

Vincent Souty

Srbija pred Meddržavnim sodiščem v Haagu

Primer Schrödingerjevega mačka v pravu?

V članku so proučene odločitve Meddržavnega sodišča v Haagu, kjer je imela Srbija položaj stranke v postopku, in sicer je nastopala tako v vlogi tožeče kakor tožene stranke. V obravnavanih zadevah je bila pravdna sposobnost Srbije večkrat izpodbijana, odgovori Sodišča pa so sprožili številne polemike. Avtor se s strnjeno predstavitevijo sodb loti razčlenbe sodniškega razlogovanja in tako poskuša razumeti, kako je Sodišče za obdobje med letoma 1992 in 2000 lahko prišlo do nasprotujočih si rešitev glede vprašanja dostopa Srbije do Sodišča. Članek je nastal v okviru konference Centra za raziskave temeljnih pravic in razvoj prava (Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit – CRDFED) in je bil predstavljen 27. maja 2010 na Univerzi v Caen-u. Avtor se zahvaljuje Marie Rota za njene nasvete. Besedilo sta iz francoščine prevedla Ivo Lah in Živa Nendl.

Ključne besede: Meddržavno sodišče, mednarodna pravičnost, načelo pravnomočnosti, sodna praksa, pristojnost Sodišča, *ius standi*

1 UVOD

Fizik Erwin Schrödinger je leta 1935 zasnoval poizkus, s katerim bi pokazal, da spoznanja tedaj porajajočega se nauka kvantne fizike, ki na pod-atomski ravni niso problematična, na makroskopski ravni nasprotujejo zdravemu razumu. Vodijo namreč v paradoksalne zaključke. Schrödinger je predlagal, da se mačka zapre v škatlo z alarmnim sistemom – ta pa v primeru, da zazna razpad radioaktivnega atoma, sproži mehanizem za sprostitvev nekega strupa, ki mačka ubije. Kvantni nauk uči, da je atom – dokler poizkusa ne prekinemo z opazovanjem – sočasno v dveh stanjih: hkrati je in razpadel in cel. Posledično pa to pomeni, da je v našem poizkusu strup hkrati sproščen in ne-sproščen, maček pa mrtev in živ. Edini način, da se predpostavljeni sočasnost atomskih stanj ovrže, je v tem, da se izid poizkusa preuči z opazovanjem ali, v tem primeru, da se škatlo odpre. Šele opazovanje je tisto, ki predpostavko sočasnosti atomskih stanj ovrže v prid enega samega stanja: bodisi celega ali razpadlega atoma, bodisi mrtvega mačka ali pa živega.

Lahko bi mislili, da je svet prava za kvantni nauk zaprt. Kljub temu je primerjava položaja Srbije z zgoraj omenjenim mačkom pomenljiva; z njo je lažje pokazati paradoks, ki izhaja iz različnih sodb Meddržavnega sodišča v Haagu v zadevah, v katerih je imela ta država položaj stranke. Sodišče je v svojih sodbah Srbijo brez pomislekov obravnavalo kot kvantni delec, ki hkrati obstaja v medsebojno nezdržljivih pravnih položajih, v katerih naj bi Srbija¹ bila v razmerju do Organizacije združenih narodov (v nadaljevanju: OZN) med letoma 1992 in 2000. Zgolj članstvo v OZN je namreč tisto, kar neki državi na podlagi 35. člena Statuta Meddržavnega sodišča daje dostop do

¹ Nestabilnosti v novejši zgodovini Zahodnega Balkana so Srbijo pripeljale do tega, da po posameznih odcepitvah nekdanjih federativnih republik Jugoslavije večkrat spremenila ime. Sledeč tem spremembam, bom v nadaljevanju zaporedoma uporabljal imena »Federativna republika Jugoslavija« (v nadaljevanju: FRJ, za obdobje med letoma 1992 in 2003), »Srbija in Črna gora« (od februarja 2003 do junija 2006) in »Srbija« (od 3. junija 2006 dalje).

tega glavnega sodnega organa Združenih narodov.

Problem pravnega položaja Srbije v odnosu do OZN med letoma 1992 in 2000 izvira iz njene zahteve, da po razglasitvi neodvisnosti preostalih jugoslovanskih federativnih republik sama postane naslednica mednarodne pravne osebnosti nekdanje Socialistične federativne republike Jugoslavije. Bivše federativne republike so tej zahtevi nasprotovale že od aprila 1992, ko jo je Srbija podala;² zahteva pa tudi splošno ni bila sprejeta ne s strani držav članic OZN ne s strani njenih organov.³ Tako je Generalna skupščina OZN od leta 1992 naprej pozivala Federativno republiko Jugoslavijo (v nadaljevanju: FRJ) na vložitev nove kandidature za vstop v OZN.⁴ Bodoča Srbija je kljub temu vse do leta 2000 vztrajala pri zahtevi po nasledstvu in se šela zavezano k spoštovanju s strani Jugoslavije podpisanih mednarodnih dogovorov, pa tudi za članico institucij, katerim je slednja pripadala. Po padcu Miloševićevega režima je Srbija končno spremenila svoje stališče in pod taktirko novoizvoljenega predsednika Koštunice podala vlogo za članstvo, ki ji je OZN ugodil 1. novembra 2000.

Ta sprejem pa vseeno ni odpravil dvomov glede položaja Srbije v razmerju do OZN v poprejšnjem obdobju. Proučitev več izdanih sodb razkrije zapletanje Sodišča, ki se je ujelo v argumentativne omejitve lastne pravosodne politike in na koncu ni uspelo ponuditi nedvoumne rešitve. V članku bom predstavil tri zadeve, v katerih je imela Srbija bodisi vlogo tožeče bodisi tožene stranke, ter razčlenil odgovore, s katerimi je Sodišče reševalo vprašanje svoje pristojnosti.

