



HAL
open science

La cohérence de la chose jugée (l'affaire du génocide devant la CIJ)

Évelyne Lagrange

► **To cite this version:**

Évelyne Lagrange. La cohérence de la chose jugée (l'affaire du génocide devant la CIJ). *Annuaire français de droit international*, 2007, 53 (1), pp.1-42. 10.3406/afdi.2007.3968 . hal-03629260

HAL Id: hal-03629260

<https://hal.science/hal-03629260>

Submitted on 4 Apr 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LA COHÉRENCE DE LA CHOSE JUGÉE (L'AFFAIRE DU GÉNOCIDE DEVANT LA CIJ)

ÉVELYNE LAGRANGE

Saisie en 1993 par la Bosnie-Herzégovine d'une requête dirigée contre la Yougoslavie sur le fondement de la convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, la Cour internationale de Justice s'était dans un premier temps déclarée compétente *prima facie*, précondition indispensable pour pouvoir ordonner des mesures conservatoires¹. Le 11 juillet 1996, elle avait rendu son arrêt sur une série d'exceptions préliminaires soulevées par le défendeur et conclu que l'article IX de la convention constituait une base de compétence valide². L'affaire traîna en longueur, la Yougoslavie multipliant incidents de procédure³ et procédures incidentes et sollicitant sans cesse de nouveaux délais, si bien qu'elle ne parvint au stade de la procédure orale qu'au printemps 2006. Or, dans l'intervalle, la Yougoslavie (distincte de l'ex-Yougoslavie, officiellement dénommée République fédérative socialiste de Yougoslavie ou RFSY), devenue la République fédérale de Yougoslavie, ici RFY⁴, changea de régime politique, de gouvernement et bientôt de politique étrangère à l'automne 2000, avant de devenir l'État de Serbie-et-Monténégro⁵, puis de se réduire à la Serbie en 2006. Les crimes de l'ère Milosevic ne seraient plus niés, mais la Serbie-et-Monténégro⁶ s'emploierait à échapper à la mise en cause effective d'une responsabilité juridique dont elle avait accepté le principe pour pouvoir réintégrer pleinement le concert des nations. La Serbie-et-Monténégro se rendit donc avec

(*) Évelyne LAGRANGE, professeur de droit public à l'Université Paris 1 (Panthéon-Sorbonne), membre du CERDIN (Université Paris 1), chercheur en délégation au CNRS (Centre Marc Bloch, Berlin, 2008).

1. CIJ, affaire de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro))*, ordonnances en indication de mesures conservatoires des 8 avril 1993 et 13 septembre 1993. L'affaire dans son ensemble est désignée ci-dessous par une formule abrégée : l'affaire du *Génocide*.

2. CIJ, affaire de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires, arrêt du 11 juillet 1996 : « La Cour [...] 2) a) par treize voix contre deux, dit qu'elle a compétence, sur la base de l'article IX de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, pour statuer sur le différend » (§ 47).

3. Par exemple, elle n'est sans doute pas tout à fait étrangère aux tentatives du membre serbe de la présidence collégiale de la Bosnie-Herzégovine de faire avaliser le désistement d'instance de cet État (voy. arrêt du 26 février 2007, §§ 18-27).

4. D'après une note officielle de la mission permanente de la Yougoslavie auprès de l'Organisation des Nations Unies, datée du 27 avril 1992, faisant suite à une déclaration de l'Assemblée de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, de l'Assemblée nationale de la République de Serbie et de l'Assemblée de la République du Monténégro du 27 avril 1992. Ces mutations sont récapitulées dans l'arrêt sur le fond rendu le 26 février 2007 aux paragraphes 88-99. Les organes des Nations Unies continuèrent cependant de désigner cette entité du nom de République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro).

5. A la suite de la promulgation de la charte constitutionnelle de la Serbie-et-Monténégro, le 4 février 2003.

6. Par pure commodité et sans préjudice de l'évidente distinction entre un État et son gouvernement, nous emploierons le nom de Serbie-et-Monténégro, et non alternativement celui de RFY sous un nouveau gouvernement et celui de Serbie-Monténégro selon la phase précise de la procédure, pour rendre compte des positions prises par le défendeur à partir de 2000. Par RFY, nous désignerons le même État (du point de vue du droit international), dirigé par S. Milosevic.

empressement à l'invitation qu'avaient adressée l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité des Nations Unies à la RFY de présenter sa candidature à l'admission dans cette organisation en 1992. Depuis lors, le défendeur n'était pas tiers à l'organisation, il n'en était pas non plus un membre dans la plénitude de ses droits, mais il en était assurément, sous un statut qui fut un temps qualifié par la Cour elle-même de *sui generis*⁷. En présentant sa demande d'admission, la Serbie-et-Monténégro renonçait à la prétention de l'État qu'elle continuait, la RFY, d'être lui-même le continuateur de la RFSY. Elle n'avait pas plutôt été admise comme « nouveau membre » aux Nations Unies le 1^{er} novembre 2000 que, faisant de cohérence vertu, elle assura ne l'avoir jamais été auparavant. Pas plus n'avait-elle donc été *ipso facto* partie au statut de la Cour internationale de Justice. Pas plus n'avait-elle donc pu être partie à la convention sur le génocide en 1948 en tant que continuateur comme elle l'avait longtemps prétendu. Défendeur obstiné et se découvrant fort rusé, elle informa la Cour par une lettre du 20 avril 2001 qu'elle retirait les demandes reconventionnelles qu'elle avait présentées contre la Bosnie-Herzégovine ; quelques jours plus tard, le 24 avril 2001, elle introduisit une demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996 appuyée sur le fait nouveau que constituait selon elle son admission aux Nations Unies ; pour plus de sûreté, elle déposa le 4 mai 2001, au cours de la procédure sur le fond, une « Initiative présentée à la Cour aux fins d'un réexamen d'office de sa compétence ». Demandeur faussement repent, elle fit valoir les mêmes arguments dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force* qui l'opposaient depuis 1999 à plusieurs États membres de l'OTAN sur le fondement de la convention de 1948 également (« exposé écrit » du 20 décembre 2002).

En dépit de l'identité des moyens soulevés dans ces affaires par la Serbie-et-Monténégro, l'affaire du *Génocide* et celles de la *Licéité de l'emploi de la force* auraient pu demeurer sans incidence l'une sur l'autre. En 2003, la Cour rejeta la demande en révision de l'arrêt de 1996, faute que l'admission de la République fédérale de Yougoslavie pût être qualifiée de fait nouveau au sens de l'article 61 de son statut⁸. Pour asseoir sa décision de rejeter la demande de révision, la Cour dit :

« La résolution 47/1 ne portait notamment pas atteinte au droit de la RFY d'ester devant la Cour ou d'être partie à un différend devant celle-ci dans les conditions fixées par le Statut. Elle ne touchait pas davantage à la situation de la RFY au regard de la convention sur le génocide. [...] Tous ces éléments étaient connus de la Cour et de la RFY au jour du prononcé de l'arrêt. [...] La Cour tient en outre à souligner que la résolution 55/12 de l'Assemblée générale en date du 1^{er} novembre 2000 ne peut avoir rétroactivement modifié la situation *sui generis* dans laquelle se trouvait la RFY vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies pendant la période 1992-2000, ni sa situation à l'égard du Statut de la Cour et de la convention sur le génocide [...] »⁹.

7. « L'admission de la RFY le 1^{er} novembre 2000 comme Membre de l'Organisation des Nations Unies a mis fin à la situation *sui generis* de la Yougoslavie au sein de l'Organisation » (CIJ, *Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996 en l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires (Yougoslavie c. Bosnie-Herzégovine)*, arrêt du 3 février 2003, § 50). Une explication venait un peu plus loin : « [...] la Cour observera que les difficultés concernant le statut de la RFY, survenues entre l'adoption de cette résolution et l'admission de la RFY à l'ONU le 1^{er} novembre 2000, découlaient de la circonstance que, même si la prétention de la Yougoslavie à assurer la continuité de la personnalité juridique internationale de la RFSY n'était pas "généralement acceptée" [...], les conséquences précises de cette situation [...] étaient déterminées au cas par cas » (§ 70).

8. CIJ, arrêt précité du 3 février 2003. Voy. L.N.C. BRANT, « L'autorité de la chose jugée et la révision devant la Cour internationale de Justice à la lumière des derniers arrêts de celle-ci (Yougoslavie c. Bosnie et El Salvador c. Honduras) », cet *Annuaire*, 2003, pp. 258-265.

9. Arrêt du 3 février 2003, success. § 70 et § 71.

Mais en 2004, la Cour, dans sa majorité, fut impressionnée par la logique déployée par la Serbie-et-Monténégro : si elle était nouvellement membre des Nations Unies depuis le 1^{er} novembre 2000, c'est qu'elle ne l'était pas et ne pouvait l'avoir été auparavant. Les juges tendirent unanimement vers la déclaration d'incompétence¹⁰. Quelques-uns penchaient pour une motivation simple et inoffensive pour les autres affaires pendantes : incompétence *ratione materiae* ou *ratione temporis*¹¹, radiation de l'affaire du rôle de la Cour, le comportement du demandeur étant incompatible avec les règles de bonne administration de la justice¹². Mais la majorité s'aventura dans une motivation qui semblait condamner par ricochet la voie du règlement judiciaire du différend relatif à l'application de la convention de 1948 entre la Bosnie-Herzégovine et la Croatie, d'une part, la Serbie-et-Monténégro, d'autre part. Après avoir miné la portée de l'arrêt du 3 février 2003¹³, la Cour dit en effet qu'elle se trouvait dorénavant « à même d'apprécier l'ensemble de la situation juridique » de cet État à l'égard de l'ONU et du statut ; « compte tenu des conséquences juridiques du nouvel état de fait existant depuis le 1^{er} novembre 2000, la Cour [était] 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 »¹⁴. Encore le défendeur eût-il pu être partie au statut de la Cour en tant qu'État non membre de l'ONU, soit conformément aux dispositions particulières des traités en vigueur, soit dans les conditions définies par le Conseil de sécurité (article 35, § 2 du statut de la Cour). La seconde hypothèse n'était pas pertinente en l'espèce. Sans obéir à nulle nécessité et sans être capable d'étayer son interprétation par le moindre exemple, la Cour dit que l'article 35, § 2 ne couvrait que les clauses attributives de compétence insérées dans des conventions déjà en vigueur à la date d'entrée en vigueur de son propre statut¹⁵. Ce ne pouvait être le cas de la convention sur le génocide. Allant par là, elle devait tomber dans le piège tendu par la Serbie-et-Monténégro dont l'objectif était « de tirer avantage d'un procès perdu d'avance dans deux autres instances au devenir plus incertain »¹⁶. Le doute s'empara des observateurs – et sans doute aussi des plaideurs côté bosniaque : la Cour

10. CIJ, affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique), (Serbie-et-Monténégro c. France), et al.*, arrêts du 15 novembre 2004.

11. Déclaration commune des juges Ranjeva, Guillaume, Higgins, Kooijmans, Al-Khasawneh, Buergenthal et Elaraby.

12. Opinion individuelle du juge Higgins.

13. Au motif bien sûr que cet arrêt « ne saurait en aucun cas revêtir une quelconque autorité de la chose jugée pour la présente espèce » (§ 79), mais aussi en délivrant des *dicta* cités plus haut une interprétation qui les privait de toute substance : « [...] 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 renvoyant au caractère indéterminé de la situation dans laquelle s'est trouvée la République fédérale de Yougoslavie au cours de cette période. Aucune conclusion finale et définitive ne fut tirée par la Cour de cette formule utilisée pour décrire le statut juridique indéterminé de la République fédérale de Yougoslavie vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies ou au sein de celle-ci, pendant ladite période » (§ 73). Avec l'admission de la RFY à l'ONU, « [...] il est apparu clairement que la situation *sui generis* du demandeur ne pouvait être regardée comme équivalant à la qualité de Membre de l'Organisation » (§ 77).

14. Affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. France)*, arrêt du 15 décembre 2004, § 78. La RFY n'aurait donc pas été partie au statut de la Cour sur le fondement de son article 35, § 1.

15. *Id.*, § 112.

16. O. DE FROUVILLE, « Une harmonie dissonante de la justice internationale : les arrêts de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires dans l'affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force* », *cet Annuaire*, 2004, p. 341.

pourrait-elle, dans l'affaire du *Génocide* toujours pendante et compliquée par « l'Initiative » du défendeur qu'elle avait accepté de considérer, ne pas revenir sur l'arrêt de 1996 à la lumière des qualifications très péremptoirement énoncées dans les arrêts de 2004, mais aussi des *dicta* de portée générale glissés dans leur motivation¹⁷ ? Ayant récusé que la Serbie-et-Monténégro eût pu être nouvellement en 2000 ce qu'elle avait déjà été (membre des Nations Unies) auparavant, pourrait-elle maintenir qu'elle avait été en 1993 ce qu'elle ne pouvait donc être encore (partie à son statut) ? Le problème se déplaçait en réalité de la prétendue logique pure vers la logique propre au raisonnement judiciaire puisqu'entraient en jeu l'autorité de la chose jugée¹⁸, sa portée, ses limites.

L'arrêt enfin rendu le 26 février 2007 dans l'affaire de l'*Application de la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, donne l'impression, à première lecture, d'une Cour reniant cyniquement – mais pour la bonne cause ! – en 2007 ce qu'elle avait jugé en 2004. Non sans avoir pris soin de rappeler que les arrêts de 2004 « n'avaient pas force de chose jugée aux fins de la présente instance »¹⁹, elle « confirma » qu'au jour d'introduction de la requête bosniaque, en 1993, la RFY était partie au statut de la Cour²⁰ et, pour les mêmes raisons, partie à la convention sur le génocide²¹. Elle-même était bien compétente²². Certains ne manqueront pas d'identifier là un choix de politique judiciaire confinant à l'arbitraire. Comment donc ? La RFY, État demandeur, ne pouvait avoir été partie au statut de la Cour en 1999 quand le même État, défendeur dans une autre affaire, était réputé l'être depuis 1993 ? ! Au procès d'une Cour asservie aux volontés des États-Unis d'Amérique et de l'Europe occidentale pourra être préférée une interprétation minimaliste de la fonction de la Cour qui justifierait ces apparentes contradictions. N'est-il point vrai que tout passe et change avec le temps : États, gouvernements, faits, statuts, parties aux affaires successivement portées devant la Cour ? Que les juges à la Cour passent eux aussi²³ ? Alors, sous la dictée de majorités changeantes préoccupées de politique judiciaire à court terme, les solutions pourraient s'entrechoquer sans mettre à mal ni l'utilité ni l'autorité d'une juridiction permanente dont la prime fonction est de régler, dans la mesure du

17. « La Cour ne peut exercer sa fonction judiciaire qu'à l'égard des seuls États auxquels elle est ouverte en vertu de l'article 35 du statut. Et seuls les États auxquels la Cour est ouverte peuvent lui conférer compétence » (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. France)*, arrêt du 15 décembre 2004, § 45). Et un peu avant : « [...] l'avis de la Cour est qu'il y a lieu d'établir une distinction entre une question de compétence liée au consentement d'une partie et celle du droit d'une partie à ester devant la Cour conformément aux prescriptions du Statut, qui n'implique pas un tel consentement. [...] Cette question étant indépendante des vues ou des souhaits des Parties [...] » (*id.*, § 35).

18. Voy. pour une définition simple, le *Dictionnaire Basdevant* (Sirey, 1960, p. 114) : « Présomption de droit en vertu de laquelle les faits constatés et les droits reconnus par un jugement ne peuvent être contestés de nouveau et que l'on exprime parfois par l'adage "*res judicata pro veritate habetur*" ».

19. *Id.*, § 84.

20. *Id.*, § 140 (motifs).

21. *Id.*, § 140 (motifs).

22. « La Cour conclut donc que, ainsi qu'elle l'a dit dans son arrêt de 1996, elle a compétence en vertu de l'article IX de la convention sur le génocide pour statuer sur le différend qui lui a été soumis dans la requête déposée le 20 mars 1993 » (arrêt du 26 février 2007, § 140 (motifs) – italique ajouté pour justifier temporairement l'emploi du verbe « confirmer » sur lequel nous reviendrons). Reprise au paragraphe 471, 1) (dispositif).

23. Y.Z. Blum a pris la peine du décompte : « *Over those fourteen years, twenty-seven judges, in varying compositions, participated in the judgments rendered in the cases in question [Legality of Use of Force, Genocide Convention]. Only three of them (Judges Ranjeva, Shi, and Koroma) sat on the bench in all four judgments* » (Y.Z. BLUM, « Was Yugoslavia a Member of the United Nations in the Years 1992-2000 ? », *AJIL*, 2007, p. 811).

possible (c'est-à-dire entre autres dans le respect des prérogatives des autres organes de l'ONU et en prenant garde de ne pas interférer avec telle ou telle évolution spontanée du droit international), un différend particulier opposant deux États. Abrisé derrière le principe de l'autorité toute relative de la chose jugée, l'exercice de la fonction juridictionnelle en droit international n'ébranlerait nullement la structure de la société des États dont la relativité est justement le principe²⁴. Au plus concéderait-on, dans cette perspective, que la Cour puisse prendre en considération les attentes plus ou moins pressantes de la communauté internationale. Ici, l'on pouvait évidemment penser qu'elle pourrait pardonner à la Cour de ne pas statuer sur les allégations de violation de la convention sur le génocide par les États membres de l'OTAN pendant la campagne du Kosovo, mais jamais de tirer prétexte du statut de la RFY à l'ONU ou en dehors et de sa qualité de partie ou de tiers au statut de la Cour pour ne pas juger, sur le versant de la responsabilité internationale de l'État, des faits portés par ailleurs devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

Cependant, l'impression que la Cour adhère à cette conception étriquée de sa fonction est contredite par la motivation subtile de l'arrêt de 2007. C'est une Cour renouvelée qui, en 2007, dans l'affaire du *Génocide*, remailla sa jurisprudence et même, au prix de quelques artifices, rattacha les arrêts rendus simultanément en 2004 à la « chaîne » des multiples décisions rendues dans les affaires auxquelles était partie la RFY, jusques et y compris cette dernière décision. Certes, la contradiction entre les solutions adoptées respectivement en 1996-2007 et en 2004 est indéniable. Cependant, nous nous efforcerons de montrer que l'arrêt de 2007 est ainsi motivé qu'il ne tombe pas comme une décision d'opportunité maquillée d'un juridisme étriqué. La pertinence d'une transposition des théories de R. Dworkin en droit international peut susciter bien des réserves, ne serait-ce que parce qu'elles postulent une cohérence d'ensemble du droit difficilement décelable dans l'ordre juridique international ou portent l'empreinte de la *common law*. Pourtant, l'exceptionnelle affaire du *Génocide* suggère que le juge international s'efforce lui aussi d'exercer son pouvoir judiciaire en s'appuyant sur ses décisions antérieures, alors même qu'elles ne coïncident pas avec l'affaire inédite dont il est saisi, ou au moins en les ménageant, lorsqu'elles recelaient les linéaments d'une décision autre que celle qu'il aura finalement privilégiée. En effet, soutient R. Dworkin, chaque décision nouvelle du juge s'inscrit dans une suite de décisions formellement étrangères les unes aux autres et pourtant assemblées comme une « chaîne » de sentences reliées sinon par l'identité des solutions, du moins par la cohérence de leur motivation²⁵. Il est vrai que la Cour internationale de Justice

24. Telle n'était certainement pas l'opinion des trois juges qui passèrent ces quatorze années sur le siège et siégèrent dans toutes les phases de la procédure en cette affaire, puisqu'ils votèrent contre le dispositif de l'arrêt du 26 février 2007 et s'en expliquèrent dans une opinion dissidente qui dénonçait, entre autres, l'incompatibilité de la solution adoptée avec celle retenue en 1996 (celle-ci fût-elle par ailleurs critiquable : le juge Ranjeva avait signé la déclaration commune à sept juges en 2004, *supra*) : « 16. *It is against this background that the Court found in its Judgment in the Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium) case that the FRY was not a Member of the United Nations in 1999 and that the Genocide Convention did not contain any of "the special provisions contained in treaties in force"* (ibid., para. 114). 17. *It thus seems to us, notwithstanding Articles 59 and 60 of the Statute of the Court, that it is inconsistent as well as jurisdictionally untenable for the Respondent to be considered to have been a Member of the United Nations in 1993 or to have otherwise satisfied the requirements of Article 35 of the Statute* ».

