrait bien être le sens de «toujours» sinon «à tout moment»? En l'affaire du *Conseil de l'OACI*, la question s'était posée de savoir si des exceptions d'incompétence pouvaient être soulevées ultérieurement, c'est-à-dire lors de la phase du fond; la réponse fut oui, la Cour devant toujours «s'assurer de sa compétence», expression qui englobe de toute évidence la phase du fond.

3.40. Notre affaire ne saurait être non plus dissociée de celle de l'OACI au motif que, dans cette dernière, les exceptions d'incompétence n'avaient été soulevées par le défendeur qu'à la phase du fond, alors que, dans la présente affaire, le défendeur avait déjà contesté la compétence lors de la phase relative aux exceptions préliminaires. Cet aspect est dépourvu de pertinence, tout d'abord parce que nous ne soulevons pas le même type d'exceptions que celles qui avaient été soulevées dans la phase relative aux exceptions préliminaires, ensuite — et cela est plus important encore — parce que le principe établi non seulement est indépendant du moment auquel intervient la partie concernée, ou de la question de savoir si cette partie soulève ou resoulève certaines questions relatives à la compétence, *mais est même purement et simplement indépendant de tout ce que pourrait décider de faire une partie*. L'arrêt rendu dans l'affaire du *Conseil de l'OACI* évoque un droit et une obligation *pour la Cour* d'agir d'office.

3.41. Reste la question de savoir si la Cour peut être réputée avoir renoncé à un tel droit en ne soulevant pas d'office cette question lors de la phase des exceptions préliminaires. La réponse est, là encore, parfaitement négative. Tout d'abord, l'arrêt rendu dans l'affaire du *Conseil de l'OACI* n'évoque nul privilège qui serait caduc dès lors que n'aurait pas été saisie la première occasion de s'en prévaloir; simplement il affirme que la Cour *doit* «toujours s'assurer de sa compétence, et ... doit, s'il y a lieu l'examiner d'office». En outre — et tout est là —, puisque la Cour ne saurait agir *ultra vires*, elle doit prendre en compte toute information ou précision nouvelle fournie après la phase relative aux exceptions préliminaires, et se déclarer incompétente si elle n'est pas certaine d'avoir compétence.

61

3.42. Dans notre affaire, il n'y avait pas, en 1996, d'information suffisante qui aurait permis de soulever et de trancher les questions qui, aujourd'hui, sont soulevées et peuvent être tranchées. Le fait que, en 1996, n'ait pas été contestée l'hypothèse de la continuité ne saurait être interprété comme un simple manquement à soulever une question évidente, manquement qui aurait entraîné une sorte de *forum prorogatum* pour le défendeur et l'impossibilité pour la Cour de soulever d'office la question de la compétence. Il a été dit et répété à de nombreuses reprises que la situation qui prévalait à l'époque n'était pas transparente, qu'elle était anormale. Mais quelle meilleure preuve que cela que l'attitude du demandeur au cours des présentes audiences ? Plusieurs de ses conseils continuent d'affirmer qu'il y avait continuité.

3.43. Madame le président, permettez-moi d'aborder maintenant un autre argument avancé par le demandeur, argument qui concerne cette fois-ci non le fondement, mais l'éventuelle mise en œuvre du principe énoncé dans l'arrêt du *Conseil de l'OACI*. M. Pellet affirme qu'il n'existe aucun critère susceptible d'établir dans quelle mesure des circonstances peuvent être exceptionnelles, et que cela risquerait d'avoir un effet déstabilisateur¹⁰¹.

3.44. Le concept de «circonstances spéciales» relève bien sûr d'une série de critères généraux, nombreux, qui doivent être interprétés dans certaines affaires. Permettez-moi d'indiquer que ce même critère général a été utilisé par d'autres juridictions internationales, telle que la Cour européenne des droits de l'homme. J'en viendrai d'ici peu à la pratique d'autres juridictions. A ce

¹⁰¹ CR 2006/36, p. 19, par. 47-48 (Pellet).