V prvi zadevi – *Bosna in Hercegovina proti Jugoslaviji (Uporaba Konvencije o preprečevanju in kaznovanju zločina genocida)* – je Bosna in Hercegovina (v nadaljevanju: BiH) marca 1993

vložila tožbo, s katero je od Sodišča zahtevala, da v luči Konvencije o preprečevanju in kaznovanju zločina genocida⁵ presodi ravnanja FRJ. 9. člen te Konvencije namreč za spore glede pogodbenih obveznosti njenih podpisnic določa pristojnost Sodišča.⁶ To je v prvi sodbi iz leta 1996⁷ zavrnilo vseh šest predhodnih ugovorov FRJ⁸ in ugotovilo, da je pristojno za odločanje o vsebinskih vprašanjih.

Leta 2001 je FRJ na podlagi 61. člena Statuta⁹ vložila zahtevo za revizijo pravkar omenjene sodbe iz leta 1996. Ponovno proučitev zadeve je zahtevala na podlagi novega dejstva – tj. pristopa FRJ k OZN 1. novembra 2000 –, ki je nastopilo po izdaji sodbe in katerega upoštevanje bi lahko privedlo do drugačne sodne odločitve. Pristop k OZN naj bi po mnenju FRJ dokazoval, da pred 1. novembrom 2000 država ni bila članica OZN, iz

5 V nadaljevanju: »Konvencija o genocidu«, podpisana 9. decembra 1948. Sodišče je bilo prvič pozvano razrešiti spor na podlagi te konvencije prav obravnavanem primeru.

6 Konvencija o genocidu (op. 5), 9. člen: »Spori med pogodbenicami v zvezi z razlago, uporabo ali uresničevanjem te konvencije, vključno s tistimi, ki se nanašajo na odgovornost države za genocid ali katero od drugih dejanj navedenih v členu III, se predložijo Meddržavnemu sodišču na zahtevo katere koli od strank v sporu«.

7 *Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie, Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires*, sodba, *C.I.J. Recueil* 1996, 595.

8 V obravnavanem primeru je FRJ nepristojnost Sodišča zatrjevala s šestimi argumenti: (1.) jugoslovanska državljanska vojna je izključevala obstoj mednarodnega spora; (2.) predsednik Bosne in Hercegovine ni bil pristojen za sprožitev postopka pred Sodiščem; (3.) Bosna in Hercegovina ni bila podpisnica Konvencije o genocidu; (4.) ni bilo mednarodnega spora v smislu IX. člena Konvencije o genocidu; (5.) tožnik je postal član OZN šele 29. marca 1993, tožba bi torej morala biti nedopustna; (6.) če bi Sodišče menilo, da je tožeča stranka pristopila k omenjeni Konvenciji že 29. decembra 1992, je tožena stranka zatrjevala, da Sodišče ni pristojno za presojo zahtev glede dejanskih stanj, ki izhajajo iz obdobja pred omenjenim datumom.

9 Revizija sodbe se od Sodišča lahko zahteva zgolj zaradi odkritja novega dejstva, ki ima odločilen vpliv na celotno dejansko stanje in ki je bilo pred razglasitvijo sodbe Sodišču in stranki, ki revizijo zahteva, neznano. Stranka mora tudi dokazati, da zanj ni vedela brez svoje krivde.

2 Gre za izjavo in noto diplomatskega predstavništva FRJ z dne 27. aprila 1992, v katerih je bilo zatrjevano, da bo FRJ zagotavljala kontinuiteto nekdanje Jugoslavije in spoštovala njene prevzete mednarodne obveznosti. Glej spodaj (op. 40).

3 Za povzetek zapletenega odnosa med FRJ in OZN glej Vojin Dimitrijević & Marko Milanović, *The Strange Story of the Bosnian Genocide Case*, *Leiden Journal of International Law* (2008) 21, 78.

4 Glej Resolucijo 47/1 (1992) Generalne skupščine OZN z dne 22. septembra 1992.

česar sledi, da takrat tudi ni mogla imeti dostopa do Sodišča. Leta 2003 je Sodišče to zahtevo za revizijo zavrnilo¹⁰ z dokaj formalistično utemeljitvijo, da ne gre za »novo dejstvo« v smislu 61. člena Statuta. Menilo je, da omenjeni pristop ni spremenil za nazaj položaja *sui generis (sic!)*, ki ga je imela FRJ med letoma 1992 in 2000.¹¹

Srbija je leta 2001 hkrati z zahtevo za revizijo vložila tudi »pobudo Sodišču, da po uradni dolžnosti znova prouči vprašanje svoje pristojnosti«. Z njo je zahtevala ponovno proučitev vprašanja pristojnosti v postopku, ki je bil viseč vse od sodbe iz leta 1996 naprej. Sodišče je privolilo v ponovno proučitev vprašanja pristojnosti, in to celo pred obravnavo vsebinskega vprašanja kršitve Konvencije o genocidu. Kljub temu pa je nato v 141 odstavkih prišlo do zaključka, da vprašanje Srbije ni novo in da mu načelo pravnomočnosti preprečuje o njem ponovno odločati. Pristojnost Sodišča je bila tako potrjena, zato je slednje končno lahko opravilo vsebinsko presojo, po kateri je Srbijo obsodilo zaradi nespoštovanja obveznosti, da prepreči genocid.¹²

V drugi zadevi – *Dopustna uporaba sile* – je FRJ postopek sprožila po bombnih napadih zveze NATO marca 1999. Zoper osem držav članic NATO je 29. aprila istega leta vložila tožbo na podlagi 9. člena Konvencije o genocidu.¹³ Leta 2004¹⁴ so bile srbske tožbe zavržene z utemeljitvijo, da v trenutku njihovih vložitev Srbija ni bila članica OZN in zato ni imela dostopa do Sodišča. Tako je torej eno leto po zahtevi za revizijo iz leta 2001 in v nasprotju s stališčem, ki ga je takrat vsaj implicitno zavzelo, Sodišče odslej štel, da FRJ pred pridobitvijo statusa članice OZN v letu 2000 do njega ni imela dostopa.