25. Voy. not. « La chaîne du droit », *Droit et société*, 1985, n° 1, pp. 51-79 et pour une rapide présentation critique : A. LAJOIE, *Jugements de valeur*, PUF, 1997, pp. 150 ss.

n'est aucunement liée par la règle du précédent²⁶. Mais il lui importe également de faire « comme si » la suite de ses décisions était l'œuvre d'une juridiction si possible constante, du moins conséquente²⁷. C'est le moins pour une juridiction permanente qui doit son avènement au besoin de stabilisation de la jurisprudence internationale²⁸ et son autorité, dont l'application effective de ses arrêts par les parties n'est qu'une manifestation, à la qualité du raisonnement judiciaire²⁹. La majorité des membres de la Cour semblait avoir quelque peu oublié en 2004 cette obligation de prudence et d'anticipation des effets de sa décision en d'autres affaires³⁰. Tout aussitôt, plusieurs de ses membres l'avaient rappelée à son devoir de cohérence dans leurs opinions individuelles ou déclarations :

« Le choix de la Cour [quant aux moyens] doit être opéré d'une manière conforme à sa fonction judiciaire. [...] En premier lieu, elle doit s'assurer de la cohérence de la solution retenue avec sa propre jurisprudence afin de garantir la sécurité juridique. La cohérence est l'essence même des motivations judiciaires et ceci est spécialement vrai dans les différentes phases de la procédure d'une même affaire ou s'agissant d'affaires connexes. En deuxième lieu, la recherche d'une solution fermement assurée doit conduire la Cour à choisir le terrain le mieux fondé en droit et à éviter des terrains moins sûrs, voire des terrains douteux. Enfin, en tant qu'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, la Cour doit, en choisissant entre les différents terrains possibles, être attentive aux implications et aux conséquences éventuelles de ce choix dans les autres affaires pendantes »³¹.

Suivant ces préceptes, elle s'astreignit, en 2007, à reconstituer la chaîne des narrateurs judiciaires avant de conclure au rejet des exceptions contenues dans les conclusions finales du défendeur et à l'affirmation de sa compétence, sur la base de l'article IX de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide³². L'arrêt attendu dans l'affaire opposant la Croatie à la Serbie-et-

26. J. Salmon relève que « [les] débats du Comité des juristes de 1920 ont cependant bien montré que l'article 59 avait pour but d'éviter le système des précédents obligatoires » (J. SALMON, « Autorité des prononcés de la Cour internationale de Justice », in P. VASSART, G. HAARSCHER (éds), *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Nemesis, 1988, p. 35). Mais il se rallie tout aussitôt à C. DE VISSCHER (*Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Pedone, 1963) qui écrivait : « L'article 59 du Statut [...] ne peut empêcher la constitution d'un précédent quand, par son adaptation aux faits, par sa valeur intrinsèque, la décision correspond à des exigences nouvelles de la vie internationale ».

27. Voy. par ex. CIJ, affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires, arrêt du 11 juin 1998, § 28 : il incombe à la Cour de se demander à chaque fois « s'il existe pour [elle] des raisons de s'écarter des motifs et des conclusions adoptés dans ces précédents ».

28. Un besoin qui s'était déjà imparfaitement exprimé dans la création de la Cour permanente d'arbitrage (voy. en ce sens S. KARAGIANNIS, « La multiplication des juridictions internationales : un système anarchique ? », in SFDI, Colloque de Lille, *La juridictionnalisation du droit international*, Pedone, 2003, p. 19).

29. Voy. en ce sens L. CONDORELLI, « L'autorité de la décision des juridictions internationales permanentes », in SFDI, Colloque de Lyon, *La juridiction internationale permanente*, Pedone, 1987, p. 310.

30. Même si l'arrêt de 2004 s'efforce d'expliquer pour quelles raisons la Cour doit s'écarter de l'arrêt de 2003, d'ailleurs interprété de manière à réduire l'écart entre les deux décisions.

31. Déclaration commune aux juges Ranjeva, Guillaume, Higgins, Kooijmans, Al-Khasawneh, Buergenthal et Elaraby.

32. Arrêt du 26 février 2007, § 471, 1), décision acquise par dix voix contre cinq (celles des juges Ranjeva, Shi, Koroma, Skotnikov, Kreca). Ces cinq juges contestèrent la décision de la Cour dans des déclarations ou opinions individuelles ou dissidentes. Le vice-président Al-Khasawneh et les juges Bennouna, Owada, Tomka qui votèrent en faveur du dispositif revinrent également sur le traitement de « l'Initiative » de la Serbie-et-Monténégro et l'application du principe de la *res judicata* dans leurs opinions. Certains pour l'approuver dans l'ensemble (juges Bennouna, Mahiou), d'autres pour en discuter plus ou moins radicalement les fondements (juges Tomka et Owada).

Monténégro³³ à propos de l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide dira si son travail d'aiguille résiste à cette nouvelle épreuve. En tout état de cause, il est un rôle auquel la Cour a renoncé en optant pour une contradiction assumée, mais atténuée par la motivation, des arrêts rendus en 2004 et de l'arrêt de 2007 : celui d'instance d'énonciation de la vérité légale (ou juridique, comme l'on préférera) des faits.

Les plaidoiries des parties sur la compétence de la Cour brillent assez par leur sophistication pour mériter une restitution : chacune des parties, la Serbie-et-Monténégro plus encore que la Bosnie-Herzégovine, dut faire assaut de distinctions ténues, spécieuses ou sophistiquées pour persuader la Cour d'avoir, dans un sens ou dans l'autre, l'audace d'ignorer ce qu'elle avait précédemment jugé avec une autorité qu'il ne seyait pas de contester trop ouvertement (I). Pour la majorité de la Cour, décider en 2007 qu'elle pouvait juger au fond l'affaire du *Génocide*, nonobstant les arrêts de 2004 mais sans les contredire dans la motivation, revenait à multiplier les contraintes argumentatives. La voie était étroite, mais praticable avec l'aide du principe de l'autorité de la chose jugée, ici sollicité dans toutes ses déclinaisons (II). À être ainsi manipulé par la Cour, il n'y a pas forcément beaucoup gagné en force et en clarté (III).

I. – LES PLAIDOIRIES DES PARTIES SUR LA COMPÉTENCE DE LA COUR : DISPUTES SUR LA CHOSE JUGÉE

L'étirement dans le temps de la procédure devant la Cour internationale de Justice eut pour paradoxale conséquence de resserrer progressivement l'état judiciaire autour de l'État considéré comme le principal responsable des faits internationalement illicites perpétrés en Bosnie-Herzégovine, à savoir l'ancienne République fédérée de Serbie d'abord indissociable de celle du Monténégro avec lequel elle forma tout en le dominant l'État connu sous le nom de RFY puis de Serbie-et-Monténégro, devenue, après la proclamation d'indépendance du Monténégro le 3 juin 2006, la République de Serbie. Prisonnière d'une compétence *ratione materiae* restreinte à l'application de la convention de 1948 et surtout enfermée dans ses propres raisonnements aporétiques sur l'imputation à l'État du fait d'une entité non étatique³⁴, la Cour a finalement manqué cette chance inespérée de désigner l'État – le reste lui échappant – très probablement responsable de violations directes de la norme impérative prohibant le génocide. Bien qu'elle n'ait pas repris, au moment de statuer sur « l'Initiative » de la Serbie-et-Monténégro les arguments d'ailleurs juridiquement douteux de cet État qui s'acharnait à distinguer les parties au litige des parties au différend réel en rejetant élégamment la faute sur la Republika Sprska, composante de la Bosnie-Herzégovine³⁵, elle lui aura partiellement donné raison à l'examen du fond.

Avant cela, la Cour consacra dans son arrêt une douzaine de paragraphes à l'identification de la partie défenderesse, rendue nécessaire par la proclamation d'indépendance du Monténégro³⁶. Cette nouvelle succession d'États par dissociation ne devait pas perturber la procédure en cours puisque la République de

33. Affaire de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie-et-Monténégro)*, requête introduite par la Croatie le 2 juillet 1999.

34. Voy. pour une critique sans appel : H. ASCENSIO, « La responsabilité selon la Cour internationale de Justice dans l'affaire du génocide bosniaque », *RGDIP*, 2007, pp. 288-294.

35. Voy. not T. Varady pour la Serbie, CR 2006/12, 8 mars 2006, 1.24. et 1.25.

36. §§ 67-79 de l'arrêt du 26 février 2007.

Serbie avait déclaré sans équivoque continuer seule la personnalité juridique internationale de la Serbie-et-Monténégro, et donc la continuer dans ses statuts, qualités, droits et obligations. Toute conclusion relative à la convention sur le génocide ou au statut de la Cour valant pour la RFY vaudrait toujours pour la Serbie-et-Monténégro et pour la République de Serbie, unique défendeur à la date du prononcé de l'arrêt. Le Monténégro était ainsi devenu tiers à l'instance en cours. Il n'en restait pas moins que la Bosnie-Herzégovine estimait que « [...] la Serbie et le Monténégro [étaient], conjointement et séparément, responsables du comportement illicite qui [était] à l'origine de la présente instance »³⁷. La Cour dit, lapidairement, que « [...] toute responsabilité établie dans le présent arrêt à raison d'événements passés concernait à l'époque considérée l'État de Serbie-et-Monténégro » et fit « [...] observer que la République du Monténégro [était] partie à la convention sur le génocide. Toute partie à celle-ci s'est engagée à respecter les obligations qui en découlent, en particulier celle de coopérer aux fins de punir les auteurs d'un génocide »³⁸. La Cour ne pouvait en dire davantage sur l'éventuelle responsabilité de l'État successeur pour le fait du prédécesseur puisque le Monténégro était réputé tiers à l'instance³⁹.

Si la succession d'États fut donc incidence sur la procédure dans l'affaire du *Génocide*, en revanche, la rupture politique de 2000 fut à l'origine du rebondissement de la question de la compétence de la Cour en l'espèce. Cette rupture, le gouvernement de la RFY et bientôt de la Serbie-et-Monténégro la voulait complète : il ne s'agissait pas seulement pour lui de saboter la procédure engagée en 1999 contre des membres de l'OTAN dont il se rapprochait ou de renoncer au statut d'État continuateur de la RFSY en présentant une demande d'admission aux Nations Unies comme nouveau membre. Ces indispensables concessions furent utilisées, dans la procédure initiée par la Bosnie-Herzégovine, pour tenter d'empêcher la Cour de statuer sur la responsabilité de l'État que la Serbie-et-Monténégro continuait et ce, moins sans doute par recul devant les charges éventuelles de la réparation, que par volonté d'exonérer l'État d'une responsabilité qui était tout entière rejetée sur les dirigeants déchus et leurs exécutants. Lancée avec ces arrières-pensées, « l'Initiative présentée à la Cour aux fins d'un réexamen d'office de sa compétence » est résumée par la Cour au paragraphe 26 de l'arrêt du 26 février 2007 :

« [...] la RFY priait la Cour de dire et juger qu'elle n'était pas compétente *ratione personae* à son égard, au motif qu'elle n'était pas partie au Statut de la Cour avant son admission à l'Organisation des Nations Unies le 1^{er} novembre 2000, qu'elle n'avait pas été et n'était toujours pas partie à la convention sur le génocide et que, de surcroît, elle avait assorti sa notification d'adhésion à ladite Convention, datée du 8 mars 2001, d'une réserve à l'article IX. La RFY priait la Cour de surseoir à statuer sur le fond tant qu'elle ne se serait pas prononcée sur l'initiative ».

La Cour refusa de suspendre la procédure et n'autorisa pas le dépôt d'autres pièces de procédure. Les nouvelles questions de compétence soulevées par la Serbie-et-Monténégro devraient simplement être plaidées au cours de la procédure orale sur le fond⁴⁰. Par suite, la Bosnie-Herzégovine, en sa qualité de demandeur, dut répliquer à « l'Initiative » qui n'avait pas encore été développée par la Serbie-et-Monténégro dans une manière de plaidoirie conservatoire, puis

37. *Id.*, § 71.

38. *Id.*, §§ 78-79.

39. Voy. en ce sens, P. WECKEL, « Chronique de jurisprudence internationale », *RGDIP*, 2007, pp. 310-312.

40. § 35 de l'arrêt du 26 février 2007.

plus longuement au second tour de plaidoiries⁴¹. Pour les besoins du commentaire, l'ordre des plaidoiries peut être inversé et leur substance doit être allégée ; la systématisation qui en est proposée laisse de côté la réfutation, parfois vétilleuse, des arguments de l'adversaire et se concentre sur la motivation que chaque partie invite la Cour à adopter.

Le cœur de la dispute entre les parties porte sur l'étendue de la chose jugée en 1996 : l'accès de la RFY au prétoire de la Cour et son statut à l'égard de la convention de 1948 en étaient-ils ? En caricaturant à peine : la Serbie-et-Monténégro soutenait que rien n'avait été jugé en 1996, ou que rien ne l'avait été définitivement, mais que tout l'avait été en 2004 (A), tandis que pour la Bosnie-Herzégovine, les « nouvelles exceptions » de la Serbie-et-Monténégro se heurtaient à l'autorité de la chose jugée en 1996 que rien de ce qui l'avait été en 2004 ne pouvait ébranler (B).

*A. Le moyen dédoublé soulevé par la Serbie-et-Monténégro :
le statut de la RFY à l'égard de la Cour
et de la convention de 1948 n'est pas encore chose jugée*

Quoiqu'elle eût pris l'avantage dans les affaires sur la *Licéité de l'emploi de la force*, la Serbie-et-Monténégro dut déployer un peu d'habileté dans le raisonnement et de prudence dans la rhétorique pour faire entendre à la Cour qu'elle devait déclarer vaines les treize années de procédure dans l'affaire du *Génocide*. Raison avancée : à la date d'introduction de la requête, la Yougoslavie n'était, en définitive, pas partie au statut de la Cour – certitude acquise au 1^{er} novembre 2000 seulement –, ni à la convention de 1948. Il était indispensable de neutraliser l'obstacle procédural que constitue le principe de l'autorité de la chose jugée (1), de prouver que l'arrêt de 1996 n'avait pas tranché les questions essentielles soulevées par la Serbie-et-Monténégro (2) et de persuader la Cour qu'elle devait maintenant se déclarer incompétente (3).

1. La stratégie de contournement du principe de l'autorité de la chose jugée

D'emblée, la Serbie-et-Monténégro asséna que l'autorité de la chose jugée en 1996 ne pouvait être opposée à son « Initiative »⁴². Les deux effets de la *res judicata* – interdire à une partie de rouvrir inlassablement le même litige, figer la situation litigieuse dans les termes arrêtés par le juge (*res judicata pro veritate habetur*) – ne sont pas très clairement isolés l'un de l'autre dans ses plaidoiries. En tout état de cause, il était indispensable de convaincre la Cour que les questions susdites demeuraient ouvertes. Le mouvement de contournement de l'objection de *res judicata* est triple.

Pour prétendre avoir soulevé valablement de nouvelles exceptions préliminaires après le prononcé de l'arrêt et la clôture de la procédure écrite sur le fond,

41. Le désavantage procédural pour la Bosnie-Herzégovine était toutefois partiellement compensé dans la mesure où la Serbie-et-Monténégro reprit pour l'essentiel des arguments déjà invoqués dans la procédure sur la demande de révision de l'arrêt de 1996. Elle avait d'ailleurs fait connaître son point de vue sur « l'Initiative » par une lettre (3 décembre 2001) et lui avait transmis un mémorandum sur les « différences entre la demande en révision du 23 avril 2001 et "l'Initiative" du 4 mai 2001 », ainsi qu'une copie des observations écrites et annexes qu'elles avaient déposées dans l'affaire de la demande de révision (arrêt du 26 février 2007, § 28).

42. « *There is no res judicata bar which would disallow the Court to address the issue of access and jurisdiction if it appears to be justified* » (1^{er} tour de plaidoiries, T. Varady, CR/2006/12, 8 mars 2006, 1.39).

la Serbie-et-Monténégro en appela d'abord à la complaisante lettre de la Cour du 12 juin 2003 écrite en réponse à son « Initiative » :

*« It goes without saying that the Court will not give judgment on the merits of the present case unless it is satisfied that it has jurisdiction. Should Serbia and Montenegro wish to present further argument to the Court on jurisdictional questions during the oral proceedings on the merits, it will be free to do so »*⁴³.

Cette lettre suggérait que le défendeur pourrait développer comme il le souhaitait soit de nouvelles exceptions (portant sur l'accès à la Cour en plus de la compétence), soit de nouveaux moyens à l'appui de sa demande initiale (faire dire et juger que la Cour était incompétente sur le fondement de la convention de 1948), en alléguant que la RFY n'était pas partie à cet instrument en 1993. La Serbie-et-Monténégro appelait en renfort l'article 79, paragraphe 1 du règlement de procédure ainsi interprété qu'il laisserait aux parties la faculté de soulever des exceptions préliminaires en dehors du délai prévu à cet effet, mais sans plus pouvoir obtenir la suspension de la procédure au fond⁴⁴.

Cette faculté, la Serbie-et-Monténégro entendait en user d'abord pour rappeler respectueusement à la Cour l'étendue de ses pouvoirs inhérents d'exercice obligatoire : s'assurer en tout état de la procédure de sa compétence *ratione personae* (i.e. de l'accès des parties à son prétoire), voire de sa compétence *ratione materiae*. Ici point, par parenthèse, une possible justification de l'intitulé surprenant comme un oxymore que la Serbie avait donné à son « Initiative » : « Initiative [...] » – il s'agit d'un incident de procédure provoqué par la Serbie-et-Monténégro – « [...] présentée à la Cour aux fins d'un réexamen d'office de sa compétence ». Accessoirement, la Serbie-et-Monténégro espérait ainsi parer à l'invocation de l'*estoppel by representation*⁴⁵ que le retournement complet de ses positions en cours de procédure pouvait lui faire craindre.

Enfin, la Serbie-et-Monténégro préférait éviter de dire trop directement que la question de son accès à la Cour ou de sa qualité de partie à la convention de 1948 avait été mal jugée en 1996. Le terrain était périlleux : à l'affront infligé à une Cour forcément susceptible se seraient ajoutées les incertitudes entourant l'étendue du pouvoir de la Cour de corriger ses erreurs dans un nouvel arrêt. Il s'agissait plutôt de la persuader qu'elle n'avait pas (*mezza voce* : bien) jugé ou pas pu (*id.*) juger ces points en 1996 et qu'ils devaient l'être maintenant. Si rien n'avait été jugé définitivement, l'exception de chose jugée ne pouvait jouer ; la Cour elle-même était libre (voy. 2 *infra*). L'obstacle de la *res judicata* dépassé, il resterait à démontrer que la Cour ne pouvait statuer que dans le sens préconisé par la Serbie (voy. 3 *infra*).

2. L'identification par la Serbie-et-Monténégro de la chose (non) jugée en 1996

a. Que la question de l'accès de la RFY au prétoire de la Cour, à la date d'introduction de la requête bosniaque, n'avait pas été jugée en 1996, voilà qui

43. Commentaire de la partie serbe : « *This course of action – mentioned in the letter of this honoured Court as a permitted option – is the one we would intend to take* » (*id.*, 1.49).

44. 1^{er} tour de plaidoiries, A. Zimmermann, CR/2006/13, 9 mars 2006, 4.29.

45. Dans la définition de A. Martin : « L'expression *representation* s'entendant, en droit anglais, des déclarations [...] aussi bien écrites qu'orales, des actes [...] et des attitudes ou du comportement [...] d'une personne d'où découle une certaine représentation des choses susceptible de déterminer une autre personne, qui s'y fie, à agir à son tour, l'*estoppel by representation* apparaît, dans les conditions et selon les modalités fixées par le droit, comme l'interdiction faite à une personne de contredire ou de contester en justice ce qu'elle a précédemment dit, fait ou laissé croire » (*L'estoppel en droit international public, précédé d'un aperçu de la théorie de l'estoppel en droit anglais*, Pedone, 1979, p. 15).

pouvait être plaidé assez rapidement, moyennant quelques précautions cependant. Comme de bien entendu, la Serbie-et-Monténégro débuta sa plaidoirie sur ce point par une référence aux arrêts de 2004 dans lesquels la Cour avait péremptoirement énoncé, d'une part, que la question de l'accès à la Cour était distincte de celle de la compétence, d'autre part, qu'elle avait un caractère prioritaire sur celle-ci, enfin, qu'elle devait le cas échéant être soulevée d'office par la Cour⁴⁶. Or en 1996, la Cour avait été aussi silencieuse sur ce point que les parties qui n'avaient aucun intérêt à le soulever – la Bosnie-Herzégovine, car elle aurait ainsi ruiné son action, la RFY, car elle aurait affaibli sa prétention de continuer la RFSY aux Nations Unies et ailleurs⁴⁷. De là à conclure que la Cour n'avait pas jugé cette question, il n'y avait qu'un pas allégrement franchi par le défendeur avec beaucoup de déférence à l'égard des arrêts de 2004 et un touchant souci d'épargner à la Cour le rappel de ses propres contradictions entre l'arrêt de 2003 sur la demande de révision et les arrêts de 2004 notamment⁴⁸. À un autre moment, la Serbie-et-Monténégro durcit le ton pour placer la Cour face à ce qu'elle considérait être « l'interprétation authentique » de ses différents prononcés de 1993 à 2003, interprétation tirée des arrêts de 2004⁴⁹.

La Cour avait-elle donc négligé de juger cette question ? La Serbie-et-Monténégro se garda bien d'asséner rien de tel. Au contraire, elle susurra qu'il n'y avait alors pas de base solide pour déterminer en droit le statut de la RFY à l'ONU, et vis-à-vis de la Cour, avant que les organes politiques de l'Organisation n'eussent clarifié leur position⁵⁰. Comprenez : la Cour ne pouvait trancher définitivement ce point avant le 1^{er} novembre 2000. Elle le pouvait dorénavant⁵¹ et le devait, puisque l'accès d'un État à son prétoire constituait une question d'ordre public. Au cours du second tour de plaidoiries, la Serbie-et-Monténégro répondit à la Bosnie-Herzégovine, qui soutenait que cette question avait déjà nécessairement été tranchée définitivement (*infra*), par une tentative de minorer non plus l'étendue de la chose jugée, mais l'autorité du jugement de la Cour sur ce point :

« *The fact that access is a fundamental precondition for the exercise of the Court's judicial function means that its determination that access exists could never be regarded as final and definitive until the final judgment* »⁵².