stade, permettez-moi simplement d'affirmer qu'il est difficile d'imaginer une affaire dans laquelle des éléments récents et des informations nouvelles pourraient revêtir un caractère aussi spécial et être aussi lourds de conséquences que dans la présente espèce. Tout d'abord, l'un des éléments à l'origine des difficultés est constitué par la question de l'appartenance de la RFY à l'Organisation des Nations Unies entre 1992 et 2000; or, le 1^{er} novembre 2000, l'autorité compétente à cet égard, l'Assemblée générale, s'est prononcée. Par ailleurs, il est généralement reconnu que l'incertitude juridique qui prévalait à l'époque où devait être rendu un arrêt sur les exceptions préliminaires a maintenant été levée. L'on ne saurait davantage soutenir que la RFY était partie au Statut avant le 1^{er} novembre 2000, ou qu'elle était demeurée ou devenue liée par l'article IX de la convention sur le génocide. Cette nouvelle perspective, fondée sur des informations récemment venues à notre connaissance, a été confirmée sans équivoque par les arrêts de 2004 rendus dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, arrêts qui ont établi que, entre 1992 et 2000, le demandeur n'était pas partie au Statut et n'avait pas accès à la Cour; arrêts qui ont également ouvert la question de savoir si le défendeur aurait pu être lié par l'article IX de la convention sur le génocide. Ces circonstances sans précédent et dont il est peu probable qu'elles se répètent jamais sont certainement spéciales, et il est clair que, dans de telles circonstances, les questions d'accès et de compétence doivent nécessairement être examinées.

62

3.45. Madame le président, Messieurs de la Cour, la règle et le principe énoncés dans l'arrêt rendu en l'affaire du *Conseil de l'OACI* montrent bien que la Cour peut et doit se pencher sur la question de la compétence au moment de l'examen au fond si l'y incitent les circonstances spéciales d'une affaire. Telle est la raison pour laquelle, dans sa correspondance avec les Parties, la Cour s'est, dans sa lettre du 12 janvier 2003 autorisant le défendeur à présenter des arguments complémentaires relatifs aux questions de compétence lors des audiences consacrées au fond, spécifiquement référée à l'affaire de *l'OACI*.

2.3. Les circonstances spéciales de la présente espèce rendent inévitable un nouvel examen des questions touchant à l'accès et à la compétence

3.46. Madame le président, une autre raison, indépendante, fait que les circonstances propres à la présente espèce rendent inévitable l'examen, à la phase du fond, de questions touchant à l'accès et à la compétence.

3.47. Nous nous sommes jusqu'à présent intéressés à la question de savoir si le Statut permettrait en quelque façon d'appuyer la thèse selon laquelle la règle de l'autorité de la chose jugée pourrait trouver à s'appliquer, en particulier à l'égard de la Cour — s'agissant d'un arrêt sur les exceptions préliminaires, précisons-le. En d'autres termes, nous nous sommes demandé si les restrictions imposées par les articles 59 et 60 du Statut interdiraient aux parties ou à la Cour de soulever une nouvelle fois la question de la compétence lors de la phase du fond dès lors qu'ont entre-temps surgi des éléments suffisamment convaincants pour amener à conclure que la base de compétence telle qu'elle était perçue n'existait pas alors et n'existe toujours pas.

3.48. L'arrêt rendu dans l'affaire du *Conseil de l'OACI* a clairement montré que les effets découlant du Statut ne sauraient empêcher la Cour d'examiner d'office la question de la compétence lors de la phase du fond. Les circonstances de la présente espèce conduisent à une question encore plus essentielle. L'affaire qui nous occupe comporte en effet une circonstance tout à fait exceptionnelle, lourde de conséquences sur la possibilité pour la Cour de se prononcer sur sa compétence d'une manière contraignante, ainsi que sur les effets qu'aurait un tel arrêt. La question n'est plus seulement de savoir quels sont précisément les effets des articles 59 et 60 vis-à-vis d'un arrêt sur la compétence, mais celle de savoir si le Statut permet de donner à l'arrêt rendu en 1996 quelque effet que ce soit, puisque le défendeur n'était pas alors partie au Statut.

63 3.49. Madame le président, alors que la faculté de trancher d'une juridiction interne trouve son fondement dans l'autorité souveraine de l'Etat du for, le fondement juridictionnel correspondant de votre honorable Cour est constitué par un traité, le Statut de la Cour. Telle est la base qui confère aux décisions de la Cour leurs conséquences spécifiques. Mais les droits et obligations énoncés dans le Statut découlent du consentement des Etats parties à celui-ci. Ce qui rend notre affaire si exceptionnelle réside dans le fait que, lorsque l'arrêt de 1996 a été rendu, ce fondement essentiel, ce cadre nécessaire, était tout simplement absent. Dès lors, dans notre affaire, la question n'est plus de savoir quelles conclusions particulières pourraient s'appuyer sur la base fournie par le Statut, mais celle de savoir si une telle base existait simplement.