Tretja zadeva – *Hrvaška proti Srbiji (Zadeva v zvezi z uporabo Konvencije o preprečevanju in kaznovanju zločina genocida)* – se je začela s hrvaško tožbo z dne 2. julija 1999, v kateri je ta zatrjevala, da je FRJ kršila Konvencijo o preprečevanju in kaznovanju zločina genocida. Sodišče je leta 2008 s sodbo zavrnilo¹⁵ predhodne ugovore Srbije¹⁶ in se razglasilo pristojno za vsebinsko presojo. O zadevi do danes še ni bilo odločeno.

Ceprav vse zadeve obravnavajo isto obdobje, tj. med letoma 1992 in 2000, je Sodišče vsakokrat prišlo do drugačne rešitve vprašanja, ali ima Srbija do njega dostop ali ne. Zaradi kritik je v zadnjih dveh odločitvah iz 2007. in 2008. leta poskušalo logično in teoretično razjasniti zmedo, ki izvira iz razhajanj v sodnih odločitvah. Da bi upravičilo svojo pravosodno politiko, je stare odločitve uporabilo skoraj kakor palimpseste, pri čemer jih je skušalo na novo utemeljiti in ob tem ohraniti skladnost, pa čeprav le v formalnem smislu. Zdaj bomo najprej videli, kako je Sodišče s ponovno razlago svoje sodbe iz leta 1996 spreverglo teorijo o pravnomočnosti (*res iudicata*), da bi v zadevi BiH ohranilo svojo pristojnost. Nato pa bom podrobneje razčlenil še argumentativne akrobacije, ki so Sodišču omogočile, da se za pristojno razglasi v primeru Hrvaške.

2 RES IUDICATA IN PONOVA RAZLAGA SODBE IZ LETA 1996

Reči, da je neka odločba pravnomočna, pomeni, da že rasojenega vprašanja stranki pred sodnimi organi ne moreta ponovno odpreti. Edino možnost, da se izpodbija sodbo Meddržavnega sodišča, daje 61. člen Statuta.¹⁷ Iz vidika mednarodnega prava ima *res iudicata* vlogo

10 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), predhodni ugovori, sodba, *C.I.J. Recueil* 2003, 7.

11 Glej odločitev o zahtevi za revizijo (op. 10), § 71

12 Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro, Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, sodba, *C.I.J. Recueil* 2007.

13 Šlo je za Belgijo, Kanado, Francijo, Nemčijo, Italijo, Nizozemsko, Portugalsko in Veliko Britanijo.

14 Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique), predhodni ugovori, sodba, *C.I.J. Recueil* 2004, 279. V nadaljevanju: »uporaba sile«.

15 Croatie c. Serbie, Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, predhodni ugovori, sodba, *C.I.J. Recueil* 2008.

16 V prvi vrsti je Srbija s prvim predhodnim ugovorom zatrjevala, da pred letom 2000 ni bila članica OZN in zato ni mogla biti stranka v sporu pred Sodiščem. Podredno je zatrjevala, da Sodišče ne more biti pristojno za presojo dejanskih stanj, ki izhajajo iz dogodkov iz obdobja pred nastankom FRJ (27. april 1992). Nazadnje je trdila, da so nekatere zahteve tožee stranke brezpredmetne.

17 Glej 61. člen Statuta (op. 9).

ohranjanja miru in pravne varnosti. Gre za to, da se razsojenih stvari ne postavlja znova in znova pred mednarodna sodišča, tem pa se posledično zagotovi, da o sporih razsojajo dokončno. Da je neko vprašanje pravnomočno rešeno, morajo biti izpolnjeni trije pogoji: subjektivni pogoj (gre za iste pravdne stranke) in dva objektivna pogoja (istovetnost zahtevka in istovetnost razlogov, ki zahtevke utemeljujejo).¹⁸ Zelo pomembno je razlikovati med obema objektivnima pogojema, saj je lahko določeni zahtevke utemeljen z različnimi razlogi, z različnimi argumenti.

V naših primerih sta v sporih, zaključenih med letoma 1996 in 2007,¹⁹ podani tako istovetnost pravnih strank kot tudi istovetnost zahtevka: Srbija zatrjuje nepristojnost Sodišča za vsebinsko presojo. Glede zadnjega pogoja, tj. istovetnosti razlogov, pa je razprava odprta. Tožena stranka namreč zatrjuje, da gre dejansko za novo vprašanje, saj se poprej vprašanje nezmožnosti dostopa do Sodišča ni postavilo. Leta 1996 naj bi bilo Sodišče namreč odgovorilo le na šest predhodnih ugovorov FRJ in naj se ne bi opredelilo glede njene sposobnosti biti stranka. Dejansko namreč tega argumenta ni izpostavila nobena od držav niti v pisni fazi niti v ustni fazi postopka, ki se je zaključil z izdajo sodbe o predhodnih ugovorih. Na esi strani BiH seveda ni imela nikakršnega interesa sklicevati se na argument, ki bi imel za posledico nedopustnost njene tožbe, Srbija pa je, po drugi strani, leta 1996 še vztrajala pri stališču, da je naslednica nekdanje SFRJ in posledično članica OZN ter podpisnica Statuta Meddržavnega sodišča.

Sodišče uvodoma prizna, da je izrecno odgovorilo le na predhodne ugovore tožene stranke, vendar takoj zatem ponovi stališče, ki ga je na

silo uveljavilo v odločitvah iz leta 2004:²⁰ vprašanje dostopa do Sodišča je del javnega reda, zato mora sodni organ o pravdni sposobnosti strank odločiti še pred obravnavo svoje pristojnosti *ratione materiae*.²¹ Sodišče nato ugotovi, da je bilo o tem vprašanju posredno že odločeno v predhodni fazi, ki se je končala s sodbom 11. julija 1996. S tem ko je Sodišče sklenilo proučiti ugovore FRJ glede nepristojnosti *ratione materiae* in *ratione tempore*, je implicitno že zaključilo, da je tožena stranka imela dostop do Sodišča.²² Ker so trije bistveni pogoji za *res iudicata* torej izpolnjeni, Sodišče lahko nadaljuje z vsebinsko presojo zadeve. Iz formalnega zornega kota je takšno razlogovanje neizpodbitno. Vprašanje dostopa države do Sodišča je torej pred-predhodne narave in vprašanje javnega reda, zato Sodišče nanj pazi po uradni dolžnosti – pri tem pa se presoja domnevoma opravlja sistematično in tudi implicitno.