« [...] *access is so fundamental that, until the final judgment, it overrides the principle of res judicata* »⁵³.

La Serbie-et-Monténégro, au final, s'employa prioritairement à faire sortir la question de l'accès au prétoire de la chose jugée en 1996 et subsidiairement, de la chose alors jugée définitivement. Pour ce, elle revint sans cesse aux arrêts de 2004, d'une part comme à la source d'une jurisprudence de portée générale sur la question préliminaire de l'accès à la Cour, dont elle devinait que la juridiction aurait quelque peine à s'écarter trois ans plus tard sans d'impérieuses raisons, d'autre part comme à la source de « l'interprétation authentique » de l'arrêt de 1996 au mépris de la *relativité* de l'autorité de la chose jugée, et enfin comme à un

46. Voy. *supra* note n° 17.

47. Voy. arrêt du 26 février 2007, § 106.

48. 1^{er} tour de plaidoiries, M. Djeric, CR 2006/13, 9 mars 2006, 2.11 à 2.17.

49. 2^e tour de plaidoiries, M. Djeric, CR 2006/45, 9 mai 2006, 4.41.

50. 1^{er} tour de plaidoiries, M. Djeric, CR 2006/13, 9 mars 2006, 2.12 à 2.15.

51. « [...] *in light of these developments, the question of the FRY's access to the Court in the present case is now, for the first time, ready for a definitive determination* » (*id.*, 2.17).

52. 2^e tour de plaidoiries, M. Djeric, CR/2006/45, 9 mai 2006, 4.10.

53. *Idem*, 4.42.

précédent au sens étroit de cas déjà tranché par la Cour et tout à fait analogue au cas présent (*infra*).

b. La Cour avait-elle ou non jugé, en 1996, que la RFY était partie à la convention sur le génocide ? Si la Cour avait jugé que cet État était partie à cet instrument, alors sa qualité de partie au statut de la Cour eût éventuellement pu être établie sur le fondement de son article 35, § 2 indépendamment de son statut aux Nations Unies. Au surplus, bien sûr, la compétence *ratione materiae* de la Cour eût pu l'être. La question était d'importance. Mais si la RFY n'était pas membre des Nations Unies en 1992-1993, comment eût-elle pu devenir partie à la convention de 1948 sinon par l'effet d'une adhésion précédée d'une invitation de l'Assemblée générale des Nations Unies (article 11 de la convention) qui ne vint pas ? Telle était en substance l'argument du gouvernement serbo-monténégrin substitué, rupture politique oblige, à la prétention de son prédécesseur d'assumer toutes les obligations internationales de la RFSY en qualité de continuateur. En l'occurrence, il était difficile pour la Serbie-et-Monténégro de soutenir que le statut de la RFY à l'égard de la convention n'avait pas été sinon tranché par le dispositif de l'arrêt de 1996, du moins envisagé par la Cour dans des motifs qui constituaient le fondement nécessaire de l'affirmation de sa compétence pour juger un différend dont l'objet était précisément l'application de ladite convention !

La Serbie-et-Monténégro reprit une argumentation déjà exploitée : les pré-supposés (la continuation de la RFSY par la RFY) sur lesquels reposait l'arrêt de 1996 étaient erronés ; ils conduisirent la Cour à ne pas envisager à l'époque l'hypothèse de la succession de la RFY à la RFSY en tant que partie à la convention de 1948⁵⁴. Variante : la Cour ne disposait pas à l'époque d'éléments d'information suffisamment solides pour se prononcer définitivement sur sa compétence *ratione materiae*⁵⁵. Ou encore : que la Cour fût accessible à la RFY (comme défendeur ou demandeur) ou aussi bien que la RFY eût été partie à la convention de 1948 étaient des questions indécidables, par la Cour, avant l'admission de cet État aux Nations Unies le 1^{er} novembre 2000 :

« *It has to be also noted that the legal status of the FRY was – to put it in the words of the Court – “rather confused and complex” [...] and “shrouded in uncertainties” [...] and it was only the admission of the FRY to the United Nations which “clarifies the thus far amorphous legal situation” [...]. Indeed, only from the vantage point of the admission of the FRY to the United Nations in 2000, both the Court and the Respondent could have had a clearer look at the legal situation surrounding the FRY* »⁵⁶.

c. Quand bien même la question de l'accès aurait été jugée, ce ne serait point avec une autorité définitive. La Serbie-et-Monténégro fit feu de tout bois. Le défendeur suggéra d'abord que les arrêts rendus sur les exceptions préliminaires n'avaient pas nécessairement les mêmes conséquences que les arrêts rendus sur le fond⁵⁷. Il dit aussi : question préliminaire non plaidée par le défendeur, et pourtant jugée, n'a point d'autorité⁵⁸. L'argument est à peu près celui-ci : si un

54. Voy. 1^{er} tour de plaidoiries, A. Zimmermann, CR 2006/13, 9 mars 2006, 4.21.

55. 1^{er} tour de plaidoiries, T. Varady, CR 2006/13, 9 mars 2006, 3.3. Le plaideur s'aventura prudemment sur le terrain de l'erreur – involontaire bien sûr : « *We are respectfully submitting that it has become evident that the assumption on which the 1996 Judgment on preliminary objections was based is an erroneous one. It has also become evident that the information accessible to the Court at the time when it decided on jurisdiction was imperfect, and did not allow definitive conclusion* ».

56. A. Zimmermann, CR 2006/13, 9 mars 2006, 4.34.

57. Voy. 1^{er} tour de plaidoiries, T. Varady, CR 2006/13, 9 mars 2006, 4.28 ; 2^e tour de plaidoiries, T. Varady, CR/2006/44, 8 mai 2006, 3.9 ss.

58. A. Zimmermann, *id.*, 4.28.

arrêt sur les exceptions préliminaires doit être revêtu de l'autorité de la chose jugée, celle-ci est bornée par les exceptions effectivement soulevées par le défendeur et comme de nouvelles exceptions peuvent être soulevées à tout moment par les parties, la compétence de la Cour et la recevabilité de l'action demeurent précaires jusqu'au terme de la procédure sur le fond⁵⁹. D'autant que la Cour elle-même aurait le pouvoir et le devoir de s'assurer à tout moment de sa compétence⁶⁰. En tout état de cause, dans des circonstances aussi exceptionnelles, la Cour disposerait du pouvoir de reconsidérer de sa propre initiative un jugement sur les exceptions préliminaires rendu dans l'ignorance du statut du défendeur qui dépendait de décisions politiques⁶¹. La Serbie-et-Monténégro disait en somme : question préliminaire mal jugée – ici pour des raisons objectives qui échappaient à la maîtrise de la Cour – n'a point d'autorité. Soucieuse de ne laisser subsister aucune issue, elle poussa jusqu'à affirmer que l'arrêt de 1996 ne pouvait de toute façon être revêtu d'aucune autorité à son égard, puisqu'elle n'était pas partie au statut de la Cour à cette époque⁶².

3. Le jugement d'incompétence sollicité par la Serbie-et-Monténégro

La Serbie-et-Monténégro devait encore convaincre que, si la Cour n'était point entravée par l'arrêt de 1996, elle était non seulement tenue de se prononcer sur la substance des exceptions nouvelles soulevées ou révélées par la Serbie-et-Monténégro, mais aussi de les déclarer fondées.

a. Maintenant qu'elle le pouvait, la Cour *devait* juger que la RFY n'était pas partie à son statut à la date d'introduction de sa requête, ni en tant que membre des Nations Unies, ce qu'elle n'était pas, ni en tant que partie à la convention de 1948 car, d'une part, elle n'y était pas partie entre 1992 et 2001 (*infra*, b) et d'autre part, cet instrument n'était pas de ceux, en vigueur avant que le statut ne le soit, qui pouvaient ouvrir à des États non-membres des Nations Unies l'accès à la Cour. D'après la Serbie-et-Monténégro, le jugement attendu de la Cour sur le premier et le dernier point était entièrement prédéterminé par les jugements rendus en 2004. La Serbie-et-Monténégro ne nia pas que l'autorité de chose jugée dans ces arrêts ne pouvait s'étendre au cas présent qui en différait par les parties. Mais elle soutint, en substance, que l'obligation de cohérence s'imposait d'autant plus impérativement à la Cour qu'était en jeu la réalisation, ou non, des conditions d'accès à la Cour posées à l'article 35 du statut. Or en 2004, la Cour elle-même avait qualifié leur réalisation de fondamentale. Cette interprétation du statut, dont les règles sont impératives, ne saurait varier. Pas plus ne serait-il concevable que leur application varie d'une affaire à l'autre, qu'un État qui n'avait pas accès à la Cour à un moment $t + 1$ en tant que demandeur soit réputé y avoir eu accès, alors que sa condition était identique, au moment t , en qualité de défendeur⁶³. Or en 2004, la Cour avait jugé que la RFY n'avait pas pu être partie à son statut en tant que membre des Nations Unies avant le 1^{er} novembre 2000.

59. Voy. 2^e tour de plaidoiries, T. Varady, CR 2006/44, 8 mai 2006, 3.22 ss.

60. *Id.*, 3.30 à 3.45 : « [...] *the rule and principle spelled out in the ICAO Council Judgment makes it clear that the Court may and should open the issue of jurisdiction in the merits phase if this is prompted by the special circumstances of the case* ».

61. 1^{er} tour de plaidoiries, T. Varady, CR 2006/13, 9 mars 2006, 3.3. ss.

62. 2^e tour de plaidoiries, T. Varady, CR 2006/44, 8 mai 2006, 3.49 : « *What makes our case so exceptional is that the essential foundation and framework were simply missing when the 1996 Judgment was rendered. Hence in our case, the question is not only what specific conclusions are supported by the foothold in the Statute, but whether such a foothold existed at all* ». Le grief d'excès de pouvoir est même articulé par M. Djeric (2^e tour de plaidoiries, CR 2006/45, 4.12, 4.13).

63. Voy. 1^{er} tour de plaidoiries, M. Djeric, CR 2006/13, 9 mars 2006, 2.21 à 2.25.

Ce faisant, elle aurait en quelque sorte enregistré la condition objective de cet État, enfin clarifiée par son admission aux Nations Unies⁶⁴. La Serbie-et-Monténégro n'était pas très loin d'en appeler au principe de l'autorité *erga omnes* de la chose jugée *in rem*. La Cour avait aussi jugé que la RFY n'avait pu devenir partie à son statut par le truchement de la convention de 1948, trop tardivement entrée en vigueur pour que pût jouer l'article 35, paragraphe 2 du statut. Là encore, la portée de ce jugement – l'article IX de la convention de 1948 ne relève pas de la catégorie des « dispositions particulières des traités en vigueur » qui assoient la compétence *ratione personae* de la Cour – dépassait, selon la Serbie-et-Monténégro, les limites des cas d'espèce⁶⁵.

b. La Serbie-et-Monténégro se défendait enfin d'avoir été, sous le nom de RFY, partie à la convention sur le génocide avant d'y adhérer en 2001, en formulant d'ailleurs une réserve à l'article IX. Cette démonstration était conduite pour le cas où la Cour passerait outre les jugements qu'elle avait rendus en 2004 en forme de constats d'une situation objective qui interdisait à la RFY d'être partie à la convention de 1948 en tant que continuateur de la RFSY⁶⁶. Pour intéressante qu'elle soit, elle se détache du cœur de la dispute qui portait sur ce qui avait été jugé et se rattache au droit de la succession d'États⁶⁷. Nous en laisserons l'analyse de côté.

B. La défense de la Bosnie-Herzégovine : la question du statut de la RFY à l'égard de la Cour et de la convention de 1948 est chose définitivement jugée

Face aux assauts très calculés de la Serbie-et-Monténégro, la Bosnie-Herzégovine se retrancha derrière l'unique ligne de défense susceptible à la fois de les contenir et de dissimuler sa propre inconstance de par le passé⁶⁸ : l'invocation du principe de l'autorité de la chose jugée⁶⁹. Son souhait n'était certes pas de consacrer une trop grande partie de ses plaidoiries à la compétence de la Cour. La Serbie-et-Monténégro l'y accula, par le simple fait de son « Initiative » tout d'abord, puis par le déploiement de son propre argumentaire. Dans une « brève "plaidoirie de précaution" », A. Pellet esquaissa la défense de la Bosnie-

64. Voy. T. Varady, *id.*, 5.9. Voy. aussi au 2^e tour de plaidoiries, M. Djeric répondant assez brutalement aux tentatives de la Bosnie-Herzégovine de démontrer que la RFY était demeurée membre des Nations Unies entre 1992 et 2000 : « *The Court's determination that the objective legal requirements of access are not fulfilled by one party in one particular period of time, must necessarily and equally apply in all cases, in which this same party appears, that have been instituted in the same period of time* » (CR 2006/45, 9 mai 1946, 4.49).

65. Voy. M. Djeric, *id.*, en réponse à la Bosnie-Herzégovine que prétendait qu'il avait été jugé en 1993 et en 1996 que la RFY avait accès à la Cour en qualité de partie à la convention de 1948 : « *The bottom line of Applicant's arguments is that an interpretation of Article 35, § 2, contained in a provisional finding, which was allegedly implicitly confirmed in a judgment that dealt with other matters, should override explicit and conclusive interpretation of that same provision contained in a judgment that specifically dealt with access* » (4.58).

66. 1^{er} tour de plaidoiries, T. Varady, CR 2006/13, 9 mars 2006, 3.27 à 3.28.

67. Voy. not. 1^{er} tour de plaidoiries, A. Zimmermann, CR 2006/13, 9 mars 2006, 4.38 à 4.98 : « 1. *Declarations which were solely based on an assumption of continued personality cannot create commitments for Serbia and Montenegro as to the Genocide Convention* » ; « 2. *The jurisdiction of the Court cannot be based on a theory of automatic succession of treaties* » ; « 3. *Even if the automatic succession of rules of human rights treaties were a generally accepted principle, this could not include the rule of Article IX of the Genocide Convention* ».

68. Puisqu'elle déniait à la RFY le statut de continuateur à l'ONU ou comme partie aux traités internationaux, mais avait engagé une procédure contre elle devant la CIJ, sur le fondement d'une convention ratifiée par la RFSY « continuée » par la RFY.

69. Voy. pour un récapitulatif des principaux points de la plaidoirie sur ce thème : 2^e tour de plaidoiries, A. Pellet, CR 2006/36, 21 avril 2006, § 61.

Herzégovine : isoler l'affaire de *Génocide* des affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force* ; mesurer la chose jugée en 1996 à la cohérence interne des décisions rendues par la Cour entre 1993 et 2003 dans cette affaire ; dénier tout effet au changement de statut de la RFY en 2000 sur une décision rendue antérieurement avec autorité de chose jugée⁷⁰. La défense de la Bosnie-Herzégovine fut présentée avec force références aux positions prises par les juges en désaccord avec la motivation retenue en 2004, dont la présidente de la Cour. Dès 2004, l'attitude de la Serbie-et-Monténégro avait donné de l'humeur à certains juges toujours sur le siège ; depuis 2004, la Cour avait été renouvelée ; le demandeur ne se priva pas d'en jouer au moment de plaider l'irrecevabilité de « l'Initiative » serbo-monténégrine (1), l'application du principe de l'autorité de la chose jugée (2) et la compétence de la Cour pour statuer sur le fond (3).

1. L'irrecevabilité de « l'Initiative » soulevée par la Serbie-et-Monténégro

La Bosnie-Herzégovine plaida l'irrecevabilité de « l'Initiative » de la Serbie-et-Monténégro au double motif que cet État, d'ailleurs de mauvaise foi, était *estoppé* et que son « Initiative » se heurtait à l'autorité de la chose déjà jugée en 1996.

a. *L'estoppel* ne pouvait être opposé à la Serbie-et-Monténégro qu'à condition de considérer que son « Initiative » n'était rien d'autre qu'une huitième exception d'incompétence soudainement sortie de l'imagination du défendeur, et non une invite adressée à la Cour de réexaminer *proprio motu* la question de sa compétence *ratione personae*. Précisément, la Bosnie-Herzégovine récusait tant la distinction, qualifiée d'artificielle, entre l'accès à la Cour et sa compétence (celle-ci n'étant qu'un « avatar » de celle-là)⁷¹, que l'obligation pour la Cour de réexaminer sa compétence (*ratione personae, materiae et temporis*) à tout moment de la procédure⁷².

Elle plaida donc *l'estoppel* et la mauvaise foi du défendeur qui découvrirait tardivement une exception d'incompétence prioritaire au moment même où il prétendait faire face à ses obligations internationales. À l'appui de ce grief, elle releva l'acquiescement passif de la RFY à la qualité de partie au statut de la Cour et à la convention de 1948 que lui prêtait la Bosnie-Herzégovine, recensa les manifestations actives d'une volonté convergente jusqu'au changement politique de 2000⁷³ et souligna que les ambiguïtés de son statut entre 1992 et 2000 dont le défendeur faisait grand cas n'étaient que le produit de ses propres choix politiques. Il lui était loisible d'en changer... à temps⁷⁴. Quoi qu'il en soit maintenant, le défendeur aurait, par son choix initial, conduit la Bosnie-Herzégovine à plaider comme elle le fit sur les exceptions préliminaires et la Cour, à juger comme elle le fit en 1996. Ainsi aurait-il créé une situation sur laquelle il ne pouvait plus demander à la Cour de revenir, aussi défavorable fût-elle pour lui. La Bosnie-Herzégovine cita l'opinion du juge Alfaro dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar* en renfort :

70. 1^{er} tour de plaidoiries, A. Pellet, CR 2006/3, 28 février 2006 pp. 13-21.

71. 2^e tour de plaidoiries, A. Pellet, CR 2006/35, 21 avril 2006, § 16.

72. *Idem*, § 10, 2^e remarque : « [...] que la Cour puisse examiner sa compétence d'office, comme elle le dit dans l'arrêt de 1972 dont le défendeur fait si grand cas, est une chose (principe qui, d'ailleurs ne fait pas de doute), mais qu'elle puisse réexaminer, remettre en question *proprio motu* ou à la demande d'une partie une décision établissant sa compétence avec l'autorité de chose jugée en est une autre tout à fait différente [...] ».

73. 2^e tour de plaidoiries, T. Franck, CR 2006/36, 21 avril 2006, §§ 6-26.

74. 2^e tour de plaidoiries, A. Pellet, CR 2006/35, 21 avril 2006, §§ 18-22.

« *in the international sphere, [...] inconsistency between claims or allegations put forward by a State, and its previous conduct in connection therewith, is not admissible (allegans contraria non audiendus est). The rule's purpose is always the same : a State must not be permitted to benefit by its own inconsistency to the prejudice of another State* »⁷⁵.

Elle en déduisit fermement que

« [...] pour s'être constamment comporté comme un membre des Nations Unies et comme une partie à la convention sur le génocide entre 1992 et 2000, qu'il l'ait été ou non, le défendeur est aujourd'hui *estopped* à prendre, en qui concerne *cette* période, et dans le cadre de *cette* affaire, une position contraire : il se voulait partie à votre Statut ; vous vous êtes fondés sur ces dires, implicitement en ce qui concerne le Statut, explicitement pour ce qui est de la convention. Il doit être réputé avoir été partie à ces instruments – en tout cas dans les limites *ratione materiae, ratione temporis* et *ratione personae* que je viens d'indiquer »⁷⁶.

b. Même si, pour conclure comme elle fit à sa compétence, la Cour ne s'était pas fondée uniquement sur les dires de la RFY mais aussi sur sa propre analyse de la situation existante à la date de la saisine, l'*estoppel* opposé à la Serbie-et-Monténégro et ainsi argumenté tangentait l'exception tirée de l'autorité de la chose jugée. Avant de s'engager dans la démonstration précise que ce que la Serbie-et-Monténégro demandait au prétexte du fait nouveau survenu en 2000 avait déjà été définitivement jugé dans cette affaire, la Bosnie-Herzégovine fit valoir que le défendeur ne pouvait demander à la Cour de revenir sur une compétence qu'avait définitivement établie l'arrêt de 1996. Peu importait que la Serbie-et-Monténégro le fit en avançant de nouveaux moyens, apparemment distincts des motifs donnés par la Cour. L'autorité de Anzilotti, qui distinguait le dispositif, auquel s'attache l'autorité de la chose jugée et les considérants, « simples arguments logiques »⁷⁷, était invoquée pour soutenir une argumentation plus péremptoire que réellement convaincante : en 1996, la Cour s'était dite compétente⁷⁸ ; toute discussion sur ce point était close⁷⁹.

2. L'exploitation du principe de l'autorité (relative) de la chose jugée

a. Au déroulé assez retors des plaidoires de son adversaire, la Bosnie-Herzégovine opposa, au moins par place, une plaidoirie empreinte de classicisme et calée sur l'énoncé de vérités établies (ou tenues pour telles), de grands principes insensibles aux aléas politiques auxquels le défendeur revenait sans cesse pour bousculer le cadre judiciaire du règlement de ce différend.