3.50. Nous savons aujourd'hui que lorsque, en 1996, la décision relative aux exceptions préliminaires a été rendue, le défendeur n'était pas partie au Statut. Aucune base de compétence n'existait de la sorte à l'époque; le paragraphe 6 de l'article 36 et les articles 59 et 60 ne

représentaient pas une disposition conventionnelle contraignante fournissant une éventuelle base à partir de laquelle se prononcer sur la compétence avec des effets revêtant l'autorité de la chose jugée.

3.51. Nous estimons — et nous pensons l'avoir amplement démontré — que rien ne s'oppose à ce que l'accès et la compétence soient examinés ou réexaminés lors de la phase du fond — en particulier lorsqu'un tel examen est entrepris par la Cour elle-même, d'office. Cette conclusion est d'autant plus manifeste que, dans cette affaire, le fondement même qui aurait permis l'exercice de la fonction judiciaire faisait défaut, puisque la compétence de la Cour pour se prononcer sur sa compétence lors de la phase des exceptions préliminaires ne reposait sur aucune disposition du Statut, et que celui-ci ne peut donc en aucune manière régir maintenant les effets du prononcé de la Cour.

3.52. Madame le président, notre position est la suivante : les principes si justement énoncés par l'arrêt rendu dans l'affaire du *Conseil de l'OACI* permettent à la Cour de se pencher sur des questions touchant à l'accès et à la compétence lors de la phase du fond, même si le défendeur était déjà partie au Statut au moment où ont été examinées les exceptions préliminaires, et au moment où l'arrêt relatif à la compétence a été rendu. Cette circonstance particulière, inhabituelle, mais clairement établie, constituée par le fait que le défendeur n'était *pas* partie au Statut en 1996, lorsqu'a été rendu l'arrêt sur la compétence, fournit une excellente raison supplémentaire pour conclure que l'arrêt de 1996 ne saurait être considéré comme définitif. Il est donc parfaitement justifié d'examiner au cours de la présente phase de la procédure des questions relatives à l'accès et à la compétence à la lumière des informations nouvelles, lourdes de conséquences, qui n'étaient pas disponibles en 1996, et qui ont été confirmées par les arrêts de 2004 relatifs à la *Licéité de l'emploi de la force*.

3. Traités, règlements et pratiques des juridictions internationales

3.1. Traités et règlements

3.53. Madame le président, notre estimé confrère, M. Pellet, lorsqu'il a répondu à notre thèse selon laquelle il est parfaitement possible d'examiner les questions d'accès et de compétence lors

11 juillet 1996 serait tout à fait exceptionnel, non seulement dans la jurisprudence de la Cour mais dans les annales judiciaires, toutes juridictions confondues...»] «the Judgment of 11 July 1996 is utterly exceptional, not only in the jurisprudence of the Court, but in the annals of all courts, in all jurisdictions»¹⁰². Le même argument revient à la fin de la plaidoirie du professeur Pellet, qui affirme [«aucun corps judiciaire ne peut deux fois sur le métier remettre son ouvrage»] «no judicial body can do its work twice over»¹⁰³.

3.54. Sauf son respect, cela n'est tout simplement pas vrai. L'argument que nous soutenons n'est pas une étrangeté, qui serait inconnue de la jurisprudence internationale. Nous démontrerons que le droit de la Cour à examiner sa compétence lors de la phase du fond dans des circonstances telles que celles qui caractérisent notre affaire ne constitue pas une exception étrange, mais s'inscrit bien au contraire dans un cadre général largement accepté par divers traités et règlements. La pratique des autres juridictions internationales est conforme au principe énoncé dans l'arrêt relatif au *Conseil de l'OACI*.

3.55. Tout d'abord, le principe selon lequel un tribunal international peut examiner ou réexaminer la question de sa compétence quelle que soit la phase de la procédure a été expressément énoncé dans diverses conventions internationales et divers règlements de tribunaux internationaux. C'est ainsi que la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose, au paragraphe 4 de son article 35 : «La Cour rejette toute requête qu'elle considère comme irrecevable par application du présent article. *Elle peut procéder ainsi à tout stade de la procédure.*» (Les italiques sont de nous.)