Četudi je argumentacija iz te sodbe Meddržavnega sodišča iz leta 2007 privlačna iz logičnega in formalnega vidika, pa očitna nasprotja med sodbama iz leta 1996 in leta 2007 ter sodbom iz leta 2004 predstavljajo problem. Leta 2004 je Sodišče potrdilo, da FRJ ob vložitvi tožb marca 1999 ni bila članica OZN in torej tudi ne podpisnica Statuta Meddržavnega Sodišča. To je prva odločitev, ki jasno in vsaj navidez enoznačno razčleni pravni položaj FRJ v razmerju do OZN med letom 1992 in dnem njene včlanitve.²³

²⁰ Glej sodbom uporaba sile (op. 14), § 36.

²¹ Sodba uporaba sile (op. 14), § 112.

²² »Nikakor Sodišču glede zadevnega postopka ni potrebno iti onstran tega zaključka in proučiti po kakšni poti je do njega prišlo. [...] Dejstvo je, da Sodišče ne bi moglo razsoditi o zadevi po vsebini, če tožeča stranka ne bi v skladu s Statutom imela sposobnosti biti stranka v postopku pred njim«. Sodišče doda: »Odločitev Sodišča v skladu s katero je bilo pristojno na podlagi Konvencije o genocidu, je torej potrebno razlagati tako, da implicitno vsebuje zaključek o izpolnjenosti vseh pogojev glede sposobnosti držav, da nastopajo pred Sodiščem« (§ 133).

²³ Glej odločitev Dopustna uporaba sile (op. 14), § 91: »Sodišče sklene, da v trenutku vložitve tožbo s katero se je pred Sodiščem sprožil zadevni postopek, dne 29. aprila 1999, tožeča stranka, v konkretnem primeru Srbija in Črna gora, ni bila članica Organizacije Združenih Narodov, posledično ni bila podpisnica Statuta Meddržavnega sodišča«.

¹⁸ Ta pogoj sovпада z utemeljitvijo sodbe. Utemeljitev namreč ne vsebuje le zaključka glede tistega, kar je bilo neposredno izpostavljeno s strani Sodišča, temveč vsebuje tudi ugotovitve, ki so Sodišče privedle do obsodbe. Za izčrpen pregled glej Leonardo Nemer Caldeira Brant, *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, Bibliothèque de droit international et communautaire, zvezek 119, Paris, LGDJ, 2003.

¹⁹ Meddržavno sodišče si je predhodno prizadevalo obnoviti historiat Srbije, da bi potrdilo njeno nasledstvo po nekdanji FRJ: glej §§ 67–79 sodbe iz leta 2007.

Zato je mogoče upravičeno podvomiti o »implicitno« podanem razlogovanju Sodišča in tudi o tem, ali je Sodišče v svoji sodbi leta 1996 dejansko proučilo vprašanje dostopa FRJ. Najprej preseneti odsotnost izrecne utemeljitve v odločitvi iz 1996. Vprašanje, ali ima tožena stranka sposobnost stopiti pred Sodišče, je po mnenju slednjega dejansko temeljnega pomena. Ravno tako pa je bistvena tudi določba člena 56/1 Statuta Sodišča, ki vsebuje dolžnost sodbe utemeljiti.²⁴ Ideja implicitne utemeljitve se – tudi po mnenju nekaterih sodnikov²⁵ – zdi le stežka v skladu z omenjenim členom. Ali to pomeni, da je Sodišče prekršilo lastni Statut? Odgovor ni povsem očiten. Sodišče bi se lahko namreč sklicevalo na dejstvo, da nobena izmed pravnih strank ni izpostavila problema dostopa do Sodišča, in da zato ni bilo nikakršne potrebe, da bi v sodbi izrecno predstavilo argumente o tem vprašanju.

Kakor koli že, dvom dodatno krepí še dvojce. Najprej so to skupne izjave sedmih izmed petnajstih sodnikov, v katerih ti izražajo nesoglasje, ki se sicer ne nanaša prav na izrek (ta Sodišču pristojnost prizna), ampak na njegovo obrazložitev (pravnomočnost odločitve iz leta 1996).²⁶ Med njimi so tudi sodniki Ranjeva, Shi, Koroma in Kreća, ki so sodelovali že v predhodni fazi odločanja leta 1996. Prvi trije v skupnem odklonilnem mnenju med drugim zatrđijo, da vprašanje dostopa tožene stranke do Sodišča »sploh ni bilo nikoli zastavljeno s strani nobene od strank, niti ni o njem posredno ali neposredno tekla razprava v sodbi iz leta 1996«.²⁷ Sodnik *ad hoc* Kreća pa gre še dlje s trditvijo, ne le da sodba o predhodnih ugovorih vprašanja dostopa do Sodišča ne rešuje, ampak da »je bilo prvotno mnenje Sodišča, kot ga izraža sodba iz leta 1996, takšno, da bi se ga lahko označili za očitno izogibanje temu vprašanju«.²⁸