Ainsi, les plaideurs prirent le temps d'un exposé didactique sur le principe de l'autorité de la chose jugée complété ici et là par des considérations

75. Affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande), fond, arrêt du 15 juin 1962, *CIJ Rec. 1962*, p. 39.

76. 2^e tour de plaidoires, A. Pellet, CR 2006/37, 24 avril 2006, § 16.

77. Interprétation des arrêts n° 7 et 8 (usine de Chorzow), CPJI série A n° 13, p. 24, opinion dissidente du juge Anzilotti.

78. 2^e tour de plaidoires, A. Pellet, CR 2006/35, 21 avril 2006, § 15. Le conseil, à deux reprises au moins, insista sur la structure du dispositif de l'arrêt rendu en 1996, « le passage le plus important », le passage décisif à opposer à la prétention serbo-monténégrine de rediscuter la compétence en déployant de nouveaux moyens étant le 2) a) dans lequel, par treize voix contre deux, la Cour dit « qu'elle a compétence, sur la base de l'article IX de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide pour statuer sur le différend » (*id.*, § 15 ; voy. également 2^e tour de plaidoires, A. Pellet, CR 2006/36, 21 avril 2006, §§ 41-42).

79. 2^e tour de plaidoires, A. Pellet, CR 2006/36, 21 avril 2006, §§ 40-42.

additionnelles. Le tout peut être résumé ainsi : le principe de l'autorité de la chose jugée répond à un fondamental besoin de stabilité juridique, au besoin « d'arrêter le temps » ; il s'impose aux parties comme à la Cour ; il n'existe qu'une voie et une seule pour revenir sur ce qui a été définitivement jugé, celle de la révision⁸⁰ ; ce qui a été définitivement jugé se lit dans le dispositif et non dans les considérants⁸¹.

Ainsi encore, les plaideurs précisèrent la cohérence à laquelle la Cour doit atteindre au fil de sa jurisprudence. Cette cohérence pourrait s'envisager horizontalement (entre les solutions adoptées dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force* et les affaires introduites par la Bosnie-Herzégovine et éventuellement la Croatie) ou verticalement (entre les ordonnances et arrêts adoptés au sein d'une même affaire). Le cas échéant, la « cohérence verticale » devrait avoir priorité sur la « cohérence horizontale » :

« Dans un cas, celui de l'incohérence verticale – celui interne à l'affaire qui nous occupe – vous vous mettriez, Madame et Messieurs de la Cour, en porte-à-faux (et c'est une litote que j'espère polie) par rapport aux articles 60 et 61 de votre Statut et seriez conduits à enfreindre le principe de l'autorité de la chose jugée qui est indissociable de votre si éminente fonction judiciaire. [...] Assurément, cette exigence de stabilité ne sortirait pas non plus totalement indemne de la non-concordance, horizontale, entre les solutions retenues dans des affaires distinctes. Mais si la cohérence et la prédictibilité de la jurisprudence sont, sans aucun doute, souhaitables, en vous écartant dans une affaire, de la solution retenue dans une autre, vous ne remettriez en cause aucune règle de droit : vous n'êtes pas tenus par le principe *stare decisis* »⁸².

C'était une autre manière de dire qu'*in fine*, l'autorité de la chose jugée est relative. Enfin, abandonnant la rationalisation pour une forme d'insinuation, ils mirent en garde la Cour contre le risque que son prochain arrêt, si elle accueillait les demandes serbo-monténégrines, ne vînt immédiatement se ranger dans la catégories de ces décisions qui, à peine rendues, ont acquis valeur de repoussoir (antonyme non répertorié du précédent), parce qu'elles étaient mal motivées et/ou politiquement inopportunes, voire scandaleuses. Sous couvert d'une référence au « maître ouvrage » de Shabtaï Rosenne, la Bosnie-Herzégovine évoqua « le malheureux arrêt » rendu en 1966 dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*⁸³ : l'allusion était voilée par une comparaison technique entre cette affaire-ci et l'affaire du *Génocide*, mais on entendait distinctement que, quoique la Cour eût alors pris des précautions formelles pour renverser une solution qui semblait à tous acquise avec le prononcé de l'arrêt sur les exceptions préliminaires, son arrêt n'en resterait pas moins, à jamais, « peu recommandable »⁸⁴.

b. Pour que jouât le principe de l'autorité de la chose jugée, encore fallait-il parvenir à convaincre la Cour qu'elle avait jugé définitivement et complètement de sa compétence (*lato sensu*, cette question englobant celle de l'accès à la Cour

80. Voy. 2^e tour de plaidoiries, A. Pellet, CR 2006/37, 24 avril 2006, §§ 27-32.

81. Telle est la position, à plusieurs reprises, d'A. Pellet (voy. not. 2^e tour de plaidoiries, CR 2006/36, 21 avril 2006, § 40) qui concéda néanmoins que l'autorité de la chose jugée s'étendait aux motifs qui venaient nécessairement au soutien du dispositif. La position la plus restrictive n'était pas la plus favorable à la Bosnie-Herzégovine qui avait intérêt à étayer son interprétation de la chose jugée en 1996 par les motifs de cet arrêt (voy. en ce sens la plaidoirie de B. Stern, 2^e tour de plaidoiries, CR 2006/36, 21 avril 2006, § 13).

82. 2^e tour de plaidoiries, A. Pellet, CR 2006/36, 21 avril 2006, § 52.

83. CIJ, affaires du *Sud-Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du Sud, Liberia c. Afrique du Sud)*, seconde phase, arrêt du 18 juillet 1966.

84. 2^e tour de plaidoiries, A. Pellet, CR 2006/35, 21 avril 2006, §§ 14-15.

pour la Bosnie-Herzégovine) en 1996. La Bosnie-Herzégovine soutint, itérativement, que la Cour avait envisagé et tranché en 1996 la double question du statut du défendeur vis-à-vis de la Cour d'une part, à l'égard de la convention sur le génocide, d'autre part :

« [...] il convient de constater que, si, de son côté, votre haute juridiction avait eu des hésitations en ce qui concerne sa compétence et avait voulu examiner d'office les motifs qui pouvaient y faire obstacle, c'est lorsque vous vous êtes prononcés sur ces exceptions qu'il vous appartenait de le faire ; la Cour ne l'a pas jugé nécessaire et cela est d'autant plus remarquable qu'elle était consciente [...] de ce que la situation de la Yougoslavie au regard du Statut ne "laissait pas de susciter des difficultés juridiques" [ordonnance de 1993] »⁸⁵.

Cet argument reposait à la fois sur des éléments objectifs – preuve que la Cour était consciente des difficultés juridiques posées par le statut de la RFY – et sur des pétitions de principe – la sagesse de la Cour et, peut-être, son pouvoir inhérent de relever d'office un chef d'incompétence : si elle ne l'avait pas utilisé, c'est qu'elle n'avait pas estimé devoir le faire, ce qui est une manière de juger. Un autre argument formel consistait à rapprocher le dispositif de l'arrêt de 1996 de ses motifs :

« [...] si la Cour s'est, dans son arrêt de 1996, bornée à se déclarer compétente sur la base de l'article IX de la convention sur le génocide dans le dispositif, elle n'a cependant pu parvenir à cette conclusion sans préalablement constater, dans les motifs de son arrêt que – et je vous cite – "la Yougoslavie était liée par les dispositions de la convention à la date du dépôt de la requête en la présente affaire, le 20 mars 1993" [arrêt de 1996, § 17]. Dans la mesure où cette constatation est "une condition absolue de la décision de la Cour" [...], ces motifs, qui constituent donc la condition *sine qua non* du dispositif, doivent également être considérés comme étant revêtus de l'autorité de la chose jugée. Il en résulte que l'affirmation de la Cour selon laquelle la Yougoslavie était liée par la convention sur le génocide, en 1993, est revêtue de l'autorité de la chose jugée »⁸⁶.

Un dernier argument consistait à combiner l'impératif de cohérence dans une même affaire et le pouvoir inhérent de la Cour. La Serbie-et-Monténégro alléguait que la convention de 1948 n'était pas une convention en vigueur au sens de l'article 35, § 2 du statut. La Bosnie-Herzégovine objecta que, dans sa première ordonnance en indication de mesures conservatoires, la Cour avait dit le contraire⁸⁷. Selon la Bosnie-Herzégovine,

« ces conclusions adoptées *prima facie* en 1993 ont été implicitement reprises, mais nécessairement reprises en 1996. N'oublions pas que votre Cour a nécessairement reconnu dans son arrêt de 1996 qu'un traité en vigueur – et pas seulement un traité en vigueur au moment de l'adoption du Statut – pouvait servir de base à sa compétence, indépendamment de la participation au Statut puisqu'elle avait affirmé sa compétence justement sans prendre position sur le statut de Membre de l'ONU »⁸⁸.

85. 2^e tour de plaidoiries, A. Pellet, CR 2006/35, 21 avril 2006, § 10, deuxièmement, avec renvoi à CR 2006/3, not. pp. 11-12, § 3 ou p. 20, § 22. Voy. aussi CR 2006/36, 21 avril 2006, § 32 et CR 2006/37, 24 avril 2006, §§ 10-13.

86. 2^e tour de plaidoiries, B. Stern, CR 2006/36, 21 avril 2006, § 13.

87. « [...] qu'une instance peut être valablement introduite par un État contre un autre État qui, sans être partie au Statut, est partie à une telle disposition particulière d'un traité en vigueur, et ce indépendamment des conditions réglées par le Conseil de sécurité dans sa résolution 9 (1946) [...] [L']article IX de la convention sur le génocide [...] pourrait être considéré [...] comme une disposition particulière d'un traité en vigueur [...] » (ordonnance du 8 avril 1993, § 19, citée dans sa plaidoirie (2^e tour) par B. Stern, CR 2006/36, 21 avril 2006, § 62).

88. *Id.*, §§ 63-64.

Ici encore, la « cohérence verticale » devait primer la « cohérence horizontale » (les arrêts de 2004 étant très exactement à l'opposé).

Mais le demandeur soutenait aussi que la Cour, en 1996, avait correctement et définitivement jugé les questions de compétence – participation de la Serbie-et-Monténégro à la convention de 1948 et au statut de la Cour. En effet, elle se serait fondée non sur une présomption réfragable de continuation de la RFSY par la RFY mais sur les déclarations concordantes de cet État qui se voulait membre des Nations Unies et partie à la convention⁸⁹, ainsi que sur une situation de fait qui, aussi inédite soit-elle, avait conservé à la RFY le statut de membre des Nations Unies⁹⁰. La Cour avait donc statué sur sa compétence à la date d'introduction de la requête, *i.e.* sur le fondement de la situation de fait existant à cette époque, comme il est de règle (les parties étaient d'accord sur ce point). Même si elle avait une autre finalité, à savoir démontrer, à titre subsidiaire, que si la Cour devait statuer maintenant sur ces questions laissées en souffrance en 1996 (*quod non*), elle devrait parvenir à la même conclusion, la plaidoirie de B. Stern confortait indirectement l'idée que l'arrêt de 1996 était revêtu de l'autorité de la chose *bien* jugée, contrairement aux insinuations du défendeur⁹¹. Enfin, il n'y avait décidément aucune raison de déroger au principe de l'autorité de la chose jugée au vu soit de l'admission de la Serbie-et-Monténégro aux Nations Unies le 1^{er} novembre 2000, soit des arrêts rendus en 2004. Si encore un changement politique était intervenu entre 1993 et 1996, la Cour aurait pu en tenir compte pour apprécier la situation existante en 1993, mais tel n'avait pas été le cas, par le fait même de la RFY. En tout état de cause, postérieurement à 1996, ce n'était plus possible. Quant aux arrêts de 2004, ils n'avaient pas à être pris en considération dans cette affaire.

c. La Bosnie-Herzégovine ne se contenta pas d'évacuer les arrêts de 2004 en mettant en avant la relativité de l'autorité de la chose jugée. D'une part, elle prit plaisir à souligner que, de l'avis même de plusieurs juges, cet arrêt était mal motivé. Ainsi pouvait-elle avantageusement minorer l'importance en soi de l'interprétation curieusement restrictive qui avait été délivrée de l'article 35, § 2 du statut, tout en soutenant *grosso modo* que la RFY était partie à la convention de 1948 et que, par là, il était établi qu'elle avait accès à la Cour. D'autre part, le demandeur alterna durcissement de ton – il appartenait à la Cour d'assumer les incohérences provoquées par l'arrêt de 2004 plutôt que de faire payer à la Bosnie-Herzégovine le prix de la cohérence⁹² – et tentatives de persuader la Cour que l'inévitable contradiction entre le jugement d'incompétence rendu en 2004 et le jugement sollicité en 2007 pourrait être justifiée par les différences de situation,

89. 2^e tour de plaidoiries, A. Pellet, CR 2006/36, 21 avril 2006, § 30. Voy. également la plaidoirie de B. Stern qui arguait, d'une part, que la Cour s'était fondée « sur la réalité politique et juridique », d'autre part, que celle-ci se résumait à la prétention de la RFY à participer à la convention sur le génocide (son statut exact important peu à la Cour), enfin que la Cour avait dissocié la question de l'appartenance à l'ONU et celle de la participation à la convention sur le génocide (CR 2006/36, 21 avril 2006, § 36). Les déclarations de la RFY à cet égard sont reprises aux paragraphes 89 et 90 de l'arrêt du 26 février 2007.

90. « La Cour [...] n'avait aucune raison de se substituer à la communauté internationale et aux organes politiques des Nations Unies, qui s'en étaient tenus à une demi-mesure, sans jamais écarter radicalement, par une décision juridiquement obligatoire, la prétention de la RFY à assurer la continuité de la RFSY. Et la Cour en avait d'autant moins de raison que, comme elle le relève expressément dans son arrêt de 1996, la participation de la Yougoslavie à la convention de 1948 n'avait pas été contestée devant elle [arrêt de 1996, §17] » (2^e tour de plaidoiries, A. Pellet, CR 2006/37, § 8).

91. CR 2006/36, §§ 12-67, qui se concluent ainsi : « J'espère vous avoir convaincus que vous aviez alors bien jugé » ; CR 2006/37, 24 avril 2006, §§ 1-61.

92. Voy. 2^e tour de plaidoiries, B. Stern, CR 2006/37, 24 avril 2006, § 60.

nées de l'écoulement du temps⁹³. Ces tentatives elles-mêmes s'entremêlaient à une autre ligne d'argumentation qui prolongeait l'argument de la chose déjà jugée en 1996 (et 1993, et 2003) par une opposition discrète entre la chose bien jugée (en 1993, 1996, 2003) et la chose mal jugée (en 2004) (*supra*).

3. La décision demandée à la Cour par la Bosnie-Herzégovine

In fine, la Bosnie-Herzégovine demandait à la Cour d'opposer l'exception de chose jugée à « l'Initiative » de la Serbie-et-Monténégro ou à tout le moins de la juger mal fondée parce que contredisant la chose irréfutablement jugée en 1996. Les arguments de droit tirés du principe de l'autorité de la chose jugée étaient renforcés par des arguments d'opportunité, la Bosnie-Herzégovine ne reculant pas devant la dramatisation des conséquences d'une décision d'incompétence, et pour l'autorité de la Cour elle-même, et pour les victimes. Les faits de la cause, la durée de la procédure, la chose jugée en 1996 s'amalgamaient pour fonder le droit de la Bosnie-Herzégovine à un jugement sur le fond. À titre tout à fait subsidiaire, si la Cour devait accueillir « l'Initiative » de la Serbie-et-Monténégro comme recevable, elle devrait se juger compétente à la date de dépôt de la requête. Le demandeur poussa le scrupule et la précaution jusqu'à démontrer que même si la Cour estimait, dans cette hypothèse, devoir prendre en considération l'admission de la Serbie-et-Monténégro aux Nations Unies, survenue entre la saisine et le second arrêt sur exceptions préliminaires, ce fait serait sans incidence sur la situation existante en 1993, qu'il n'aurait aucune conséquence rétroactive contrairement à ce qui avait été jugé en 2004, car « l'admission de la RFY à l'ONU en tant que successeur n'empêche pas que la RFY soit restée membre de l'ONU en assumant le rôle d'État continuateur de 1992 à 2000 ». Il fallait en passer par une analyse approfondie des situations de succession d'États⁹⁴ que nous laisserons à d'autres commentateurs, tout comme celle de la Serbie-et-Monténégro (*supra*), car les nouvelles questions de compétence brandies par le défendeur furent tranchées exclusivement en application du principe de la chose jugée à l'arrêt de 1996.

II. – LA CONFIRMATION DE SA COMPÉTENCE PAR LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE : RECONSTRUCTION DE LA CHOSE JUGÉE

À l'évidence, la Cour internationale de Justice ne voulait pas répéter l'erreur de 1966 (affaire du *Sud Ouest africain*) et passer à nouveau pour l'instance judiciaire internationale qui fait naître l'espoir que justice soit rendue aux peuples opprimés ou martyrisés, représentés par un État, puis l'anéantit pour des motifs en forme d'arguties incompréhensibles pour l'auditoire de plus en plus large auquel elle s'adresse⁹⁵. La majorité voulait trancher l'affaire du

93. Voy. not. les variations sur le « facteur temps » de A. Pellet, 2^e tour de plaidoiries, CR 2006/37, 24 avril 2006, §§ 24 ss. Voy. aussi les paragraphes 20-22.

94. Voy. 2^e tour de plaidoiries, B. Stern, CR 2006/36, 21 avril 2006, not. §§ 33-67 et CR 2006/37, 24 avril 2006, §§ 1-61 (citation intercalée entre les paragraphes 40 et 41).

95. Sur l'auditoire de la Cour, voy. G. CAHIN, « La motivation des décisions de la Cour internationale de Justice », in H. RUIZ-FABRI/J.-M. SOREL (éds), *La motivation des décisions de justice*, collection Contentieux international, Pedone, 2008 pp. 19 et s.

*Génocide*⁹⁶. Rien ne transparaît, dans l'arrêt rendu le 26 février 2007, de la dramatisation des enjeux, pour le demandeur et les victimes directes, pour la Cour elle-même et pour la communauté internationale dans son ensemble, de la décision qui devait clore sans toucher au fond ou permettre de clore au fond la procédure entamée en 1993. Indubitablement, en ce cas comme en bien d'autres, la Cour a d'abord arrêté le dispositif auquel elle voulait parvenir – se dire ou redire compétente sur le fondement de l'article IX de la convention de 1948 – avant de chercher la motivation adéquate d'une telle décision⁹⁷. La motivation finalement retenue ne laisse rien entrevoir des probables hésitations de la Cour entre plusieurs raisonnements.

Dans ses grandes lignes, elle se déroule implacablement : l'*estoppel*, le *forum prorogatum* ou la mauvaise foi ne sont pas des causes d'irrecevabilité de « l'Initiative » de la Serbie-et-Monténégro ; le principe de l'autorité de la chose jugée s'applique aux arrêts sur les exceptions préliminaires comme aux autres ; or, les deux questions soulevées par la Serbie-et-Monténégro avaient été jugées dans l'arrêt de 1996 ; par conséquent, la Cour rejeta ces nouvelles exceptions préliminaires et put enfin juger l'affaire au fond. Le syllogisme serait presque parfait si le raisonnement de la Cour ne déviait ou ne bégayait en quelques moments cruciaux. Dans l'avant-dernier paragraphe consacré à « la compétence de la Cour », elle reconnut que l'arrêt de 1996 contenait un énoncé explicite sur la participation de la RFY à la convention sur le génocide en 1993, mais aucun énoncé explicite sur la qualité de cet État à se présenter devant la Cour en vertu de son statut⁹⁸. Dès lors, autant le principe de l'autorité de la chose jugée pouvait être appliqué assez mécaniquement au premier point, autant la reconstruction de la chose jugée par la Cour devenait nécessaire pour le faire jouer sur le second point. Quoique la Cour prétendît ne pas vouloir revenir sur le cheminement suivi en 1996, cette reconstitution des présupposés et du sens de l'arrêt de 1996 la conduisit à confirmer sa compétence dans un arrêt de consolidation sous prétexte d'opposer à la Serbie-et-Monténégro l'autorité de la chose déjà jugée. La motivation développée par la Cour emprunta largement aux arguments de la Bosnie-Herzégovine, même si elle lui donna tort sur la recevabilité de « l'Initiative » serbo-monténégrine et ménagea les arrêts de 2004 envers lesquels le demandeur n'avait pas dissimulé son dédain.

L'objectif de la Cour était manifestement de rétablir ensemble la « cohérence verticale » et la « cohérence horizontale » de sa jurisprudence, sans faire prévaloir la première sur la seconde (ou sans en avoir trop l'air)⁹⁹. Dès lors, tous les raisonnements qui auraient ouvertement contrecarré une décision ou prise de position

96. Les juges qui votèrent contre le paragraphe 471 de l'arrêt étaient cependant prêts à assumer le discrédit de la Cour provoqué par un jugement d'incompétence. Peut-être pensaient-ils que la Cour se relèverait mieux de l'application formaliste du principe de la « cohérence horizontale » que d'une incohérence ponctuelle voilée par la concordance des principes. Dans leur déclaration commune, les juges Ranjeva, Shi et Koroma concédèrent qu'ils se situaient sur un plan purement juridique, et non moral ou politique pour expliquer leur vote contre le dispositif. Soit, mais le crédit de la Cour ne se mesure pas exclusivement à la rectitude technique de sa jurisprudence, moins encore à sa fidélité aveugle à des solutions aussi mal motivées que celles des arrêts de 2004.