3.56. Dans la même ligne, le statut de la Cour pénale internationale précise également que — compte tenu de circonstances exceptionnelles — la question de la compétence peut être soulevée à tout moment de la procédure, et qu'elle peut l'être plusieurs fois. Selon le paragraphe 4 de l'article 19 du statut de Rome :

«La recevabilité d'une affaire ou la compétence de la Cour ne peut être contestée qu'une fois par les personnes ou les Etats visés au paragraphe 2. L'exception doit être soulevée avant l'ouverture ou à l'ouverture du procès. *Dans des circonstances exceptionnelles, la Cour permet qu'une exception soit soulevée plus d'une fois ou à une phase ultérieure du procès.*» (Les italiques sont de nous.)

¹⁰² CR 2006/36, p. 11, par. 27 (Pellet).

¹⁰³ CR 2006/37, p. 47, par. 31 (Pellet).

3.57. Autre exemple important : le règlement de la Cour de justice européenne reconnaît lui aussi explicitement ce principe. Selon le paragraphe 2 de son article 92 : «La Cour peut à *tout moment, d'office*, examiner les fins de non-recevoir d'ordre public, ou constater, les parties entendues, que le recours est devenu sans objet et qu'il n'y a plus lieu de statuer.» (Les italiques sont de nous.)

3.2. Pratique d'autres juridictions internationales

3.58. Madame le président, le principe est clair, et découle de la nature des pouvoirs conférés aux tribunaux internationaux, ainsi que du caractère de *jus aequum* du rapport entre les parties et un tribunal. Un tribunal international doit toujours s'assurer de sa compétence. Le principe selon lequel la Cour peut se prononcer sur sa propre compétence ne se limite pas à la phase des exceptions préliminaires, et la possibilité pour la Cour de s'assurer de sa compétence n'est pas limitée à une seule décision. La position adoptée à un moment donné par un tribunal international ne saurait se substituer à aucune base de compétence; un tel tribunal ne peut simplement s'appuyer sur une position qu'il aurait antérieurement adoptée, mais doit toujours s'assurer qu'il est habilité à se prononcer sur une affaire.

3.59. Ce principe a été clairement énoncé par le président McNair dans l'affaire de l'*Anglo Iranian Oil Co.* Si la formulation couvre les tribunaux internationaux en général, c'est bien sûr la Cour qui est au centre de ce passage :

«Un tribunal international ne saurait considérer une question de compétence comme simple question *inter partes*. Cet aspect n'épuise pas la matière. La Cour elle-même, agissant *proprio motu*, doit s'assurer que tout Etat cité à comparaître devant elle ... a bien consenti à sa compétence.» (*Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1952, p. 116.*)

Le principe ainsi énoncé se justifie d'autant plus que l'on a affaire à un tribunal international qui ne s'inscrit pas dans le cadre d'un système comportant plusieurs degrés d'instance, et doit donc s'assurer lui-même que les conditions préalables à un prononcé de sa part sont bien remplies.

3.60. L'on pourrait affirmer que seules des raisons impérieuses peuvent conduire à s'écarter de ce point de vue raisonnable qui veut qu'une question d'ordre préliminaire soit tranchée lors de la phase préliminaire. Le nombre d'affaires dans lesquelles de telles raisons exceptionnelles et impérieuses sont susceptibles d'apparaître est faible. Les faits n'en montrent pas moins que

lorsque, par le passé, de telles circonstances exceptionnelles sont apparues, la question de la compétence a été examinée ou réexaminée lors d'une phase ultérieure de la procédure.

66

3.61. Dans l'affaire *Storck c. Allemagne*¹⁰⁴, portée devant la Cour européenne des droits de l'homme, un comité de trois juges a, le 15 octobre 2002, déclaré irrecevable la requête. Le requérant a alors demandé à la Cour de rouvrir la procédure. Le 28 janvier 2003, le même comité de trois juges a décidé de rouvrir la procédure. Dans sa décision du 26 octobre 2004, la Cour est revenue sur sa décision relative à la recevabilité et a jugé la requête recevable, malgré les objections formulées par le gouvernement *et malgré l'argument selon lequel la décision rendue en 2002 sur la recevabilité revêtait l'autorité de la chose jugée et que l'affaire ne pouvait donc être rouverte*. La CEDH a affirmé : «Toutefois, dans des circonstances exceptionnelles ... la Cour est d'elle-même habilitée, dans l'intérêt de la justice, à rouvrir une affaire qui avait été déclarée irrecevable et à rectifier ces erreurs.»¹⁰⁵ [Traduction du Greffe.]