Predvsem pa je potrebno izpostaviti dejstvo, ki potrjuje trditve sodnikov v odklonilnih mnenjih, in sicer da v tistem obdobju še noben organ OZN ni razrešil vprašanja pravnega položaja FRJ v odnosu do OZN. Glede tega je torej obstajala velika zmeda, kar je v svojih sodbah večkrat ugotovilo tudi Sodišče samo.²⁹ Leta 2003 je tako položaj tožene stranke v odnosu do OZN opredelilo kot položaj *sui generis*, ta izraz pa je prej učinkoval kot slepilo in ne kot resnično orodje pravne opredelitve. Pravzaprav se je Sodišče vse do leta 2004 skrbno izogibalo odgovoru na to vprašanje. Še takrat pa je to storilo le zato, ker ga je Srbija v zadevah *Dopustna uporaba sile* namenoma izzvala, da poda izjavo o nepristojnosti, ki bi lahko služila kot pravna podlaga za kasnejše izpodbijanje sodbe iz leta 1996.³⁰ Ker je Meddržavno sodišče leta 2004 zavrglo tožbe Srbije in Črne gore, sklicujoč se na dejstvo, da ta država leta 1999 ni imela dostopa do Sodišča, bi v skladu s to analizo lahko *a fortiori* sklepali, da naj se nekdanja FRJ tudi leta 1996 ne bi mogla pojaviti pred Sodiščem. Če bi sledio svojemui stališču iz leta 2004, bi se Sodišče tudi leta 2007 moralo razglasiti za nepristojno in priznati, da je leta 1996 v presoji storilo napako. Seveda pa bi bilo iz političnega vidika za Sodišče neprijetno, če bi štirinajst let po tem, ko je BiH sprožila postopek, svojo odločitev iz leta 1996 spremenilo in tožbo razglasilo za nedopustno. To bi bilo še posebej neprijetno zato, ker je šlo v tem primeru za prvo zadevo, v kateri je bila zatrjevana kršitev Konvencije o genocidu.

Da bi prikrilo neskladnosti med sodbama iz leta 1996 in 2004, se je Sodišče oprlo na 59. člen Statuta, ki določa, da so njegove odločitve zavezujoče le za pravdni stranki in le v primeru, o katerem je bilo odločeno; na tretje pravnomočnost nima učinka. Glede na to, da BiH ni bila pravdna stranka v zadevah iz leta 2004, se ta rešitev nasproti njej ne more uveljaviti. Kot pravi Louis Delbez, v mednarodnem pravu³¹

24 »Sodba mora biti obrazložena«; angleška verzija je bolj zgovorna: »The judgment shall state the reasons on which it is based«.

25 Glej izjavo sodnika Skotnikova (str. 2) in skupno odklonilno mnenje sodnikov Ranjeva, Shi in Koroma (str.2, § 3).

26 Gre za sodnike Owada, Tomka, Skotnikov, Ranjeva, Shi, Koroma in za *ad hoc* sodnika.

27 Glej skupno odklonilno mnenje sodnikov Ranjeva, Shi in Koroma, §3, str. 2.

28 Glej odklonilno ločeno mnenje sodnika *ad hoc*

Kreća, § 28, str. 14.

29 Kratek pregled položaja je predstavljen v §§ 88–99 sodbe iz leta 2007.

30 Ta strategija obrambe Srbije se bo v sodbi iz leta 2008 obrnila proti njej, kot bomo videli spodaj.

31 Louis Delbez, *Les principes généraux du contentieux international*, Pariz, LGDJ, 1960, 136.

nezmožnost, da bi izrek ustvaril učinke nasproti tretjim državam izvira iz temeljnega načela mednarodnega prava, po katerem je norma učinkujoča le za tiste subjekte, ki so sodelovali pri njenem ustvarjanju.

Kljub temu pa, kot pravi Georges Scelle,³²

obstojajo tako v mednarodnem pravu kot v notranjem pravu odločitve objektivnega značaja, ki veljajo za vse pravne subjekte mednarodne skupnosti.

Na tem mestu gre torej za vprašanje meja pravnomočnosti odločitve Sodišča, če je to o določenem spornem vprašanju že odločilo, vendar pa istovetnost pravnih strank ni podana.

V sodbi iz leta 2007 se Sodišče temu vprašanju spretno izmakne. Z argumentativno pirueto in sklicevanjem na načelo pravnomočnosti se izogne soočenju z lastnimi protislovji. Iz vidika stroge pravne logike Sodišču ni mogoče očitati ničesar. V zadevni sodbi dobesedno razumevanje maksime *res judicata pro veritate habetur* pripelje do skrajnosti. Tak pristop pa omogoča hkratni obstoj dveh logično nezdržljivih resnic: med letoma 1992 in 2000 je Srbija imela in ni imela dostopa do Sodišča. Za Sodišče je razbremenilna okoliščina to, da zanj neprijeten položaj izhaja iz pravne zagonetke, ki jo je ustvarilo vprašanje jugoslovanskega nasledstvo in nezmožnosti celotnega sistema OZN, da sprejme neko jasno in nedvoumno stališče.

3 SPRETNOST INSTRUMENTALIZACIJE SODBE MAVROMMATIS

Hrvaška je 2. julija 1999 – dva meseca po vložitvi srbsko-črnogorskih tožb, ki so bile nato leta 2004 zavržene, – sprožila postopek proti FRJ zaradi kršitve obveznosti iz Konvencije o genocidu. Upravičeno se je bilo mogoče spraševati, kakšno bo stališče, ki ga bo Sodišče v primeru zavzelo, in komentatorji so z neestrpnostjo čakali na odločitev o predhodnih ugovorih Srbije. Sodišče je bilo primorano upoštevati dve vrsti okoliščin.

Po eni strani je bilo Sodišču težko, če ne kar nemogoče, trditi, da je v obdobju vložitve hrvaške tožbe Srbija imela dostop do mednarodnega

sodnega telesa. To bi bilo tudi v očitnem nasprotju s stališčem Sodišča iz leta 2004. Po drugi strani pa je bilo prav tako nepredstavljivo, da bi tožbo Hrvaške zavrnilo, saj je minilo manj kot leto dni od vsebinske odločitve v pravi BiH, ki se je nanašala na skoraj enako dejansko stanje v podobnih okoliščinah.