97. Ainsi que le rappelle G. Cahin dans son rapport précité, pp. 33 et s. La rationalité de la décision.

98. Arrêt du 26 février 2007, § 140.

99. Cette préoccupation est particulièrement bien mise en relief dans l'opinion individuelle du juge TOMKA : « *I do not accept as valid the position advanced by the Applicant to the effect that the Court in the present case would have to choose between the two alternatives – (a) to harmonize a "vertical inconsistency" between the 1996 Judgment on preliminary objections in the present case and the present Judgment, or (b) to harmonize a "horizontal inconsistency" between the Judgment on preliminary objections in the 2004 Legality of Use of Force cases and the present Judgment, and that the Court should choose one rather than the other. In my view, the Court should proceed in the present Judgment on the basis that there is no inconsistency between the 1996 Judgment and the 2004 Judgment* » (§ 5).

antérieure devaient être écartés, même si rien n'y obligeait formellement la Cour (A). Sous cette très forte contrainte argumentative, il ne lui restait plus qu'une issue : établir l'autorité de la chose jugée en 1996 en se fondant sur certains principes de portée générale dégagés dans les arrêts de 2004 (B).

A. Les issues interdites à la Cour internationale de Justice

1. Une première solution, radicale, pour hâter le passage à l'examen du fond de l'affaire aurait pu consister à déclarer « l'Initiative » serbo-monténégrine irrecevable. En écartant, d'une part, le *forum prorogatum* qui pouvait heurter les *dicta* de la Cour, dans les arrêts de 2004, sur la différence de nature entre les exceptions relatives à la qualité pour paraître devant la Cour et la compétence et, d'autre part, la forclusion, il était encore possible de fonder une décision d'irrecevabilité sur l'*estoppel* ou le principe *allegans contraria non audiendus est*. Mais plusieurs considérations s'y opposaient sans doute.

En premier lieu – mais ce n'était probablement pas une considération décisive – signifier à la Serbie-et-Monténégro qu'elle était *estopped* aurait pu entraîner la Cour à devoir démontrer que la Bosnie-Herzégovine ne l'était pas, elle¹⁰⁰, ou que sa conduite avait été réglée sur ce que lui avait fait accroire la RFY¹⁰¹.

En deuxième lieu, le contraste eût été saisissant entre les décisions d'incompétence fortement, sinon correctement, motivées qui avaient été rendues en 2004 et une décision aboutissant au résultat contraire au terme d'un raisonnement expéditif essentiellement tourné, finalement, vers la protection de la bonne administration de la justice. Or, dans un système fondé sur le consensualisme redoublé de la nécessité pour les parties d'avoir accès à la Cour, la certitude entourant la compétence de la juridiction est, plus que dans tout autre, une condition préalable à la bonne administration de la justice.

En troisième lieu, la lettre adressée par le greffe à la Serbie-et-Monténégro le 12 juin 2003 contenait la promesse que la Cour ne se prononcerait sur le fond de l'affaire « qu'à la condition d'avoir pu établir qu'elle a[va]it compétence »¹⁰². Il y avait là une manière de préjugé sur la recevabilité de « l'Initiative »¹⁰³. Bien

100. En théorie, l'*estoppel* soulevé par la Bosnie-Herzégovine aurait pu rencontrer au moins deux fins de non-recevoir. Une première, parce que la Bosnie-Herzégovine aurait dû savoir que la RFY n'était pas partie au statut de la Cour (certaines déclarations du demandeur en 1992 étaient très équivoques), une seconde, parce que l'« Initiative » de la Serbie-et-Monténégro venait à la rencontre des représentations de la Bosnie-Herzégovine dans la procédure (situation de *cross-estoppel*, voy. A. MARTIN, *L'estoppel en droit international...*, *op. cit.*, pp. 321-330).

101. La Serbie-et-Monténégro s'était plue à le mettre en doute (voy. 2^e tour de plaidoiries, A. Zimmermann, CR 2006/44, 8 mai 2006, 2.60 ss.).

102. Dans son opinion dissidente, le vice-président Al-Khasawneh critiqua respectueusement la décision prise par la Cour de permettre à la Serbie-et-Monténégro de présenter de nouvelles exceptions préliminaires (§ 28).

103. Telle était d'ailleurs l'opinion du juge Skotnikov (voy. sa déclaration) ainsi que du juge Tomka : « *The majority now acknowledges only one exception to the finality of the Court's judgments, both on jurisdiction and on the merits – that of revision [...]. I remain puzzled as to why then, on 12 June 2003, it allowed one of the Parties to raise additional arguments on jurisdiction during the oral proceedings on the merits of the case. Was it then not aware that such an attempt would be destined to fail since once the Court determined the "judicial truth", it was "subject only to provision in the Statute for revision of judgments" [...]* » (opinion individuelle, § 23). Bref, la voie était ouverte au moins depuis le 12 juin 2003 à un examen *de novo* de la compétence de la Cour.

entendu, la Cour s'en défendit¹⁰⁴, examina les chefs d'irrecevabilité recensés par la Bosnie-Herzégovine et les écarta au motif qu'aucune conséquence ne pouvait être tirée du comportement du défendeur puisque la question, celle de l'accès à la Cour, devait être tranchée indépendamment du comportement des parties¹⁰⁵. C'est que, indépendamment des considérations de pur droit, la Cour avait tout intérêt à ne pas déclarer irrecevable de ce chef « l'Initiative » qui, certes, « correspond[ait] fondamentalement à une exception d'incompétence », mais qui dans son intitulé même mettait en cause, non sans force, la manière dont la Cour avait exercé son pouvoir en 1996¹⁰⁶ et l'acculait à se mieux justifier. La deuxième thèse de la Bosnie-Herzégovine, à savoir que « l'Initiative » revenait sur un point déjà jugé, était donc d'un plus grand intérêt pour la Cour.

2. Reconnaître que la Cour avait erré, en rendant soit l'arrêt de 1996, soit l'arrêt de 2004, parce que la coexistence de l'un et de l'autre avec autorité de chose jugée serait un défi au principe de non-contradiction, n'était guère plus envisageable.

Tout d'abord, à identifier une erreur de jugement dans l'arrêt de 1996, la Cour se serait obligée à juger *de novo* les questions de l'accès de la Serbie-et-Monténégro à son prétoire et de la participation de cet État à la convention sur le génocide. Pour atteindre à la cohérence sur une question statutaire, sur une question « objective » comme disait la Serbie-et-Monténégro, elle eût dû conclure à son incompétence *ratione personae* en faisant rétroagir l'admission aux Nations Unies, comme en 2004. C'eût été sacrifier la finalité (la légitimité et l'autorité de la juridiction internationale, *supra*) à l'objectif intermédiaire (la cohérence de sa jurisprudence, *supra*). L'option inverse n'était moins redoutable qu'en apparence : si l'erreur se nichait dans les arrêts de 2004, la Cour pouvait confirmer que l'arrêt de 1996 s'en écartait à bon droit en transformant en motifs les moyens assez convaincants de la Bosnie-Herzégovine, mais faute de remède au mal-jugé de 2004, le soupçon pèserait sur la Cour d'avoir naguère refusé d'exercer sa compétence à l'encontre des pays de l'OTAN en masquant derrière des motifs qu'elle devait savoir viciés des raisons d'opportunité politique (ou politico-judiciaire).

Ensuite, l'institution de la Cour internationale de Justice repose sur le postulat de son infaillibilité : il n'existe contre les arrêts de la Cour aucune voie d'appel ou de cassation ; l'autorité et la force de chose jugée se confondent, donc. Dans son arrêt du 26 février 2007, la Cour, se référant aux articles 59, 60 et 61 du statut le rappela à la Serbie-et-Monténégro dans les termes les plus clairs :

« Le caractère fondamental de ce principe ressort des termes du Statut de la Cour et de la Charte des Nations Unies. La pratique judiciaire de la Cour en reflète les caractéristiques et objectifs sous-jacents. Selon ce principe, les décisions de la

104. « Le demandeur objecte [...] à ce que la Cour examine plus avant cette exception. Ces points requièrent à l'évidence d'être examinés à titre préliminaire, et c'est pour cette raison que la Cour a chargé le greffier d'adresser aux Parties la lettre du 12 juin 2003 [...]. La lettre visait à indiquer que la Cour entendrait tout argument soulevé dans l'Initiative qui pourrait lui être présenté, non qu'elle se prononcerait de telle ou telle façon sur l'un quelconque de ces arguments » (§ 86 de l'arrêt du 26 février 2007).

105. « Toutes ces considérations [bonne foi, estoppel, acquiescement], au bout du compte, ne reviennent qu'à prêter au défendeur une acceptation implicite, ou un consentement présumé, quant à la compétence de la Cour ; or, ainsi que cela a été exposé plus haut, le consentement *ad hoc* d'une partie est distinct de la question de la capacité à ester devant la Cour » (§ 103 de l'arrêt). Dans son opinion dissidente, le juge Mahiou regretta que l'estoppel n'ait pas été retenu alors que les conditions en étaient selon lui réunies (p. 9).

106. Nous faisons allusion aux discrètes allégations de lacune ou de négligence articulées par la Serbie-et-Monténégro (*supra*, I, A).

Cour sont non seulement obligatoires pour les parties, mais elles sont définitives, en ce sens qu'elles ne peuvent être remises en cause par les parties pour ce qui est des questions que ces décisions ont tranchées, en dehors des procédures spécialement prévues à cet effet, qui présentent un caractère exceptionnel »¹⁰⁷.

Seul le risque d'erreur de fait, non le risque d'erreur de droit, est pris en considération par le statut qui ne prévoit qu'une seule procédure pour la redresser, celle de la révision (article 61 du statut)¹⁰⁸. Il ressort également de l'ensemble de la motivation que la Cour ne pourrait pas *proprio motu* revenir sur une erreur, sinon sans doute pour une menue rectification¹⁰⁹. La Cour conclut en effet le paragraphe consacré au « Principe de l'autorité de la chose jugée » par une proposition libellée comme un impératif catégorique – qui vaudrait donc pour elle aussi :

« Sous la seule réserve de cette possibilité de révision, le principe applicable est celui de la *res judicata pro veritate habetur*, ce qui signifie que les conclusions d'un arrêt doivent, aux fins de l'affaire et entre les parties, être considérées comme exactes, et ne sauraient être remises en question au motif que des événements postérieurs feraient planer sur elles des doutes »¹¹⁰.

Clairement, la Cour se rallia donc à l'opinion de la Bosnie-Herzégovine selon laquelle « [...] si la Cour devait revenir sur sa décision de 1996 concernant la compétence, elle manquerait à des règles de droit fondamentales »¹¹¹ – que ce soit donc à la demande d'une partie ou de sa propre initiative. Cette précision vient au paragraphe 138 de l'arrêt¹¹².

3. *Restait enfin une alternative.*

Première branche : la Cour aurait théoriquement pu concéder à la Serbie-et-Monténégro qu'elle n'avait pas statué en 1996 sur la possibilité pour cet État de venir devant la Cour parce qu'elle ne le pouvait pas étant donné l'incertitude qui entourait le statut international de la RFY. Cette question n'aurait donc pas été définitivement jugée ; soit « l'Initiative » serbo-monténégrine en tant que nouvelle exception d'incompétence ne se serait heurtée à aucune cause d'irrecevabilité, soit la Cour aurait enfin soulevé d'office la question de sa compétence *ratione personae*, maintenant en état d'être jugée ; en tout état de cause, elle aurait pu

107. § 115.

108. La Cour y insista : « Cela ne signifie pas que si une partie à une affaire estime que se sont fait jour, postérieurement à la décision de la Cour, des éléments de nature à faire apparaître que les conclusions auxquelles celle-ci était parvenue pourraient avoir reposé sur des faits erronés ou insuffisants, cette décision doit garder son caractère définitif, alors même qu'elle serait en contradiction manifeste avec la réalité. *Le Statut prévoit, à cette fin, une seule procédure* : celle de l'article 61, qui ouvre la possibilité de la révision d'un arrêt aux conditions énumérées à l'article 61 » (*id.*, § 120 – italique ajouté).

109. Voy. en ce sens L.N.C. BRANT, *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, *op. cit.*, pp. 312-313 : « [...] bien que les tribunaux internationaux, en général, aient un pouvoir inhérent de rectifier un erreur manifeste jusqu'à l'exécution de la sentence, cela ne veut pas dire pour autant que la rectification concerne une modification du jugement comme expression de la véritable intention du tribunal ». *Contra* : le juge *ad hoc* Kreca, dans son opinion individuelle, dit : « [...] if, after adopting a jurisdictional decision and before handing down its judgment on the merits, the Court found that its decision was erroneous for any reason, it could commit a manifest abuse of power if it were to abide by the res judicata rule » (§ 18 ; voy. également § 24).

110. *Id.*, § 120.

111. *Id.*, § 104.

112. « Selon ce principe [de l'autorité de la chose jugée], dès lors que la Cour s'est prononcée, que ce soit sur une question de fond dans un différend qui lui est soumis ou sur une question concernant sa propre compétence, sa décision est à cet égard définitive, tant pour les parties en litige dans l'affaire (statut, art. 59) que pour la Cour elle-même dans le contexte de cette affaire » (italique ajouté).

statuer librement. Cette solution était peu plausible¹¹³ et ne comportait que des inconvénients. La crédibilité de la Cour aurait été un peu écornée : pourquoi la Cour n'avait-elle pas manifesté son pouvoir et même son obligation de soulever d'office cette question de compétence (obligation révélée dans les arrêts de 2004, *supra*) en en réservant expressément la résolution jusqu'à la clarification du statut de la RFY à l'ONU par les organes politiques de cette organisation ? Fallait-il avouer non seulement que la Cour n'avait jugé que partiellement, mais en outre qu'elle avait insuffisamment motivé son arrêt ? Surtout, la Cour aurait dû se prononcer sur sa compétence *ratione personae* à la lumière des connaissances acquises depuis 1996. Mais alors, sachant que la Cour voulait juger l'affaire au fond, comment surmonter l'obstacle que constituait la motivation des arrêts de 2004 portant justement sur les mêmes données de fait¹¹⁴ ?

Deuxième branche de l'alternative : se retrancher purement et simplement derrière l'autorité de la chose jugée en 1996 et l'opposer tant à la Serbie-et-Monténégro comme cause d'irrecevabilité de son « Initiative » qu'aux arrêts de 2004, péremptoirement. Or cette voie directe était fermée à la Cour parce que l'arrêt de 1996 était par trop sibyllin. La Cour l'avoua sans fard :

« Rien n'était dit dans l'arrêt de 1996 sur le statut de la RFY vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies, ni sur la question de sa capacité à participer à une procédure devant la Cour : pour les raisons déjà mentionnées ci-dessus (paragraphe 106), les deux Parties s'étaient abstenues de solliciter une décision sur ces questions »¹¹⁵.

Certes, au dispositif de l'arrêt de 1996, elle avait dit qu'elle était compétente. Ce dispositif était revêtu de l'autorité de la chose jugée. Cependant, elle ne pouvait en tirer sans autre un motif d'irrecevabilité de « l'Initiative » de la Serbie-et-Monténégro, parce que cet État « [...] a[va]it avancé un certain nombre d'arguments tendant à démontrer que l'arrêt de 1996 n'était pas définitif à cet égard »¹¹⁶. Même si la Cour n'est pas tenue de répondre à tous les moyens soulevés par les parties, celui-ci était susceptible de jeter sur la (ou les) motivation(s) de la Cour un trop pesant soupçon pour qu'elle n'y répondît pas.

113. Si ce n'est que plaidait en sa faveur le fait que la Cour n'avait pas explicitement repris en 1996 l'interprétation extensive de l'article 35, § 2 qui percevait dans l'ordonnance en indication de mesures conservatoires de 1993 alors que, combinée avec les déclarations de la Serbie-et-Monténégro, elle aurait pu consolider une décision relative à la compétence *ratione personae* de la Cour fondée sur la convention de 1948 (*supra*).

114. Le juge Tomka, dans son opinion individuelle, s'efforça de démontrer, tout d'abord, que la Cour n'avait pas statué sur l'accès de la RFY à son prétoire en 1996, ensuite qu'elle pouvait maintenant se prononcer favorablement sur cette question. Les conditions pour que la Cour pût statuer dans cette affaire auraient été remplies séparément et successivement : la compétence *ratione materiae* de la Cour serait établie depuis 1992 (telle est la substance de l'arrêt de 1996), la compétence *ratione personae* le serait depuis le 1^{er} novembre 2000 (§ 36). Il n'y aurait point de contradiction à redouter avec les arrêts de 2004, car la position procédurale de la Serbie-et-Monténégro étant différente de celle de la RFY, la Cour pouvait et devait en 2004 décliner sa compétence, alors qu'en 1996, elle devait simplement, en quelque sorte, surseoir à statuer sur le fond en attendant que la condition de l'accès fût remplie. Celle-ci pouvait l'être à tout moment et, à tout moment, la Bosnie-Herzégovine aurait pu soumettre une nouvelle requête. Outre que le raisonnement peut ne pas convaincre dans tous ses enchaînements, il paraît contredire la distinction et la hiérarchisation des questions relatives à l'accès et à la « compétence consensuelle », qui remontent à 2004 et que la majorité souhaitait confirmer.

115. § 122 de l'arrêt du 26 février 2007. Cet aveu revient au paragraphe 132 : « Ainsi qu'il a déjà été noté, les difficultés juridiques soulevées par la situation du défendeur à l'égard de l'Organisation des Nations Unies n'étaient pas expressément mentionnées dans l'arrêt de 1996 ».

116. § 123 de l'arrêt du 26 février 2007.

*B. L'unique issue envisageable : l'invocation du principe
de l'autorité de la chose nécessairement jugée en 1996*

Faute d'autre issue, il restait à la Cour une unique voie, certes étroite mais moins périlleuse que les précédentes : interpréter l'arrêt de 1996 pour faire ressortir clairement que le périmètre de la chose jugée incluait l'accès de la RFY à la Cour et ce, dans le respect de certains des très explicites *dicta* de portée générale contenus dans les arrêts de 2004. Or, l'interprétation du silence ou des demi-mots de l'arrêt de 1996 devait inéluctablement conduire la Cour à lui insuffler *a posteriori* la fermeté de motivation qui lui manquait ; la fidélité à certains des principes de portée générale des arrêts de 2004 garantirait autant que faire se pouvait la « cohérence horizontale » de la jurisprudence de la Cour.

1. Pour réussir ce numéro d'équilibrisme, la Cour devait soigneusement sélectionner et hiérarchiser les éléments de la jurisprudence antérieure dont elle avait à tenir compte.

Elle commença tout naturellement par dénier toute force de chose jugée aux arrêts rendus en 2004 « pour les parties en présence dans l'affaire concernée ». La chose allait de soi : l'autorité des arrêts de la Cour est relative, limitée aux parties au litige (article 59 du statut)¹¹⁷. Encore fallait-il évacuer une difficulté, au-delà de l'autorité formelle de ces arrêts, qui tenait à ce que dans ses arrêts de 2004, la Cour avait nié qu'elle eût statué, en 1996, sur le statut de la RFY d'après l'article 35 de son statut¹¹⁸. Toutefois, analysa la Cour, il s'agissait là d'un commentaire¹¹⁹, donc pas d'une interprétation autorisée, dont la portée et l'intérêt étaient au demeurant très limités car « [...] la Cour ne se préoccupait pas alors de la portée de l'autorité de la chose jugée à attacher à l'arrêt de 1996 [...] », mais « [...] il convenait seulement [pour elle] de rechercher s'il existait, dans une autre affaire, une conclusion *expresse* susceptible de l'éclairer »¹²⁰. Or, comme nous savons, l'arrêt de 1996 n'en contenait point.

Dans un deuxième temps, la Cour sélectionna les « précédentes décisions de la Cour revêtant une pertinence en l'espèce »¹²¹. Ce moment est décisif, car la Cour élimina alors les éléments de ses décisions en l'affaire du *Génocide* qui pouvaient entrer en conflit avec les arrêts de 2004, et affaiblir les décisions. La Cour rappela que l'ordonnance du 8 avril 1993 avait délivré une interprétation de l'article 35, § 2 de son statut, contraire à celle qui fut retenue en 2004¹²², mais n'ayant que valeur provisoire, comme il sied à une ordonnance en indication de mesure provisoire à cet égard. « Il est [...] évident qu'aucune question concernant l'autorité de la chose jugée ne se pose par rapport à l'ordonnance du 8 avril 1993 »¹²³. L'arrêt du 3 février 2003 ? La Cour valida l'interprétation qu'en avaient délivrée les arrêts sur la *Licéité de l'emploi de la force* et conclut :

« Aux fins de la présente affaire, il ne fait donc aucun doute que l'arrêt de 2003 sur la demande en révision formée par la RFY, bien qu'il lie les parties et qu'il soit définitif et non susceptible de recours, ne contient aucune conclusion quant à la question de savoir si cet État était ou non Membre de l'Organisation des Nations Unies en 1993. La question du statut de la RFY en 1993 ne figurait pas parmi celles que la Cour a tranchées en rejetant cette demande »¹²⁴.