3.62. Il importe de préciser que, dans l'affaire en question, la Cour européenne des droits de l'homme a modifié sa décision, pour passer de l'irrecevabilité à la recevabilité, repoussant ainsi encore davantage les limites de sa faculté de réexaminer les questions préliminaires. Lorsque des exceptions préliminaires sont rejetées, l'affaire se poursuit, et la seule question qui demeure est celle de savoir si des exceptions d'incompétence peuvent être une nouvelle fois soulevées lors d'une phase ultérieure d'une même procédure. Lorsque les exceptions préliminaires sont retenues, l'affaire est close, auquel cas elle doit être rouverte de façon à permettre le réexamen de la question de la recevabilité. Telle est la raison pour laquelle plusieurs auteurs favorables à la possibilité de rouvrir l'examen de la compétence limitent toutefois cette possibilité aux affaires dans lesquelles la juridiction concernée s'était tout d'abord reconnue compétente, affaires qui, par conséquent, se poursuivent normalement¹⁰⁶.

3.63. Dans l'affaire *Storck*, une fois réexaminée la recevabilité, cette même question a été une nouvelle fois soulevée — c'est-à-dire soulevée pour la troisième fois — lors de la phase du fond, et devant les juges mêmes qui avaient rendu les premières décisions. L'Allemagne demanda

¹⁰⁴ CEDH, *Waltraud Storck c. Allemagne*, requête n° 61603/00, décision sur la recevabilité du 26 octobre 2004.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 12.

¹⁰⁶ Voir par exemple, Lamberti Zanardi, «Il procedimento sulle eccezioni preliminari nel processo davanti alla Corte internazionale di Giustizia», *Rivista di diritto internazionale*, 1965, fasc 4, 537, at 559.

67

alors à la Cour de conclure à l'irrecevabilité de la requête, réitérant son argument selon lequel l'affaire était chose jugée dès après la première décision, et que la Cour n'était pas habilitée à rouvrir l'affaire dès lors que la requête avait déjà été jugée irrecevable. Dans son arrêt du 16 juin 2005, la Cour a examiné cette objection, et a rejeté l'argument, citant son propre raisonnement selon lequel la Cour «est d'elle-même habilitée ... à rouvrir une affaire»¹⁰⁷ [traduction du Greffe].

3.64. La pratique de la CEDH montre très clairement que la question de la compétence peut être examinée ou réexaminée à tout moment de la procédure, dans toutes les situations, soit à la demande d'une partie, soit *proprio motu*¹⁰⁸. A titre d'exemple supplémentaire, je voudrais faire état d'une décision toute récente de la CEDH, dans laquelle, si la structure des faits n'était pas la même, le problème et la position adoptée à l'égard de celui-ci l'étaient. Dans l'affaire *Blečić c. Croatie*¹⁰⁹, tranchée le 8 mars 2006, la question s'était posée de savoir si le Gouvernement de la Croatie pouvait soulever des exceptions préliminaires lors de la phase du fond, ayant omis de le faire lors de la phase préliminaire — et après que cette même question de la compétence eut été soulevée lors de la phase préliminaire par la Cour elle-même, et que celle-ci se fut déclarée compétente. La grande chambre, fidèle au principe voulant que la Cour soit à même de réexaminer des questions relatives à la compétence à *tout* stade de la procédure, a examiné les exceptions d'incompétence soulevées par la Croatie, pour finalement estimer qu'elle n'avait *pas* compétence. La CEDH a jugé, et je cite : «dès lors, la Cour, ... doit s'assurer qu'elle a compétence dans toute affaire dont elle est saisie, et doit donc examiner la question de sa compétence à tout stade de la procédure»¹¹⁰ [traduction du Greffe].

3.65. Madame le président, Messieurs de la Cour, ce même principe qui a trouvé son expression dans des conventions internationales ainsi que dans des règlements et dans la pratique d'autres juridictions internationales a également été suivi dans des affaires d'arbitrage dont les circonstances particulières l'exigeaient. Dans l'affaire *Von Tiedemann*, dont la structure était

¹⁰⁷ CEDH, *Storck c. Allemagne*, requête n° 61603/00, arrêt (fond et satisfaction équitables), 16 juin 2005, p. 8.