S premetenim trikom je Sodišče uskladilo svojo rešitev iz leta 2004 (Srbija takrat ni imela dostopa do Sodišča) z rešitvama iz let 1996 in 2007 (vsebinska presoja zatrjevanih kršitev Konvencije o genocidu). Razglasilo se za pristojno, nato pa skušalo zaključiti s dotedanjimi zapletanji, ponovnimi razlaganji in utemeljevanji prejšnjih sodb. V ta namen pa se poslužil razlogovanja v treh korakih.

Najprej začne z vprašanjem, ali in od kdaj ima država Srbije in Črne gore dostop do mednarodne sodne oblasti. Po mnenju Sodišča naj bi navkljub mnogim odločitvam v zvezi s toženo stranko v nobeni ne postavilo dokončne opredelitve samega položaja pravnih strank. Pri tem se Sodišče še vedno sklicuje na 59. člen lastnega Statuta. Trditev pa omehča s priznanjem, da je bila sposobnost Srbije biti stranka pred Sodiščem že obravnavana. Zato, zatrdi, mora poskrbeti za uskladitev svoje sodne prakse, pri čemer se že postavljenih rešitev lahko odmakne zgolj v primeru, da bi jo k temu zavezovale posebne okoliščine.³³ V pričujočem primeru se lahko sklicuje bodisi na sodbi iz let 1996 in 2007 in se torej razglasiti za pristojno ali pa se sklicuje na odločitve iz leta 2004 in hrvaško tožbo posledično zavrže. Vendar so odločitve v zadevah *Bosna in Hercegovina proti Srbiji* dokaj pomanjkljive, kar se tiče vprašanja dostopa Srbije do Meddržavnega sodišča, medtem ko je, nasprotno, v zadevah *Dopustna uporaba sile* Sodišče nedvoumno portdilo, da Srbija v aprilu 1999 do njega ni imela dostopa, ker takrat ni bila članica OZN. Sodišče je tako prisiljeno ponoviti stališče iz leta 2004, saj niso bile izkazane nobene posebne okoliščine, ki bi upravičevale drugačno rešitev glede tožb, ki so bile vložene v dvomesečnem razmiku. Srbija ima torej dostop do Meddržavnega sodišča šele od prvega novembra 2000 naprej. Posledično je

³³ Glej § 53: »Čeprav Sodišča njegove odločitve ne vejo, slednje ne bo odstopilo od obstoječe sodne prakse, razen če oceni, da so za odstop podani zelo tehtni razlogi«.

³² Georges Scelle, *Essai sur les sources formelles du droit international*, Mélanges Geny, Pariz, 1935, 426.

hrvaška tožba *a priori* nedopustna, saj se pristojnost Sodišča presoja po dnevu vložitve tožbe, kot slednje tudi samo opozori.³⁴

Po tem, ko je potrdilo veljavnost omenjenega načela, pa se Sodišče opre na *obiter dictum* sodbe Stalnega meddržavnega sodišča iz leta 1924 v zadevi *Mavrommatis*,³⁵ s čimer stopi v drugi del svojega utemeljevanja. Stalno meddržavno sodišče je takrat menilo, da se pomanjkanje procesnih predpostavk ob vložitvi tožbe lahko odpravi v imenu načela pravičnega sojenja, in sicer če je imel tožnik na dan razprave možnost na novo vložiti enako tožbo, ki pa bi bila dopustna. V našem primeru zdaj Sodišče razlaga, da – čeprav bi bila morala biti hrvaška tožba zavrnjena, ker Srbija ni imela sposobnosti nastopanja pred njim na dan vložitve tožbe – to procesno pomanjkljivost prav lahko odpravimo z vložitvijo enake tožbe po sprejemu Srbije v OZN. Če bi torej Hrvaška vložila tožbo 2. novembra 2000, se o pravni sposobnosti Srbije ne bi porajali nikakršni dvomi.³⁶ Sodišču tako preostane le še ugotovitev, ali je bilo v trenutku vložitve tožbe pristojno *ratione materiae*.³⁷ V danem primeru je podlaga za pristojnost, na katero se je skliceval tožnik, ponovno 9. člen Konvencije o genocidu.³⁸

Tretji del tega argumentativnega valčka nato obravnava vprašanje pravnega položaja Srbije v razmerju do Konvencije o genocidu. Srbija je v svojem zagovoru izpostavila dejstvo, da je pogodbenica Konvencije – h katere 9. členu je podala tudi pridržek – postala šele junija 2001, tj. dve leti po vloženi tožbi. Sodišče se naj zato ne bi moglo razglasiti za pristojno *ratione materiae*, četudi bi se sklicevalo na načela sodbe *Mavrommatis*. Na predlog Hrvaške pa se Sodišče vseeno odloči proučiti pravno težo že prej omenjene izjave iz aprila 1992, s katero se je FRJ štela zavezano vsem pogodbam, ki jih je podpisala nekdanja Jugoslavija. Bodoča Srbija je takrat izjavila:³⁹

Federativna republika Jugoslavija zagovarja načelo kontinuitete mednarodne pravne osebnosti in mednarodne politike SFRJ in bo strogo spoštovala vse mednarodne obveznosti SFRJ.

Nato Sodišče na zelo nejasen in iz vidika pravnih o nasledstvu držav kar sporen način odloči, da se mora izjava iz leta 1992 obravnavati, kakor da učinkuje notifikacija nasledstva mednarodnih pogodb.⁴⁰

Med te pogodbe se med drugim seveda uvršča tudi Konvencija o genocidu. Za večino sodnikov je bila Srbija torej pogodbenica stranka te Konvencije že od leta 1992 naprej.

Hrvaško tožbo bi bilo zato nesmiselno zavreči, saj bi ta lahko v skladu z načeli sodbe *Mavrommatis* vložila novo tožbo brez procesnih pomanjkljivosti. Sodišče se tako razglasi za pristojno in zavrne prvi predhodni ugovor Srbije.⁴¹ Takšna rešitev, sprejeta v tej sodbi iz leta 2008, ima to odliko, da je uskladila dva nasprotujoča si pristopa, s katerima se je bilo Sodišče primorano soočiti. To mu seveda omogoči ohraniti vtis skladnosti svoje sodne prakse, prav gotovo pa hkrati poraja kar nekaj pomislekov.