117. Arrêt du 26 février 2007, § 84.

118. Ces extraits des arrêts de 2004 sont rappelés au paragraphe 129 de l'arrêt du 26 février 2007.

119. § 129 de l'arrêt du 26 février 2007.

120. *Id.*, § 135 (italique ajouté).

121. 4) du III consacré à la compétence de la Cour, §§ 105-113 de l'arrêt.

122. Ordonnance du 8 avril 1993, § 19 (voy. texte note n° 87).

123. § 105 de l'arrêt du 26 février 2007.

124. *Id.*, § 113.

In fine, le principe de l'autorité de la chose jugée ne pouvait s'appliquer qu'à l'arrêt rendu en 1996. Pour surmonter une dernière objection, la Cour expliqua longuement à l'intention de la Serbie-et-Monténégro qui en doutait que les arrêts portant sur les exceptions préliminaires étaient, comme les arrêts sur le fond, revêtus de l'autorité de la chose jugée¹²⁵ (voy. analyse *infra*). En minorant la portée de l'ordonnance de 1993 et de l'arrêt de 2003, la Cour s'était interdit de justifier une réponse positive à cette question par la « cohérence verticale » de sa jurisprudence, par la chaîne des syllogismes appliqués dans une même affaire. En revanche, elle réussit l'exploit de « démontrer » qu'elle avait jugé en 1996 que la RFY avait accès à la Cour en se fondant sur... des principes de portée générale contenus dans les arrêts de 2004 qu'elle ne cita qu'accessoirement dans les divisions pertinentes, en tant que support de l'interprétation de décisions rendues dans l'affaire du *Génocide*.

En somme, le principe de la continuité jurisprudentielle allait lui servir à figer, et la compétence qu'elle s'était reconnue en 1996, et une contradiction objective entre les décisions rendues dans des espèces différentes soulevant une question préliminaire identique en fait (l'affaire du *Génocide*, les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*). La démonstration serait rapportée que la Cour peut juger deux cas semblables différemment, mais ne s'écarte des principes qu'elle a précédemment formulés ou d'une interprétation qu'elle a précédemment retenue qu'avec la plus grande prudence. Il y a là un banal compromis entre l'exigence de stabilité et de cohérence jurisprudentielle d'un côté¹²⁶ et de flexibilité de l'autre¹²⁷. Quoique la Cour ne le laissât pas paraître, son raisonnement reposait sur la distinction entre l'autorité de la chose jugée et l'autorité des précédents¹²⁸.

2. La Cour avait-elle dit en 1996, avec force de chose jugée, non seulement que la convention sur le génocide constituait une base de compétence (ceci figure en toutes lettres dans le dispositif) et pour ce, que la RFY y était partie (ceci figure dans un motif qui vient au soutien nécessaire de ce dispositif¹²⁹), mais aussi que la RFY avait alors accès à la Cour (ceci ne figure explicitement ni dans le dispositif, ni dans les motifs) ?

Au début de l'examen de son sixième point « Application du principe de l'autorité de la chose jugée à l'arrêt de 1996 », la Cour asséna, en écho aux arrêts de 2004 qu'il était

125. *Id.*, §§ 114-119.

126. Selon M. Shahabuddeen : « [...] there is an inevitable sense in which precedents are always used, even where the specific common law doctrine of stare decisis does not prevail. This is because, although any given international tribunal is adjudicating only as between the parties before it, it is at the same time functioning as an expression of the legal norms of the larger international community; it is these norms which ultimately assign against legal value to the decision of the tribunal » (*Precedent in the World Court*, Cambridge Univ. Press, 1996, p. 43). Voy. également J. SALMON, « Autorité des prononcés de la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, p. 47).

127. Voy. en ce sens E. GRISEL, « *Res judicata* : l'autorité de la chose jugée en droit international », in *Mélanges Georges Perrin*, Payot, 1984, p. 141.

128. Voy. G. SPENCER BOWER AND TURNER, *The Doctrine of Res Judicata*, Butterworths, 1969, p. 15 ou I. SCOBIE, « *Res Judicata*, Precedent and the International Court : A Preliminary Sketch », *Australian Yearbook of International Law*, 1999, p. 303 : « [...] what distinguishes the two is that *res judicata* refers to the determination of the parties' legal relationships within the context of a specific dispute whereas precedent refers to abstract or general statements of law which are embedded in a decision. *Res judicata* is the final disposition of a given case : precedent looks beyond the case to the future application of the ruling it contains ».

129. Nous le rappelons : « La Cour observe en outre qu'il n'a pas été contesté que la Yougoslavie soit partie à la convention sur le génocide. Ainsi, la Yougoslavie était liée par les dispositions de la convention à la date du dépôt de la requête en la présente affaire, le 20 mars 1993 » (§ 17 de l'arrêt du 11 juillet 1996).

« [...] nécessaire de souligner que la question de savoir si un État a qualité pour se présenter devant elle conformément aux dispositions du Statut – que l'on y voie une capacité à être partie à la procédure ou un aspect de la compétence *ratione personae* – passe avant celle de savoir si cet État a consenti à ce que la Cour règle le différend particulier porté devant elle. C'est, par ailleurs, une question que la Cour elle-même est tenue, si besoin est, de soulever et d'examiner d'office, le cas échéant après notification aux parties »¹³⁰.

Or, au moment d'examiner le premier moyen d'irrecevabilité soulevé par la Bosnie-Herzégovine à l'encontre de « l'Initiative » serbo-monténégrine, la Cour avait déjà entériné la distinction établie en 2004 entre les « compétences consensuelles » et la compétence non consensuelle (question de la capacité d'un État à être partie à une procédure devant la Cour en vertu du statut)¹³¹. La continuité principielle avec les arrêts de 2004 est presque parfaite¹³². Mais la Cour, décidément, ne se simplifiait pas la tâche, puisqu'elle ne pouvait plus retenir le motif suggéré par la Bosnie-Herzégovine selon laquelle elle aurait statué, en 1996, en se fiant aux déclarations de la RFY, d'ailleurs rappelées dans son arrêt, dont l'effet sur la procédure était accepté par le demandeur. Ainsi, elle se privait de la ressource du principe de la doctrine de la « *wider res judicata* » bien connue en droit anglais. Selon cette doctrine, l'autorité de la chose jugée bénéficie non seulement à toute question soulevée par les parties et jugée, mais également à toutes questions qui ressortissent raisonnablement à l'affaire et eussent dû être soulevées par des parties diligentes¹³³. Elle se sortit de cette passe de plus en plus étroite en développant une taxinomie des questions tranchées dans un arrêt avec autorité de chose jugée :

« [...] premièrement, les questions qui ont été tranchées, le cas échéant implicitement, avec force de chose jugée ; deuxièmement, les questions accessoires ou subsidiaires, ou *obiter dicta* ; troisièmement, celles qui n'ont pas été tranchées du tout »¹³⁴.

La Cour précisait au même paragraphe, d'une part, qu'un point revêtu de l'autorité de la chose jugée pouvait avoir été tranché « expressément » ou par « implication logique », d'autre part, qu'il pouvait « être nécessaire de lire une conclusion générale dans son contexte afin de déterminer si elle recouvre tel point particulier ».

Application immédiate de ces principes à l'arrêt rendu en 1996 : à la suite du rejet des différentes exceptions préliminaires soulevées par la RFY, le dispositif énonçait en termes généraux que la Cour avait compétence sur le fondement de la convention de 1948 (à laquelle la RFY était réputée être partie, d'après les motifs, *supra*) ; or, la compétence *ratione materiae* de la Cour ne peut être établie qu'entre deux États qui ont accès à son statut, c'est une condition d'ordre public (*supra*) ; donc, cette « conclusion générale » de l'arrêt de 1996 « doit nécessairement s'interpréter comme signifiant en toute logique que la

130. *Id.*, § 122.

131. Et en insistant lourdement encore (§ 102).

132. Dans la version anglaise, à la place du « *shall* » attendu, la Cour utilisa un « *should* », moins impératif (§ 122).

133. Voy. en ce sens S. WITTICH, « Permissible Derogation from Mandatory Rules ? The Problem of Party Status in the *Genocide Case* », *EJIL*, 2007, p. 607. Certains auteurs considèrent qu'en tout état de cause, la structure de l'ordre international et le principe du consensualisme ne permettraient pas la transposition du principe de la « *wider res judicata* » (I. SCOBIE, « *Res Judicata*, Precedent and the International Court : A Preliminary Sketch », *op. cit.*, p. 302).

134. § 126 de l'arrêt du 26 février 2007.

Cour estimait à l'époque que le défendeur avait qualité pour participer à des affaires portées devant elle. Sur cette base, la Cour a alors formulé une conclusion sur sa compétence, avec l'autorité de chose jugée »¹³⁵. Ou bien : puisque la Cour ne peut errer, puisque la Cour ne peut avoir négligé son obligation de relever un moyen d'ordre public, elle avait implicitement mais nécessairement jugé en 1996 que la RFY était partie au statut de la Cour¹³⁶. Ou encore : la reconnaissance de l'accès de la RFY à la Cour, en 1996, est un motif implicite qui vient nécessairement au soutien de la « conclusion générale » et en élargit la portée. Dans le même mouvement, la Cour avouait à demi une lacune dans l'arrêt de 1996 et la comblait par une interprétation expédiente mais passablement constructive de ce dernier¹³⁷. Parallèlement, la Cour répéta que l'arrêt de 1996, rétréci à la conclusion expresse du 2) du dispositif, devait être interprété « dans son contexte ». Pour les raisons susdites, le contexte ne saurait recouvrir les seules déclarations itératives de la RFY destinées à asseoir son statut d'État continuateur de la RFSY auxquelles la Bosnie-Herzégovine n'aurait que partiellement adhéré (dans la stricte mesure où la RFY demeurerait ainsi liée par la convention de 1948 et le statut de la Cour)¹³⁸. La Cour se référa par ailleurs à un contexte fait d'incertitudes, « en particulier en ce qui concerne l'état des relations qui existaient alors entre le défendeur et l'Organisation des Nations Unies [...] »¹³⁹. Ce contexte, à la vérité, ne nous semble pas avoir été d'une grande utilité à la Cour pour identifier la chose jugée en 1996. Son intérêt serait plutôt, pour une part, d'attester que la Cour était consciente des difficultés posées par le statut inédit de la RFY¹⁴⁰ et pour une autre part, d'expliquer pourquoi la solution vers laquelle la Cour se dirigeait devait différer de la solution adoptée en 2004. La Cour esquissa une justification, peut-être inspirée par la Bosnie-Herzégovine :

« [...] s'il lui a paru clair en 2004 que le défendeur n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies à l'époque pertinente, la situation n'était absolument pas aussi claire en 1999 – et encore moins en 1996 »¹⁴¹.

On croit devoir comprendre, d'une part, que l'arrêt de 1996 ne peut être interprété à la lumière d'événements postérieurs, telle l'admission de la Serbie-et-Monténégro aux Nations Unies le 1^{er} novembre 2000, d'autre part que si cette admission s'était produite entre 1993 et 1996, la Cour eût pu en tenir compte, pour clarifier la situation juridique de cet État, comme d'un

135. *Id.*, § 132 de l'arrêt du 26 février 2007 (italique ajouté).

136. Procédant ainsi, la Cour ne devrait pas être accusée de se livrer à l'interprétation d'un point qui n'avait pas été décidé. D.W. Bowett tient la chose pour impossible : « *By definition, the Tribunal can scarcely be explaining what has already been decided when it is deciding on a point it had earlier failed to decide* » (« *Res judicata* and Limits of Rectification of Decisions by International Tribunals », *Revue africaine de droit international et comparé*, 1996, p. 586).

137. En somme, la Cour soutint que la « conclusion générale » de 1996 ne répondait pas seulement, comme on pouvait le penser, à une question de compétence *ratione materiae*, mais à toutes questions de compétence relativement à l'instrument invoqué. De là, incidemment, l'intérêt de pouvoir envisager l'accès à la Cour comme une question de compétence. La Cour dit ainsi à propos de l'accès à son prétoire : « Cette dernière question peut être considérée comme un question préalable à celle de la compétence *ratione personae*, ou comme un élément constitutif de la compétence *ratione personae* » (§ 102 de l'arrêt du 26 février 2007). Par conséquent, la conclusion générale peut englober des conclusions particulières, dont l'une est relative à l'accès à la Cour.

138. Cet élément du contexte est cité au paragraphe 130 de l'arrêt.

139. *Id.*, § 130, puis §§ 131-132. Les deux composantes du « contexte » sont exposées plus en détail au 2) (§§ 88-99) du III) consacré à la compétence de la Cour dans l'arrêt du 26 février 2007.

140. *Id.*

141. *Id.*, § 131.

élément pertinent dans le cadre de l'opération préliminaire de vérification de sa compétence¹⁴².

Prima facie, la Cour dissimula sous un habillage logique de purs arguments d'autorité ou des pétitions de principe. Ne répéta-t-elle pas jusqu'à paraître en douter elle-même que ce qui n'était pas dit dans l'arrêt de 1996, mais aurait dû l'être, l'était nécessairement ? Pour ne mettre en relief qu'une seule de ces variations sur le même thème :

« [...] examinée dans son contexte, la conclusion expresse énoncée dans l'arrêt de 1996 [...] n'est conciliable, *en droit et en toute logique*, qu'avec l'idée que, à l'égard des deux Parties, elle avait compétence *ratione personae* au sens large – c'est-à-dire que la situation de l'un et de l'autre était de nature à satisfaire aux conditions du Statut concernant la capacité des États à se présenter devant la Cour »¹⁴³.

Ces répétitions pourraient-elles n'être qu'une maladresse de construction, d'inutiles redondances ? Il serait tentant de transposer à cette juridiction la pratique en cours devant le Conseil d'État français. Pour lui aussi, la détermination de sa compétence est une question d'ordre public qu'il lui appartient de soulever d'office le cas échéant, mais « [...] le fait que la compétence a été examinée n'apparaîtra pas toujours dans la rédaction du jugement [...]. La question de compétence n'ayant pas été posée par les Parties (c'est l'hypothèse quand elle est examinée d'office), le juge qui s'estime compétent n'aura pas à motiver son jugement sur ce point »¹⁴⁴. Il doit bien y avoir quelques fortes raisons pour que la Cour n'ait pas adopté une justification aussi lapidaire du silence de l'arrêt de 1996, conduisant tout droit à la confirmation de sa compétence. Ce qui vaut dans un système juridictionnel interne dominé par l'*imperatoria brevitatis* ne vaut pas nécessairement dans un système juridictionnel international dans lequel la motivation des arrêts privilégie – de plus en plus – la didactique par rapport à l'économie dans l'exposé des motifs. Il serait même on ne peut plus curieux qu'une juridiction internationale dont la compétence est strictement facultative puisse s'épargner la peine, dans un contexte d'incertitudes et de violentes disputes statutaires, de trancher expressément une question préliminaire à toute autre sur sa compétence¹⁴⁵ ! Sans doute la Cour ne pouvait-elle faire autrement que de déceler dans la logique même de son raisonnement une décision affirmative quant à l'accès de la RFY à son prétoire et de le répéter pour persuader le défendeur récalcitrant et l'observateur circonspect. La reprise de la distinction entre la compétence *ratione personae* et la compétence consensuelle et la réaffirmation du caractère d'ordre public de la première, couplée au postulat que la Cour ne se trompe pas, servent à imposer « en droit et en logique » la confirmation de la compétence de la Cour. Cependant, des doutes persistent quant à la suffisance de

142. C. Santulli expose que « [de] règle, [l'instance] est limitée aux faits antérieurs [...]. Toutefois, si les faits postérieurs sont liés à ceux qui étaient visés par l'acte introductif, il peut être contraire aux intérêts d'une bonne administration de la justice d'exiger une nouvelle procédure. La jurisprudence admet alors la recevabilité des conclusions qui visent les faits postérieurs à l'acte introductif d'instance [...] s'ils n'altèrent pas l'objet de l'instance, et s'ils sont pertinents pour le jugement de l'affaire portée devant le tribunal » (C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, Montchrestien, 1999, pp. 320-321). Ceci devrait valoir *mutatis mutandis* pour les exceptions préliminaires.

143. *Id.*, § 133 (italique ajouté). *Bis repetita* à la fin du même paragraphe. *Idem* à la fin du paragraphe 132, *idem* au début du paragraphe 135, *idem* encore au paragraphe 136 qui s'achève sur ces termes : « L'autorité de la chose jugée attachée à cet arrêt s'étend donc à cette conclusion particulière ».

144. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 9^e éd., 2001, p. 233.

145. S. Wittich irait sans doute dans ce sens (voy. « Permissible Derogation from Mandatory Rules ?... », *op. cit.*, p. 606). Telle était l'opinion du juge Skotnikov : « [...] the notion of unstated element of reasoning is not compatible with Article 56 of the Statute, which provides that [t]he judgment shall state the reasons on which it is based » (déclaration, p. 2).

la motivation de l'arrêt de 1996, et donc quant au « bien-jugé ». La nullité de cet arrêt a même été évoquée, au motif que la Cour s'était en réalité abstenue de soulever d'office la question de sa compétence *ratione personae* ou, en d'autres termes, qu'elle avait méconnu des règles de son statut pourtant qualifiées d'impératives¹⁴⁶. Nous savons que les arrêts de 2004 empêchaient la Cour de le faire enfin en 2007 sans péril soit pour l'issue de l'affaire du *Génocide*, soit pour son autorité en ce qu'elle dépend de la cohérence de sa jurisprudence (*supra*).

3. La chute de la démonstration de la Cour ne laisse pas de surprendre. Tout d'abord, parce qu'ayant restitué le plein sens de la « conclusion générale » de l'arrêt de 1996 et dit que l'affirmation de sa compétence *ratione personae* et *ratione materiae* était revêtue de l'autorité de la chose jugée, elle ne déclare pas « l'Initiative » serbo-monténégrine irrecevable, mais plutôt mal fondée. Au paragraphe 140 de l'arrêt, elle répondit directement à « [...] son argument selon lequel le défendeur n'était pas, à la date du dépôt de la requête introductive d'instance, un État ayant qualité pour se présenter devant elle en vertu du Statut » que « le principe de l'autorité de la chose jugée interdit toute remise en question de la décision contenue dans l'arrêt de 1996 ». Ceci se traduit, au dispositif, par le rejet des exceptions contenues dans les conclusions finales du défendeur suivant lesquelles la Cour n'a pas compétence¹⁴⁷. Le choix de ces libellés pourrait renforcer l'impression que la Cour aurait en somme transformé « l'Initiative » de la Serbie-et-Monténégro en demande d'interprétation de la portée de la chose jugée en 1996 et, outrepassant les limites de son pouvoir dans un tel cadre, en aurait profité pour en délivrer une interprétation constructive.

Le paragraphe 141 de l'arrêt ménage une dernière surprise :

« Dans les arguments qu'elles ont échangés devant la Cour, les Parties ont évoqué la question de savoir si les paragraphes 1 et 2 de l'article 35 du Statut s'appliquent également aux parties demanderesses et aux parties défenderesses. S'agissant d'une question d'interprétation du Statut, c'est à la Cour qu'il appartiendrait d'y répondre. Compte tenu cependant de la conclusion à laquelle elle est parvenue au sujet de l'autorité de la chose jugée qui s'attache à sa décision de 1996, la Cour ne juge pas à présent nécessaire de le faire ».

La Cour serait ainsi parvenue à confirmer qu'elle avait jugé, sur le fondement de son statut (article 35), que la RFY avait qualité pour paraître devant elle en position de défendeur... sans interpréter ledit statut. Voilà qui peut signifier, ou bien, que le sens de l'article 35, précisé et fortement restreint dans les arrêts de 2004, et qui doit passer pour son sens objectif déductible *ab initio* de son libellé si l'interprétation du statut n'appartient qu'à la Cour, ne faisait néanmoins pas partie du « contexte » dans lequel l'arrêt de 1996 devait être interprété, ou bien que la Cour estimait ne pas avoir à revenir sur son interprétation du statut en 1996, fût-elle erronée. Une raison pourrait être que la Cour a dit qu'il n'était point besoin pour elle, « aux fins de la présente procédure, d'aller au-delà de cette

146. « *In strictly procedural terms, the ICJ's failure to examine the highly questionable party status of Yugoslavia no doubt is a serious breach of mandatory, and thus fundamental rule of procedure. Whether the Court also manifestly exceeded its power is debatable. In any event, it is fairly clear that absent any institutional framework or procedural devices for annulment, there is little or no room for a plea of nullity of judgments of the Court* » (S. WITTICH, « Permissible Derogation from Mandatory Rules ?... », *op. cit.*, p. 617). La Cour aurait-elle vraiment pu, d'un strict point de vue juridique, annuler son jugement de 1996 sur les exceptions préliminaires ? C'est douteux, à lire les passages que la Cour a consacrés à l'unique voie qui permette de reprendre la chose déjà jugée, à savoir la révision (*supra*). Au demeurant, si les termes du statut étaient vraiment impératifs, la Cour pourrait-elle annuler l'un de ses arrêts qu'il ne lui octroie pas ce pouvoir ?