¹⁰⁸ Voir entre autre les affaires, CEDH 2004-III, *Azinas c. Cyprus* (grande chambre), n° 56679/00, par. 32; CEDH 2003-III, *Odièvre c. France* (grande chambre), n° 42326/98, par. 22; *Nielsen c. Danemark*, n° 343/57, décision de la Commission, 2 septembre 1959, *Annuaire* 2, p. 454.

¹⁰⁹ CEDH, *Blečić c. Croatie* (grande chambre), requête n° 59532/00, arrêt, 8 mars 2006.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 17, par. 67.

extrêmement voisine de celle qui nous intéresse ici, les circonstances exceptionnelles de l'instance conduisirent le tribunal arbitral mixte à réexaminer sa décision sur la compétence et à finalement conclure à une absence de compétence.

68 3.66. Le problème soulevé dans l'affaire *Von Tiedemann* est un reflet exact de celui auquel nous nous trouvons aujourd'hui confrontés. Nous avons fait figurer ce document à l'onglet 3 du dossier des juges.

Madame le président, j'aurai probablement besoin de dépasser de cinq ou six minutes le temps prévu, si vous me le permettez.

Le PRESIDENT : Mais oui, sans aucun doute.

M. VARADY : Merci beaucoup.

Le tribunal arbitral mixte se trouvait confronté à un ensemble de plusieurs affaires soulevant la même question. Il s'agissait de la capacité à agir de l'une des parties. Comme dans notre affaire, le tribunal arbitral mixte germano-polonais s'était tout d'abord déclaré compétent, rejetant les exceptions préliminaires soulevées par l'Etat polonais¹¹¹. Par la suite, et avant de connaître du fond de l'affaire *Von Tiedemann*, le tribunal arbitral mixte eut à se prononcer sur sa compétence dans six autres affaires parallèles dont la structure factuelle était très proche — il s'agissait là encore d'une situation relativement proche de celle qui devait se matérialiser à la suite des affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*. Dans ces six affaires (*Kunkel et consorts*), le tribunal se déclara incompétent.

3.67. La raison de sa décision nous est là encore très familière : elle relève de la capacité à agir des requérants. Comme le résume bien la décision *Von Tiedemann* — que vous pouvez retrouver à l'onglet 3, page 4 :

[«Par arrêt du 2 décembre 1925 en cause *Kunkel et consorts c. Etat polonais* ... le Tribunal a posé en principe qu'il est incompétent pour statuer sur les réclamations formées contre l'Etat polonais en tant que les requérants les fondent sur leur qualité prétendue de ressortissants polonais.»]

«By Decision of 2 December 1925 in the case of *Kunkel et al v. Polish State* . . . the Tribunal held that, in principle, it lacked jurisdiction to rule on the complaints

¹¹¹ *Von Tiedemann c. Etat polonais, Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes*, t. VI, p. 997-1003.

made against the Polish State, insofar as the Applicants based those complaints on their alleged status as Polish nationals.»¹¹²

69 3.68. A la suite de la décision d'incompétence rendue dans les six affaires parallèles, la Pologne demanda le réexamen de la compétence dans l'affaire *Von Tiedemann*, la question soulevée par celle-ci étant la même que celle soulevée dans les six autres affaires. Le requérant s'opposa à ce réexamen, soutenant qu'il n'était pas possible de revenir sur la question de la compétence, celle-ci ayant définitivement été réglée par la décision antérieurement rendue sur la question. Le tribunal choisit de réexaminer sa précédente décision concernant la compétence, et se déclara finalement également incompétent dans l'affaire *Von Tiedemann*. Le tribunal indiqua que, afin de suivre le principe de l'autorité de la chose jugée, il serait conduit à commettre un «excès de pouvoir»¹¹³, de telle sorte que sa décision serait *ultra vires* et non contraignante pour les parties¹¹⁴.

3.69. Le tribunal a parfaitement exposé sa position, qui se trouve reproduite à l'onglet 3, page 5 :

[«le tribunal estime que, dans l'intérêt de la sécurité du droit, il importe que ce qui a été jugé, soit, en principe, tenu pour définitif.