Prvi pomislek. Sodišče se ne izreče niti o pomenu pristopa Srbije h Konvenciji o genocidu niti o njenem pridržku iz leta 2001 k 9. členu te konvencije. Glede na to, da je Sodišče zavzelo stališče, da Konvencija o genocidu Srbijo zavezuje od leta 1992 naprej, bi morala biti kasnejši pristop in pridržek obravnavana kot nična in neobstoječa. Ob tem se porodi vprašanje, zakaj Sodišče srbskega pridržka k 9. členu ni izrecno razveljavilo, če mu za to ni manjkalo argumentov.⁴² Ta molk Sodišča škodi še toliko bolj zato, ker se iz odsotnosti razveljavitve pridržka lahko sklepa, da pravilo glede dopustnosti tožb iz sodbe *Mavrommatis* dejansko ni bilo uporabljeno. V

34 Glej § 80 za sodniško utemeljitev tega procesnega pravila.

35 C.P.J.I., zadeva *Mavrommatis*, sodba, serija A, n02, 1924.

36 Glej § 77.

37 Glej § 91.

38 Glej zgoraj (op. 6).

39 Izjava, povzeta predvsem v sodbi iz 2008, glej § 98.

40 Lahko bi komentirali pomen stavka: »izjava iz leta 1992 se mora obravnavati, kot da ima učinke notifikacije nasledstva k mednarodnim pogodbam«. Zakaj je ne bi opredelili kar kot notifikacijo nasledstva? Imamo na tem mestu opravka z novo vrsto pravnega akta?

41 Poleg prvega predhodnega ugovora Sodišče zavrne tudi tretjega. Glede drugega ugovora pa meni, da nima lastnosti predhodnega ugovora in bo zatorej obravnavan med postopkom o temelju zahtevka.

42 Glej predvsem uvodno izjavo sodnika Bennouna.

skladu z običajno razlago pravila se prvotna procesna pomanjkljivost lahko odpravi, če bi tožnik lahko postopek pred Sodiščem kadar koli sprožil na novno. To, da se Sodišče glede pristopa in pridržka Srbije iz leta 2001 ne opredeli,⁴³ nas napečuje na sklep, da ju *ipso facto* ne šteje za nična. Vendar pa je v primeru, da je pridržek k 9. členu veljaven, potem težko razumeti, kako se Sodišče lahko razglasi za pristojno *ratione materiae* – razen če skupaj z Anne-Laure Vauris-Chaumette,⁴⁴ ki povzame razlogovanje sodnika Abrahama, pač zaključimo, da je tu Sodišče pravzaprav ustvarilo novo pravilo, ki tožniku daje dodaten rok, v katerem mora tožba pogoje izpolniti. Z besedami sodnika Abrahama⁴⁵ je

za razglasitev pristojnosti Sodišča potrebno in hkrati zadostno, da se procesne predpostavke za pristojnost izpolnejo v katerem koli trenutku po vložitvi tožbe.

Ker je torej sodniška večina menila, da Konvencija o genocidu Srbijo zavezuje od leta 1992 naprej, pravna veljavnost pristopa in pridržka iz leta 2001 nima pomena. Dejstvo je, da so bili pogoji dopustnosti hrvaške tožbe v določenem trenutku med vložitvijo tožbe in sodbo dejansko izpolnjeni. Če bi bilo sklepanje v resnici takšno, bi to izničilo načelo pravne varnosti, končno pa bi nasprotovalo tudi načelu pravičnega sojenja, ki je dalo temelj sodbi *Mavrommatis*. Zato lahko le upamo, da je več kot drzna razlaga, s katero je sodnik Abraham ubesedil postopanje Sodišča, samo njegovo videnje zadeve. Morda je mnenje, da pridržek iz leta 2001 nima pravne veljave, Sodišče preprosto podalo implicitno, ka pomeni, da je pravilo iz *Mavrommatisa*⁴⁶ vendarle uporabilo na običajen način.

Drugi pomislek. Prav lahko bi se tudi vprašali, zakaj se Sodišče ne sklicuje na načela iz sodbe *Mavrommatis* že v zadevah *Dopustna uporaba sile* iz leta 2004, saj je bilo tam dejansko stanje

podobno, le da je bila Srbija v vlogi tožeče stranke. Vendar pa Meddržavno sodišče v tej sodbi iz leta 2008 svojo odločitev iz leta 2004 pozorno utemelji. Če se je bilo tam izreko za nepristojno, je to zato, ker naj bi Srbija takrat še ne imela namena odpraviti procesne pomanjkljivosti, izvirajoče iz nezmožnosti, da pred Sodiščem nastopa kot stranka. Na tej točki je Sodišču težko oporekati:

*V posebnih okoliščinah, ki nastopajo v teh zadevah, bi bilo s strani Sodišča neupravičeno spregledati začetno nesposobnosti FRJ, da pred njim nastopa, rekoč da je to pomanjkljivost mogoče odpraviti tekom postopka. Medtem ko v pričujoči zadevi Hrvaška od Sodišča zahteva uporabo pravil iz sodbe *Mavrommatis*, takšna zahteva v letu 2004 s strani tožeče ni bila in logično tudi ni mogla biti.*

Bilo je namreč jasno, da Srbija pri svojih zahtevah ni imela namena vztrajati v obliki novih tožb.⁴⁷ Kljub temu Sodišče tako močno poudarja ravnanje Srbije v različnih spornih zadevah, da se zdi, kot da bi jo hotelo zaradi procesnega zavračanja kaznovati. To pa je seveda problematično. Najprej zato, ker je Sodišče sodna oblast, ki torej sodi na pravni podlagi in države ne sme kaznovati zaradi njenih strateških, četudi morda spornih odločitev.⁴⁸ Mar res lahko državi očitamo njeno argumentiranje, če tega s časom spreminja? Ali neka tožena stranka lahko v poznejšem postopku predstavi novo argumentacijo, ki prejšnji nasprotuje? Predvsem zato, ker je Hrvaška na svoji strani sloviti izjavi iz aprila 1992 vedno nasprotovala in ji odrekala vsakršno pravno veljavo. Upravičeno se zato lahko vprašamo, zakaj se je Sodišče odločilo upoštevati postopanje Srbije, ne pa tudi Hrvaške, ki se v skladu s tem ne bi mogla opreti na doktrino *estoppel*.