147. § 471 de l'arrêt du 26 février 2007.

conclusion en examinant par quel cheminement elle y est parvenue »¹⁴⁸ – seule la portée de la « conclusion générale » était en jeu. Une autre pourrait être, encore une fois, qu'elle ne peut pas corriger ce qui a été jugé antérieurement dans un arrêt revêtu de l'autorité de la chose jugée, pas même un motif essentiel à la motivation de la décision ainsi pétrifiée. En tout état de cause, la Cour n'aura ainsi ni infirmé, ni confirmé son interprétation de l'article 35, § 2 révélée par les arrêts de 2004.

*
* *

L'arrêt du 26 février 2007, dans sa partie consacrée à la compétence, déjoue les grilles d'analyse canoniques en droit de la procédure (internationale). *Primo*, la Cour concéda que l'arrêt de 1996 ne disait rien d'explicite sur une question d'ordre public, mais ne répondit pas à l'invitation de la Serbie-et-Monténégro de soulever maintenant cette question comme elle en aurait le pouvoir en tout état de la procédure si cette notion avait exactement le même sens et son régime, les mêmes implications qu'en droit interne ; elle préféra découvrir la réponse à cette question d'ordre public dans l'arrêt de 1996. *Secundo*, la Cour accueillit « l'Initiative » du défendeur comme une exception d'incompétence. Or, cette exception aurait dû être irrecevable, puisque « [...] s'ils étaient retenus, les arguments avancés par le défendeur dans la présente affaire auraient [eu] pour effet [...] de renverser la décision de 1996 »¹⁴⁹. Elle ne le fut pas déclarée formellement et même, la Cour y répondit comme elle aurait pu répondre à une demande d'interprétation de la portée de l'arrêt de 1996 (article 60 du statut)¹⁵⁰. *Tertio*, la Cour qui n'en a pourtant sans doute pas le pouvoir corrigea ainsi l'insuffisante motivation (voire l'insuffisant dispositif) de 1996 en confirmant par leur emploi quelques principes énoncés dans de précédentes affaires dont le bien-fondé avait été contesté et dont l'autorité formelle était nulle en la présente affaire. Or, qu'elle réponde à une demande d'interprétation sur le fondement de l'article 60 ou qu'elle interprète un arrêt à la seule fin de déterminer si une nouvelle exception se heurte à la *res judicata* ou non, la Cour devrait prendre garde à ne pas ajouter à ce qui a été jugé¹⁵¹. Mais grâce à la notion de chose jugée par implication logique, la Cour se maintint, au moins formellement, dans le registre de l'interprétation-confirmation de la chose jugée en 1996¹⁵².

148. § 132 de l'arrêt du 26 février 2007.

149. *Id.*, § 128.

150. Au demeurant, la Cour débuta le paragraphe consacré à « l'application du principe de l'autorité de la chose jugée à l'arrêt de 1996 » en ces termes : « Au vu de ces considérations, la Cour reviendra sur la portée et le sens de l'arrêt de 1996 » (*id.*, § 121). Voy. également § 126.

151. Voy. en ce sens CPJI, *Usine de Chorzow*, CPJI Série A n° 13, arrêt du 16 décembre 1927, p. 21.

152. C'est ainsi que l'arrêt est perçu, par exemple, par la partie croate dans l'affaire opposant la Croatie à la Serbie : « *In this way, in its 1996 Judgment, the Court perceived the Respondent to be in a position to appear before the Court, but confirmed the Respondent's right to have access to the Court in its 2007 Judgment* » (A. Metelko-Zgombic, CR 2008/10, 27 mai 2008, § 32).

III. – L'AUTORITÉ DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE À L'ÉPREUVE DE L'APPLICATION PONCTUELLE DU PRINCIPE DE L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE

Tandis que la majorité des juges de la Cour s'attelaient à édifier cette motivation efficace, si l'efficacité se mesure au rapport entre les motifs déployés et le ou les objectif(s) poursuivi(s), mais singulière, les juges de la minorité cisaient leurs attaques contre une décision qui, selon eux, n'était pas celle que la Cour devait rendre à la suite des arrêts de 2004¹⁵³. Les premiers commentaires critiques sont moins radicaux : cet arrêt était probablement le moins mauvais que la Cour pouvait rendre dans un contexte politique donné où la « communauté internationale » ne pouvait pas entendre que la Cour se découvrait incompétente pour trancher l'affaire au fond treize à quatorze ans après l'introduction de la requête bosniaque¹⁵⁴. De fait, cet arrêt apporte la meilleure conciliation possible, d'un côté, entre les attentes que nourrit la justice internationale et ses capacités et de l'autre, entre l'exigence de « cohérence verticale » et l'exigence de « cohérence horizontale ». Contrairement à ce qui a pu être dit, il ne se caractérise pas par la domination d'un formalisme artificiel ; au contraire, il assujettit des principes formels (l'autorité de la chose jugée, sa relativité...) à l'impératif de justice internationale.

Pour autant, l'autorité de la Cour internationale de Justice ne sort peut-être pas grandie de l'épreuve à laquelle la Serbie-et-Monténégro la soumit pour échapper aux siennes. D'une part, il semble qu'elle ait renoncé à être – au moins dans cette série d'affaires impliquant la Serbie-et-Monténégro – l'instance apte à établir la vérité juridique des faits (A). D'autre part, le raisonnement qu'elle a choisi contourne non seulement (et à raison) la trouble problématique de l'appréciation du statut de la RFY avec treize années de recul, mais aussi quelques zones d'incertitudes relatives au principe de l'autorité de la chose jugée (B).

A. La renonciation à établir la vérité juridique des faits

1. À s'en tenir aux énoncés de portée très générale de la Cour dans l'arrêt du 26 février 2007, celle-ci est bien persuadée d'avoir pour fonction et pouvoir « d'arrêter le temps » et d'établir la vérité juridique ou légale des faits. Elle revendiqua ce pouvoir en explicitant le principe *res judicata pro veritate habetur*, « [...] qui signifie que les conclusions d'un arrêt doivent [...] être considérées comme exactes, et ne sauraient être remises en question au motif que des événements postérieurs feraient planer sur elle des doutes »¹⁵⁵. Il semblerait donc que la Cour ait le pouvoir de dire la vérité légale des faits sur laquelle les événements ultérieurs, qui sont eux du monde des phénomènes politiques ou autres, des « êtres de

153. Voy. l'opinion dissidente commune des juges Ranjeva, Shi et Koroma, not. §§ 9-13, déclaration du juge SKOTNIKOV, opinion individuelle du juge KRECA.

154. Voy. S. WITICH, « Permissible Derogation from Mandatory Rules?... », *op. cit.*, p. 618, Y.Z. BLUM, « Was Yugoslavia a Member of the United Nations... », *op. cit.*, p. 815.

155. § 120 de l'arrêt du 26 février 2007.

fait » et non des « êtres légaux »¹⁵⁶, seraient sans aucune emprise¹⁵⁷. Or le défendeur ne cessait d'opposer à la vérité judiciaire sur son statut, à supposer qu'elle ait été établie en 1996, la vérité tout court, la vérité de faits objectifs que tout un chacun pourrait constater en se conformant aux principes élémentaires de la logique (si la Serbie-et-Monténégro est un nouveau membre de l'ONU depuis le 1^{er} novembre 2000, elle ne l'était pas auparavant, si la Serbie-et-Monténégro n'était pas le continuateur de la RFSY, ses déclarations fondées sur cette prémisse étaient erronées et sans effet...). La Cour sélectionna un passage particulièrement éloquent de ses plaidoiries :

« 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 [...] »¹⁵⁸.

La Serbie-et-Monténégro en déduisait bien évidemment que le statut n'avait pu conférer à l'arrêt de 1996 un quelconque effet¹⁵⁹. Dans les termes les plus fermes, la Cour lui opposa à nouveau la prééminence de la « vérité judiciaire » sur toute vérité établie par d'autres voies :

« [...] pour la Cour, *res judicata pro veritate habetur*, et la vérité judiciaire dans le contexte d'une affaire est telle que la Cour l'a déterminée, sous la seule réserve de la disposition du Statut concernant la révision des arrêts. La nature de la fonction judiciaire et la nécessité universellement reconnue de la stabilité des relations juridiques exigent qu'il en soit ainsi »¹⁶⁰.

La Serbie-et-Monténégro était en quelque sorte rappelée à son statut de sujet de droit¹⁶¹. Mais si, dans l'ordre juridique étatique, il ne fait aucun doute que la vérité judiciaire soit opposable à tout sujet de droit, indépendamment d'une manifestation volontaire de soumission à la juridiction locutrice, peut-il en aller de même dans l'ordre international où la Cour internationale de Justice n'a d'existence qu'entre ou pour les États qui la reconnaissent comme organe judiciaire et acceptent dès lors les termes de son statut ? Certes pas, soutenait la Serbie-et-Monténégro : l'article 36, § 6¹⁶² de ce statut ne pouvait, non plus que les articles 59 et 60, constituer une disposition conventionnelle contraignante car le statut n'était objectivement rien pour elle en 1993. À quoi la Cour répondit sans l'ombre d'une réserve que la question de l'accès à la Cour était, comme les autres, tranchée par la Cour en vertu de l'article 36, § 6 du statut et que

156. Ces expressions sont empruntées à J. Combacau qui précise que « [...] le légal ne s'oppose pas à l'illégal mais à l'extralégal [...]. Aussi [...] dire d'un phénomène qu'il est légal ne signifie pas qu'il est valable en droit mais qu'il n'accède à l'existence que selon le mode particulier que comporte le droit » (J. COMBACAU, « Une manière d'être des choses », *Droits*, 1990, n° 11, p. 12).

157. Dans son opinion individuelle, le juge Kreca s'éleva violemment contre une forme « d'extrémisme judiciaire » : « *Considering the Court's findings to be immutable even in the face of subsequent events throwing doubt on their veracity, the majority view neglects the aspect of legality in the substance of the res judicata rule. As subsequent events can hardly be considered as "a new fact" under Article 61 of the Statute, it appears that the Court as a rule takes decisions ex iure proprio, independently of international law, so that the legal situation determined by the Court is, ex definitione, the true position under international law* » (§ 25).

158. § 137 de l'arrêt du 26 février 2007.

159. Argument restitué par la Cour au paragraphe 137 de l'arrêt.

160. *Id.*, § 139.

161. Emprunt à une analyse d'O. Cayla développée en droit interne : « [...] c'est lorsque de tels sujets du discours ordinaire sont dessaisis de leur pouvoir de qualification [...], par l'organe étatique spécialisé dans le travail d'application qu'est le juge, qu'on peut dire qu'ils accèdent à la qualité de sujets de droit » (O. CAYLA, « Ouverture : La qualification ou la vérité du droit », *Droits*, 1993, n° 18, p. 12).

162. « En cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est compétente, la Cour décide ».

« [i]l est donc impossible, *juridiquement*, que la Cour puisse “rendre une décision finale envers une partie à l’égard de laquelle elle ne peut pas exercer sa fonction judiciaire”, parce que la question de savoir si un État est ou non une partie à l’égard de laquelle la Cour a compétence est de celles que seule la Cour a le pouvoir de trancher »¹⁶³.

A accès à la Cour tout État dont elle dit qu’il l’a ; il n’y a point d’autre vérité (ou réalité) pour la Cour et pour lui-même que celle-ci. L’article 36, § 6, renforcé par l’applicabilité du principe de l’autorité de la chose jugée aux décisions sur des exceptions préliminaires, confère ce pouvoir performatif à la Cour et acquiert en quelque sorte valeur de norme fondamentale de l’ordre international contemporain qu’il faut supposer, sauf à se passer de juridiction internationale¹⁶⁴.

2. Derrière ces fortes affirmations, cependant, la Cour renonça, et à dire *la* vérité judiciaire, et à dire pour droit quel était le statut de la RFY à l’égard de l’ONU, de la Cour et de la convention sur le génocide entre 1992 et 2000. *La* vérité judiciaire sur le statut de la RFY n’existe pas : à chaque fois que la Cour fit référence à la *res judicata pro veritate habetur*, elle précisa bien qu’elle ne valait « qu’aux fins de l’affaire et entre les parties »¹⁶⁵ ou « dans le contexte d’une affaire »¹⁶⁶. Aussi ce qui est vérité judiciaire dans une affaire n’est-il qu’événement dans une autre : à chaque arrêt sa vérité sur les faits de l’espèce, fussent-ils identiques aux faits d’une autre espèce déjà jugée avec force de vérité légale. Formellement, l’accès de la RFY à la Cour à un moment *t* peut avoir été établi avec cette force dans un arrêt et peut être nié avec la même force dans un autre litige, il n’y a point là de véritable contradiction puisque les deux jugements n’appartiennent pas simultanément au monde des êtres légaux. Même si la Cour elle-même ne croit pas complètement à cette logique¹⁶⁷, elle ménage peu de place à *l’estoppel by res judicata*¹⁶⁸ en droit international. Non plus d’ailleurs qu’à l’autorité *erga omnes* de ses arrêts¹⁶⁹. En effet, en renonçant à établir la vérité judiciaire des faits, la Cour renonça également à dire pour droit quel était le statut de la RFY à l’égard de l’ONU, vis-à-vis de son statut, au regard de la convention de 1948. Les deux premières questions avaient été au centre des arrêts rendus en 2004, pas la dernière ; celle-ci avait été explicitement tranchée sur le fondement des déclarations de la RFY en 1996, pas les deux premières ;

163. § 138 de l’arrêt du 26 février 2007.

164. Relevons encore une fois l’intérêt d’admettre la possibilité de considérer la question de l’accès à la Cour comme une question particulière relative à la compétence.

165. § 120 de l’arrêt du 26 février 2007.

166. *Id.*, § 139.

167. Sinon, elle ne prendrait pas la peine d’esquisser une explication de la différence entre les affaires sur la *Licéité de l’emploi de la force* et l’affaire du *Génocide*.

168. Les conditions à réunir en droit anglais sont « [...] A) que la décision judiciaire sur laquelle elle fonde l’estoppel qu’elle allègue était une décision définitive sur le fond du litige ; B) que cette décision avait été rendue par une juridiction compétente [...] ; C) que cette décision a tranché la question même que l’autre Partie cherche à contredire ou à contester dans la nouvelle instance (identité d’objet dans les deux instances) [...] ». En revanche, la condition d’identité des parties tombe si l’arrêt a été rendu *in rem* (A. MARTIN, *L’estoppel en droit international...*, *op. cit.*, pp. 52-53 et p. 59).

169. Le juge *ad hoc* Kreca affirma au contraire, dans son opinion individuelle, que « *Judgments of the Court on status issue, in their effect ratione personae, cannot unlike other judgments, be limited to the Parties of a dispute. Their material effects surpass the effects of the Judgment defined in Article 60 of the Statute. By the very nature of their object, judgments on status issues, which do not allow for uncertainty and insecurity, act intra partes. The effect of a judgment on status, i.e. the creation of an objective legal situation [...] is incorporated in the national laws of the civilized nations* » (§ 58).

aucune des trois ne fut examinée en substance dans l'arrêt du 26 février 2007¹⁷⁰. La Cour ne se prononça donc jamais de manière univoque et complète sur « le statut international » de la RFY entre 1992 et 2000. Ses décisions parcellaires, en outre, se contredisent. On peut le déplorer¹⁷¹, d'autant plus qu'était en jeu une question statutaire sur laquelle la Cour aurait pu apporter quelque lumière et qui se serait peut-être prêtée au déploiement *erga omnes* de l'autorité de la chose jugée¹⁷². La Cour aurait ainsi manqué à l'une de ses fonctions essentielles qui serait de mettre d'accord les acteurs de la scène interétatique au-delà même des limites étroites du litige¹⁷³, elle se serait dérobée à sa tâche de délivrer une « herméneutique officielle du monde »¹⁷⁴. On peut inversement considérer soit que cette tâche ne lui est pas attribuée dans l'ordre international qui se distingue structurellement de l'ordre juridique interne¹⁷⁵, soit qu'il n'appartenait pas à la Cour de jeter la lumière de ses qualifications sur des questions que les organes politiques des Nations Unies avaient délibérément laissées dans le flou¹⁷⁶. À moins qu'il ne faille plutôt considérer que si, en général, la Cour doit tenir compte de l'articulation de ses fonctions avec celles de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité des Nations Unies et, peut-être, ne s'engager que très prudemment sur toute voie qui la conduirait à un contrôle de la légalité des actes de ces organes par voie d'exception, elle ne prenait pas de grands risques en l'espèce puisque la Serbie-et-Monténégro avait finalement présenté sa demande d'admission à l'ONU « comme suite à la résolution 777 (1992) du Conseil de sécurité » dont elle acceptait donc les termes et ne remettait pas en cause les conséquences. En outre, il était possible de « séquencer » le statut du défendeur qui aurait été État continuateur *de facto* d'abord, État successeur ensuite, bref d'accorder la lumière judiciaire à l'évolution de la posture des organes politiques des Nations Unies¹⁷⁷. Encore eût-il fallu y penser dès 2004, sauf à assumer une franche et très voyante contradiction entre les arrêts de 2004 et l'arrêt du 26 février 2007.

170. « Il découle de ce qui précède que la Cour ne juge pas nécessaire d'examiner les questions, abondamment débattues par les Parties, relatives au statut qui, au moment du dépôt de la requête, était celui du défendeur au regard de la Charte des Nations Unies, du Statut de la Cour et de la convention sur le génocide » (arrêt du 26 février 2007, § 140 *in fine*).

171. Dans sa déclaration, le juge Skotnikov, par exemple, dénonça en termes d'ailleurs polysémiques, l'illusion selon laquelle « [...] *the Court can create parallel realities* ».

172. Les éléments de la controverse sur la pertinence de l'opposition entre les jugements *in rem* et les jugements *in personam* sont rappelés par L.N.C. BRANT in *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, *op. cit.*, pp. 100-105.

173. Cf. L. CONDORELLI, « L'autorité de la décision des juridictions internationales permanentes », *op. cit.*, p. 312.

174. La formule est empruntée à C. Grzegorzczuk qui précise : « Cette fonction de *juris-dictio* est au cœur même de l'activité juridique, et cela explique pourquoi la grande majorité des juristes s'accorde pour considérer que le droit ne peut exister sans l'office du juge, tandis qu'il peut se passer du législateur. Pour notre part, disons plus prudemment qu'il ne peut se passer d'organes institués pour dire officiellement le droit, pour reconnaître autoritairement la qualité juridique des choses » (C. GRZEGORCZYK, « Le droit comme interprétation officielle de la réalité », *Droits*, 1990, n° 11, p. 33).

175. Voy. sur les caractéristiques de l'ordre interne qui ne se retrouvent pas dans l'ordre international : O. CAYLA, « Ouverture : La qualification, ou la vérité du droit », *op. cit.*, not. pp. 13-16.

176. Voy. en ce sens l'opinion individuelle du juge Higgins dans les affaires de la *Licéité de l'emploi de la force*, § 20, avec renvoi à l'opinion du juge Lachs dans l'affaire de *Lockerbie* (ordonnance du 14 avril 1992).

177. Selon l'analyse proposée par B. Stern dans ses plaidoiries pour la Bosnie-Herzégovine (CR 2006/37, 24 avril 2006, §§ 1-61), également développée par le juge Al-Khasawneh (voy. son opinion dissidente, § 11), lui-même approuvé (avec quelques nuances) par Y.Z. BLUM in « Was Yugoslavia a Member of the United Nations in the Years 1992-2000 ? », *op. cit.*, p. 814.

*B. Les enseignements de l'arrêt sur l'autorité de la chose jugée
par la Cour internationale de Justice*

La Cour consacra un point entier (point 5) de l'arrêt du 26 février 2007 au principe de l'autorité de la chose jugée. Inévitablement, elle énonça quelques lieux communs aux ordres juridiques interne et international. Ce principe y satisfait deux objectifs : « [...] la stabilité des relations juridiques exige qu'il soit mis un terme au différend considéré » ; « [...] il est dans l'intérêt de chacune des parties qu'une affaire qui a d'ores et déjà été tranchée en sa faveur ne soit pas rouverte »¹⁷⁸. Elle ne pouvait sans doute faire moins dans un arrêt qui repose tout entier sur ce principe. Mais en cherchant à amortir la contradiction entre les arrêts de 2004 et les arrêts de 1996-2007, la Cour se priva de l'occasion de clarifier quelques aspects toujours nébuleux de l'application du principe de l'autorité de la chose jugée.