Mais la question se présente sous un aspect tout particulier lorsque le jugement préliminaire rendu est un jugement affirmant la compétence du Tribunal et que celui-ci constate dans la suite, mais avant le jugement au fond, qu'en réalité il est incompétent. En pareil cas, s'il s'était obligé de se regarder comme lié par sa première décision, il serait amené à statuer sur une matière dont il reconnaît cependant qu'elle échappe à sa juridiction. Et lorsque — comme en l'espèce — il a entre-temps proclamé son incompétence dans des causes identiques, il se mettrait en contradiction irréductible avec lui-même en jugeant néanmoins au fond et il s'exposerait au risque de voir l'Etat défendeur s'autoriser de l'aveu d'incompétence émanant du tribunal même pour refuser d'exécuter sa sentence . . .

En d'autres termes, pour rester fidèle au principe du respect de la chose jugée, il devrait commettre un abus manifeste de pouvoir.»]

«the Tribunal considers that, in the interests of legal security, it is important that a judgment, once rendered, should in principle be held to be final.

However, the question takes on a special complexion when the preliminary judgment rendered is a judgment upholding the Tribunal's jurisdiction and the latter finds subsequently, but prior to the judgment on the merits, that in fact it lacks jurisdiction. In such a case, if it were obliged to regard itself as being bound by its first decision, it would be required to rule on a matter which it nevertheless acknowledges to stand outside its jurisdiction. And when — as in the instant case —

¹¹² *Ibid.*, p. 1000.

¹¹³ *Ibid.*, p. 1001.

¹¹⁴ *Ibid.*

it has in the meantime ruled that it has no jurisdiction in cases of the same nature, it would totally contradict itself by nevertheless ruling on the merits, and it would expose itself to the risk that the respondent State might take advantage of the Tribunal's own acknowledgment of its lack of jurisdiction, in order to refuse to execute its judgment . . .

In other words, in order to remain faithful to the *res judicata* principle, it would have to commit a manifest abuse of authority.»¹¹⁵

3.70. C'est une logique absolument identique qui s'applique à notre affaire. L'autorité d'une décision relative à des exceptions préliminaires ne saurait se substituer aux bases de compétence telles qu'elles sont définies par le Statut — et encore moins se substituer aux conditions préalables limitant l'accès à la Cour.

C. Conclusions

3.71. Madame le président, Messieurs de la Cour, permettez-moi de conclure tout d'abord que l'arrêt de 1996 reposait sur l'hypothèse d'une continuité, c'est-à-dire sur l'hypothèse selon laquelle la RFY aurait assumé la continuité de l'ex-Yougoslavie, qu'il s'agisse de la personnalité juridique de cette dernière, de son appartenance à l'Organisation des Nations Unies ou encore de sa qualité de partie à des traités. Or, il est aujourd'hui clair que cette hypothèse était erronée, ce que notre contradicteur, M. Pellet, a également reconnu.

3.72. L'arrêt de 1996 n'interdit pas à la Cour de se pencher, lors de la phase du fond de cette affaire, sur les questions touchant à l'accès et à la compétence, et ce pour les raisons suivantes :

- 70 — premièrement, les décisions relatives aux exceptions préliminaires n'ont pas les mêmes effets que les décisions définitives au fond;
- deuxièmement, la question de savoir si le défendeur avait accès à la Cour et celle de savoir s'il était lié par l'article IX de la convention sur le génocide n'ont pas été soulevées en tant qu'exceptions préliminaires, et n'ont donc pas été tranchées;
- troisièmement, il ressort clairement du principe, non contesté, énoncé dans l'arrêt rendu en l'affaire du *Conseil de l'OACI* que la Cour doit toujours s'assurer de sa compétence et qu'elle peut examiner d'office cette question, y compris lors de la phase du fond;

¹¹⁵ *Ibid.*

- quatrième, au moment où l'arrêt de 1996 a été rendu, le Statut ne constituait pas un traité en vigueur entre les Parties, et ne pouvait donc conférer au jugement l'autorité de la chose jugée;
- cinquième, le réexamen des questions de l'accès et de la compétence lors de la phase du fond, une fois rendu un arrêt relatif aux exceptions préliminaires, est non seulement conforme au principe énoncé par votre Cour en l'affaire du *Conseil de l'OACI*, mais également parfaitement conforme aux règlements et à la pratique d'autres juridictions internationales.

Nous avons également démontré qu'il existe bien des circonstances spéciales appelant à un examen des questions d'accès et de compétence.

Voilà qui conclut notre intervention de cet après-midi; je vous remercie beaucoup pour votre attention.

Le PRESIDENT : Merci, Monsieur Varady.

L'audience est à présent levée. Les plaidoiries reprendront demain matin à 10 heures.

L'audience est levée à 18 h 5