1. La Serbie-et-Monténégro prétendait, en s'appuyant en particulier sur l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI (Inde c. Pakistan)*¹⁷⁹ et de l'affaire du *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*¹⁸⁰, que la Cour pouvait, à tout moment de la procédure, réexaminer sa compétence soit pour s'en assurer, soit pour se déjuger. Elle donna ainsi à la Cour l'occasion de souligner que le principe de l'autorité de la chose jugée dont se parent ses arrêts prend sa source dans son statut. La Cour le dit tout d'abord en restituant la substance des articles 59 et 60 du statut¹⁸¹, avant d'aborder la question de l'éventuelle existence d'un principe général de droit qui donnerait à toute juridiction internationale la faculté d'examiner et réexaminer sa compétence (et/ou la recevabilité d'une affaire) en tout état de la procédure. D'une part, les exemples tirés notamment de la pratique de la CEDH¹⁸² ne convainquirent pas la Cour de l'existence d'un principe général du droit. D'autre part, elle suggéra qu'un principe général du droit pourrait éventuellement prévaloir sur les dispositions claires du statut, mais à condition d'être suffisamment général et d'avoir suffisamment de poids¹⁸³. Elle termina par une formule sibylline, dissociant le principe de l'autorité de la chose jugée du statut de la Cour, comme s'il pouvait avoir un fondement autre que conventionnel¹⁸⁴. Dans ce cas, semble-t-il, seul un principe de même généralité, tout aussi inhérent à la fonction juridictionnelle, pourrait lui apporter une exception¹⁸⁵.

En l'état, la portée du principe de l'autorité de la chose jugée est claire : il n'y a point de distinction entre les arrêts relatifs à la compétence (et/ou à la recevabilité) et les arrêts portant sur le fond¹⁸⁶ ; les décisions portant sur la compétence (et/ou la recevabilité) ne peuvent pas être indéfiniment réexaminées ; la Cour ne peut,

178. § 116 de l'arrêt du 26 février 2007.

179. Arrêt du 18 août 1972.

180. *Fixation du montant des réparations dues par l'Albanie au Royaume-Uni*, arrêt du 15 décembre 1949.

181. « Le caractère fondamental de ce principe ressort des termes du Statut de la Cour et de la Charte des Nations Unies. [...] L'article 59 du Statut, en dépit de sa formulation négative, a pour élément central la proposition positive selon laquelle la décision de la Cour est obligatoire pour les parties dans l'affaire qui a été tranchée. L'article 60 du Statut dispose que l'arrêt est définitif et sans recours [...] » (*id.*, § 115).

182. Voy. la plaidoirie de T. Varady, CR 2006/44, 8 mai 2006, 3.58 ss.

183. *Id.*, § 119.

184. § 119 *in fine* de l'arrêt du 26 février 2007.

185. *Id.* L'article 60 du statut devrait alors sans doute être interprété conformément à ce principe général du droit.

186. Par combinaison de l'article 36, § 6 et de l'article 60 du statut (*id.*, § 117). Voy. en ce sens E. GRISEL, « *Res judicata* : l'autorité de la chose jugée en droit international », *op. cit.*, p. 146.

« d'office ou autrement », rouvrir des questions qui ont déjà été tranchées avec l'autorité de la chose jugée¹⁸⁷ ; la seule procédure qui permette de revenir sur un arrêt portant sur des questions préliminaires est la révision, aux conditions de l'article 61. La Cour poussa jusqu'à affirmer que « [...] lorsque [elle] s'est déclarée compétente avec l'autorité de la chose jugée, il ne peut y avoir excès de pouvoir aux fins de cette affaire, la Cour étant seule compétente pour se prononcer sur de telles décisions »¹⁸⁸. Concordante avec l'interprétation de l'article 36, § 6, la souveraineté que la Cour revendique ici sous la forme d'un pouvoir exclusif de juger de sa propre compétence détone lorsqu'elle est rapprochée de la renonciation à rendre, sur la position d'un État au regard du statut de la Cour, des arrêts revêtus de la *res judicata in rem (supra)*. Mais en un sens, la relativité de l'autorité de la chose jugée tempère les implications de cette prétention à l'infailibilité : si les arrêts de la Cour doivent être tenus pour « exacts » dans une affaire donnée et sont insusceptibles de modification (*supra*), du moins la possible erreur ne devrait-elle pas contaminer d'autres affaires.

2. La délimitation de la chose jugée dans un arrêt préliminaire est essentielle car s'il est revêtu de l'autorité de la chose jugée, il n'en demeure pas moins que des exceptions préliminaires peuvent être soulevées ultérieurement :

« [...] si une partie à une instance devant la Cour choisit de ne pas soulever une question de compétence en usant de la procédure des exceptions préliminaires détaillée à l'article 79 du Règlement, cette partie n'en est pas pour autant nécessairement privée du droit de soulever cette question au stade de l'examen au fond »¹⁸⁹.

Cette partie conserve donc la faculté de soulever une exception préliminaire¹⁹⁰, mais son exception « tardive » ne doit pas se heurter à l'autorité de la chose déjà jugée, sous peine d'irrecevabilité¹⁹¹. Cependant, la Cour n'apporta pas – ou ne put apporter – à la question des méthodes de délimitation de ce qui a été définitivement jugé tous les éclaircissements souhaitables.

Certes, elle objecta fermement à la Serbie-et-Monténégro que dans un arrêt relatif à sa compétence ou à la recevabilité de la requête, l'autorité de la chose jugée n'est pas « nécessairement limitée aux parties du dispositif par lesquelles sont expressément rejetées des exceptions » ; elle *peut* s'attacher également aux conclusions générales sur la compétence (ou la recevabilité) dont la portée s'apprécie « compte tenu du contexte dans lequel l'arrêt a été rendu »¹⁹² ; inversement, il se peut aussi que, lues dans le contexte dans lequel l'arrêt a été rendu, les conclusions générales n'épuisent pas les questions de compétence ou de recevabilité. Alors

187. *Id.*, § 118. La Cour redressa ici les conséquences que la Serbie-et-Monténégro prétendait tirer des deux affaires précitées ; elle s'abstint de tirer quelque argument que ce soit de l'affaire du *Sud-Ouest africain* dans laquelle elle s'était appliquée à convaincre, sans y parvenir, qu'elle ne revenait pas sur la chose jugée en 1962 (§ 59, § 61 de l'arrêt du 18 juillet 1966).

188. *Id.*, § 139. Voy. également cette partie, B, 1.

189. *Id.*, § 101.

190. Il s'agit là d'une simple confirmation de la jurisprudence antérieure (*id.*, § 127).

191. La Cour se livra à l'exercice attendu de distinction entre le cas d'espèce et d'autres affaires dans lesquelles elle se prononça, dans l'arrêt au fond, sur des questions préliminaires. Dans ces affaires, « [...] les questions de compétence examinées à un stade tardif de ces affaires étaient telles que la décision rendue à leur sujet n'était pas susceptible de contredire la conclusion par laquelle la Cour s'était déclarée compétente dans l'arrêt antérieur » (*id.*, § 128).

192. *Id.*, § 125.

« [...] le fait que, dans un arrêt, la Cour, en même temps qu'elle rejette certaines exceptions préliminaires, puisse conclure qu'elle "a compétence" en l'affaire ne lui interdit pas nécessairement d'examiner à un stade ultérieur les questions de compétence qui ont pu se poser par la suite et qu'elle n'avait pas tranchées avec force de chose jugée dans l'arrêt en question »¹⁹³.

Entre alors en jeu une double interrogation qui persiste en doctrine et en pratique, partie pour des raisons terminologiques (la *causa petendi* peut revêtir des sens différents d'un écrit à l'autre), partie pour des raisons conceptuelles : l'autorité de la chose jugée porte-t-elle exclusivement sur le dispositif ou enveloppe-t-elle les motifs ou au moins ceux qui viennent au soutien nécessaire du premier¹⁹⁴ ? Se mesure-t-elle à l'aune du *petitum* et de la *causa petendi* (ce que demandait et ce que soutenait l'auteur de l'exception) ou à l'aune de ce que la Cour a jugé (et le cas échéant, de ses motifs)¹⁹⁵ ? La réponse à la première question est quelque peu brouillée à la fois par la notion « d'implications nécessaires » et par le refus de la Cour de revenir sur le « cheminement » qu'elle avait suivi en 1996. Si en effet a force de chose jugée un point qui a été tranché expressément ou « *par implication logique* », la décision (le dispositif) ne peut se comprendre, dans le second cas, qu'en remontant puiser dans les motifs les éléments de compréhension de la décision et de sa portée. Dans le cas d'espèce, la Cour tourna ainsi ses considérants que l'accès de la RFY à la Cour était, indémêlablement, un motif qui venait au soutien nécessaire de la conclusion générale et un élément de cette conclusion générale¹⁹⁶. Il nous semble qu'en tout état de cause, la Cour prit là deux fois ses distances par

193. *Id.*, § 127.

194. D. Anzilotti convenait qu'il était « [...] presque toujours nécessaire d'avoir recours aux motifs pour bien comprendre le dispositif » (*Usine de Chorzow*, affaire précitée, p. 24), mais c'est autre chose que de dire, comme le juge Koretsky : « Les deux parties d'un arrêt – le dispositif et les motifs – ne sont pas séparées l'une de l'autre. Chacune est un élément constitutif du jugement dans son ensemble. [...] Ce texte [l'article 56 du Statut] prouve que les motifs ont force obligatoire en tant que partie obligatoire de l'arrêt, et il précise en même temps la *nature* des motifs qui devraient avoir force obligatoire » (opinion dissidente rendue dans l'affaire précitée du *Sud-Ouest africain*, *CIJ Rec. 1966*, p. 239). La question peut ensuite encore être affinée : si l'autorité de la chose jugée peut s'attacher également à des motifs, s'agit-il uniquement des motifs de droit ou également des motifs de fait ? Selon M. Gounelle, seuls les motifs de droit sont revêtus de l'autorité de la chose jugée ; « les motifs de fait qui constituent le relevé des faits relatifs au litige tels qu'ils ont été authentifiés par le tribunal au cours du procès » ne forment pas, par nature, une décision (M. GOUNELLE, *La motivation des actes juridiques en droit international public*, Pedone, 1979, p. 123).

195. D'après le juge Jessup : « On ne trouve ni dans la jurisprudence des deux Cours, ni dans les opinions individuelles, ni dans "la doctrine des publicistes les plus qualifiés" de critères permettant de déterminer automatiquement ce qui relève ou non de la règle de la chose jugée » (*Affaire du Sud-Ouest africain précitée*, opinion dissidente, *CIJ Rec. 1966*, p. 333). Aperçu tiré des références les plus récentes : C. Santulli écrit que « La chose jugée est limitée à l'instance, et elle est donc identifiée par la triple identité classique de parties, de cause et d'objet » (*Droit du contentieux international, op. cit.*, p. 474). Telle est la doctrine classique, perpétuée sur la base de l'opinion de D. Anzilotti dans l'affaire précitée de l'*Usine de Chorzow* : « [...] ce sont les trois éléments traditionnels d'identification, *persona, petitum, causa petendi*, car il est certain que "le cas qui a été décidé" comprend aussi bien la chose demandée que la cause de la demande » (opinion dissidente précitée, p. 23). L.N.C. Brant écrit pour sa part : « L'autorité concentrique de la chose jugée en droit international impose donc une similarité entre l'objet déjà jugé et l'objet demandé. Pour cette raison, il est nécessaire d'analyser la manière dont les juridictions internationales délimitent le sens et la portée de la chose demandée et la comparent à l'objet déjà jugé précédemment dans une autre affaire » (*L'autorité de la chose jugée en droit international public, op. cit.*, p. 123, voy. également p. 114). Après avoir rappelé que la Cour était libre de choisir parmi les moyens présentés par les parties (ou en dehors) les motifs de sa décision, il suggère que la Cour pourrait de même comparer les moyens qui soutiennent la nouvelle demande aux motifs de la décision déjà rendue (pp. 132-133).

196. La Cour évoqua tour à tour des questions ou points par elle tranchés (*id.*, § 126) et des « fondements informulés » de l'arrêt rendu en 1996 (*id.*, § 135) : la distinction du principal et de l'accessoire ou du subsidiaire paraît donc pouvoir porter sur les motifs aussi bien que sur l'objet.

rapport à D. Anzilotti : une fois en ne situant pas exclusivement la force obligatoire de l'arrêt dans le dispositif, une fois en distinguant les questions essentielles et les questions accessoires ou subsidiaires. Mais est-il possible de s'appuyer sur les motifs (éventuellement implicites) d'une décision implicite sans reconstituer le « cheminement » du juge (ce à quoi la Cour se refuse, *supra*) ? Ce l'était en l'espèce parce « l'implication nécessaire » recouvrait une question d'ordre public dont on ne pouvait concevoir que la Cour l'eût ignorée ou négligée (*supra*).

La seconde question eût pu être au cœur de la dispute sur la recevabilité de « l'Initiative » serbo-monténégrine : certes, le défendeur demandait de nouveau à la Cour de se déclarer incompétente (identité probable de *petitum*¹⁹⁷), mais elle soulevait des moyens, de fait et de droit, différents de ceux qu'elle avait précédemment avancés ; en outre, le *petitum* éventuellement et la *causa petendi* en tout cas ne coïncidaient pas *prima facie* avec le dispositif de l'arrêt de 1996 lu à la lumière de ses motifs. Certaines plaidoiries¹⁹⁸ et opinions¹⁹⁹ rappellent les trois conditions cumulatives auxquelles l'exception de chose jugée peut être opposée à une partie (identité de parties, vérifiée en l'espèce, identité de demandes, identité de cause). Or la Cour ne procéda pas ainsi, sans que l'on puisse vraiment dire qu'elle renierait complètement la méthode consistant à identifier la chose jugée par référence à la chose qui avait été demandée. En effet, elle choisit d'appliquer le principe de l'autorité de la chose jugée sous son aspect « substantiel » plus que procédural (pour reprendre les termes du juge Kreca²⁰⁰) en affirmant d'entrée que « l'Initiative » de la Serbie-et-Monténégro se heurtait à la *res judicata pro veritate habetur*²⁰¹. Puis, parce que le défendeur en doutait, elle entreprit de démontrer que la question de l'accès à la Cour y était englobée en mobilisant la catégorie « question d'ordre public, nécessairement tranchée en amont ». La Cour a été fort critiquée pour avoir lu dans son arrêt de 1996 une décision sur l'accès à la Cour de la RFY et pour l'avoir opposée à « l'Initiative » serbo-monténégrine alors que cette question n'avait alors été ni soulevée par le défendeur, ni plaidée par les parties²⁰². À dire vrai, la critique porte à faux si l'on convient, avec la Cour, que certaines questions de compétence sont d'ordre public²⁰³. En ce cas, l'interprétation de l'autorité de la chose jugée ne nécessite nullement de faire retour sur les demandes et les moyens de fait ou de droit soulevés par les parties. Que l'arrêt porte en

197. Cette identité peut d'ailleurs être contestée si l'on sépare, contrairement à la Cour, la question de la capacité d'un État d'être partie à une affaire devant la Cour et les questions de compétence.

198. Voy. *supra*, I.

199. Voy. opinion individuelle du juge Kreca, § 38.

200. Voy. son opinion individuelle, § 3.

201. Cœur du paragraphe 123 de l'arrêt du 26 février 2007.

202. Voy. not. en ce sens l'opinion dissidente conjointe des juges Ranjeva, Shi et Koroma : « *It is thus the issues presented by the parties themselves that establish the operative parameters of the judgment and "[i]n the last analysis the scope of res judicata can only be determined by reference to the pleadings in general, and to the parties' submissions in particular* » (S. Rosenne [...]) » (§ 5). Ou : « [...] *the issue of access was not even addressed, let alone decided, in either the reasoning or the dispositif of the 1996 Judgment* » (§ 3).

203. Les juges Ranjeva, Shi et Koroma le concèdent d'ailleurs (opinion dissidente conjointe, § 6), mais selon eux, c'est un artifice inacceptable que de lire dans l'arrêt de 1996 une décision « par implication nécessaire » sur l'accès de la RFY à la Cour. La question était donc ouverte et la Cour devait la trancher.

revanche sur des questions de compétence « ordinaires »²⁰⁴ (ou de fond) et, alors, se reposerait la question de l'articulation et de la pondération, dans le processus d'interprétation de ce qui a été définitivement jugé sur la demande d'une partie²⁰⁵, des moyens de fait et de droit développés par les parties d'une part, des motifs de la première décision d'autre part, avec cette difficulté que la Cour les choisit librement. L'arrêt du 26 février 2007 n'éclaircit pas cette question récurrente. Il nous semble que le dispositif de l'arrêt – qui doit répondre strictement aux demandes – donne la mesure de l'obligation d'exécution ; les motifs peuvent éventuellement être utiles à son interprétation. En revanche, la *res judicata* qui a force de vérité légale intègre nécessairement le dispositif et les motifs qui viennent nécessairement à son soutien²⁰⁶. Les parties étant identiques, se heurte évidemment à la chose jugée une demande identique à la première et soutenue par des moyens de fait et de droit eux-mêmes identiques à ceux qui avaient été précédemment avancés, que la Cour y ait répondu en détail ou non (exception de chose jugée sous son aspect « procédural »). L'identité de parties étant vérifiée, se heurte également à la chose jugée une demande identique à la première et soutenue par des moyens de fait ou de droit inédits mais qui constituent une remise en cause de l'autorité de la chose jugée. Pour délimiter l'autorité de la chose jugée sous son aspect « substantiel », il est indispensable de se reporter au raisonnement de la Cour dans son ensemble et dans son contexte, qui peut inclure les moyens soulevés par les parties.

*
* *

La Cour n'en a pas encore terminé avec le statut de la RFY avant son admission comme nouveau membre aux Nations Unies en 2000. Il n'est pas impossible qu'elle décline sa compétence dans l'autre affaire de génocide opposant la Croatie à la Serbie-et-Monténégro après avoir apprécié l'accès de la RFY à son prétoire à la lumière des événements survenus entre la saisine (en 1999) et l'heure du jugement²⁰⁷. En ce cas, elle n'aurait pas à revisiter son interprétation de l'article 35,

204. M. Shahabudeen adopte une position un peu plus favorable à la liberté de la Cour à l'égard des parties : « *There is much to recommend the view that a point not argued should not be decided. [...] Except in the case of jurisdiction (as to which the Court has a duty ex officio to satisfy itself), and possibly also in matters of fundamental importance to the organisation and functioning of the Court, it would not seem proper for the Court to consider an issue not raised by either party [...]* » (*Precedent in the World Court*, op. cit., pp. 139-140).

205. On peut dire, avec S. Rosenne : « [...] *the limits of the judgment are fixed in advance by the parties themselves in their submissions. These also should make it possible to determine whether any part of the judgment would give rise to any res judicata* » (*The Law and Practice of the International Court of Justice*, 1920-1996, vol. III, Procedure, Nijhoff, 1997, p. 1657). Mais il nous semble qu'il faille comprendre par là que les conclusions finales des parties, qui énoncent nécessairement leurs demandes, sont utiles pour identifier ce qui aurait été jugé *ultra petita*, éventuellement aussi ce qui aurait été dit *obiter dictum*. Mais après délimitation de ce que la Cour *pouvait dire* avec autorité de chose jugée, il faut déterminer ce qu'elle a dit avec autorité de chose jugée. Ici surgit le problème de la bonne référence : le dispositif rapproché des moyens soulevés par les parties ou des motifs de la Cour.

206. Voy. sur cette distinction C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, op. cit., pp. 477-478.

207. Une indication en ce sens pourrait être trouvée au paragraphe 131 de l'arrêt du 26 février 2007. La Serbie-et-Monténégro s'est évidemment attachée, au cours des plaidoiries, à convaincre la Cour de son incompétence, pour les mêmes motifs que dans l'affaire du *Génocide* (voy. exceptions préliminaires de la République fédérale de Yougoslavie, 1^{er} septembre 2002) et à minimiser l'importance de l'arrêt du 26 février 2007. Seuls ses enseignements généraux, conformes aux arrêts de 2004, importeraient. Pour le reste, cet arrêt ne serait pas pertinent à la fois parce qu'il ne délivrerait qu'une interprétation de l'arrêt de 1996 et parce qu'il ne tiendrait pas compte de l'évolution de la situation depuis le changement de régime en RFY.

§ 2 de son statut et à affronter la difficulté, esquivée dans l'affaire du *Génocide*, de justifier une inflexion par rapport à un « arrêt de principe », voire un revirement de jurisprudence²⁰⁸. Il n'est pas absolument impossible qu'elle varie une fois de plus et juge que l'admission de la Serbie-et-Monténégro aux Nations Unies en 2000 était sans incidence sur le statut de la RFY et son accès à la Cour à la date d'introduction de la requête²⁰⁹. En tout cas, l'autorité de la chose jugée restera décidément très... relative.

208. Cet article du statut pourrait s'apparenter moins à une question de procédure qu'à une « disposition de caractère constitutionnel ». Pour M. Shahabuddeen, « [...] *where the previous error of interpretation relates to a provision of a constitutional character, the necessity for reinterpreting the essential message of the provision, as read by a contemporary mind contemplating the unfolding conditions of the times, may be of major consideration* » (*Precedent in the World Court, op. cit.*, pp. 135-136).

209. La Croatie s'est évidemment appuyée, dans ses plaidoiries, sur l'arrêt du 26 février 2007, en soulignant l'identité du contexte dans lequel les faits litigieux des affaires bosniaques et croates se sont inscrits mais aussi l'identité de situation, quant au statut de la RFY, en 1993, 1996 et 1999 (date d'introduction de la requête). Voy. A. Metelko-Zgombic, CR 2008/10, 27 mai 2008, not. §§ 10 et 15.