Končno je tu še zadnji pomislek, nanaša pa se na sodbo iz leta 2007. Bolj kot to, da se je oprlo na pravnomočnost sodbe iz leta 1996 in na pomanjkljivo argumentacijo, lahko obžalujemo, da

43 Glej § 96.

44 'Če jo dejstvo obtožuje, jo izid opravičuje': Sodba Meddržavnega sodišča o predhodnih ugovorih v zadevi Hrvaška proti Srbiji, *Annuaire de droit international*, vol. 54, 2008, CNRS éditions, 2009, 275–304.

45 Glej ločeno mnenje sodnika Abrahama, § 54, pou-darek dodan.

46 Glej v tem smislu izjavo sodnika Bennouna.

47 Stephan Wittich je opozoril, da je pisna vloga FRJ obsegala samo eno stran; glej: S. Wittich, *Permissible Derogation from Mandatory Rules? The Problem of Party Status in the Genocide Case*, *European Journal of International Law* (2007) 18, 591.

48 Glej v tem smislu odklonilno mnenje sodnika Ravnjeva.

Sodišče ni priznalo svoje pristojnosti na podlagi tistih argumentov, ki jih je uporabilo v zadevi Hrvatske iz leta 2008; to bi namreč vsem omenjenim sodbam dalo vsaj logično skladnost. Za takšno rešitev pa bi se Sodišče moralo odreči pristopu, ki se je precej bolj nagibal h kazuistiki kot pa k sistemizaciji razlogovanja v posamezni od obravnavanih zadev.

4 ZAKLJUČEK

Sodišče v vseh treh zadevah sodi tako, kot meni, da je v danem trenutku primerno, pri tem pa skuša *a posteriori* upravičiti še svoje poprejšnje odločitve. S tem popači določena načela pravičnosti; mislim tako na domet teorije o pravnomočnosti in vprašanje dostopa do Sodišča kakor tudi na novo razlago sodbe *Mavrommatis*. Sodišče s tem zapravi priložnost, da bi postalo glasnik mednarodnopravne resnice. Po tem ko preberemo vse zadevne odločitve, ostanemo povsem izgubljeni ob vprašanju položaja Srbije v odnosu do Organizacije združenih narodov v času od razpada Jugoslavije do včlanitve novembra 2000.

Sodišče enostavno ni hotelo priznati, da je leta 1996 storilo napako; pri vsem pa gre celo za opravičljivo napako, ki izhaja iz okoliščin, neločljivo povezanih s pomanjkanjem volje političnih organov OZN. Zdi se, da se je zadovoljilo z oporo na doktrino nezmotljivosti mednarodnega sodnika, pri tem pa dopustilo hkratni obstoj vzporednih resničnosti. Sodba iz leta 2007 je v luči navedenega še toliko bolj neupračljiva, ker so obstajale druge poti, po katerih bi Sodišče v tej prvi zadevi o genocida lahko razglasilo za pristojno.⁴⁹

Kljub argumentativnim akrobacijam, v katere se spusti Meddržavno sodišče v Haagu, primerjalna prečititev odločitev, ki se nanašajo na vprašanja položaja Srbije v odnosu do OZN, razkrije obstoj med sabo nezdržljivih logičnih nasprotij. V obdobju 1992 do 2000 je Srbija imela in hkrati ne imela dostop do Sodišča. Na koncu se torej lahko vrnemo k Schrödingerjevemu miselnemu poizkusu z mačko, ki je hkrati živa in mrtva, sočasnost teh dveh njenih stanj pa se lahko pre-

kine šele z opazovanjem. Zabavno je ugotoviti, da si je Schrödinger omenjeni poizkus zamislil z namenom, da pokaže na probleme, ki jih poraja tako imenovana *kopenhagenska razlaga* kvantne fizike, tj. miselna smer, ki se je opirala le na primernost pridobljenih izidov in zavračala proučevanje njihovih posledic, ne glede na protislovja, ki so jih te vzpostavljale.

Predstavitev avtorja

Vincent Souty je doktorand na CRDFED, Univerzi v Caen Basse-Normandie in ATER na Univerzi v Havru. Pripravlja disertacijo na temo *poustavljanja pristojnosti v izrednih razmerah; pod vodstvom prof. Lauréline Fontaine*. Ravno tako je sodelavec Študijske in raziskovalne skupine temeljnega, mednarodnega in primerjalnega prava (GREDFIC, Univerza v Havru) in član CEDIN-a (Brazilija) in GRIB-a.

Predstavitev prevajalcev

Ivo Lah je leta 2009 diplomiral na Pravni fakulteti v Ljubljani. Trenutno je pripravnik na Višjem sodišču v Ljubljani.

Mag. Živa Nendl je zaposlena na Službi Vlade za razvoj in evropske zadeve, na Oddeku za pravno in jezikovno ureditev EU. Študirala je na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, na Univerzi v Nancy-ju v Franciji ter na podiplomski ustanovi College of Europe. Med predsedovanjem Slovenije Evropski uniji je delala na Stalnem predstavništvu RS pri Uradu Združenih narodov v Ženevi, leta 2009 pa je bila članica ekipe Pravne fakultete Univerze v Ljubljani na tekmovanju René Cassin iz poznavanja Evropske konvencije o človekovih pravicah, ki je dosegla najboljšo uvrstitev med slovenskimi ekipami doslej.

49 Glej v tem smislu Vincent Souty, *La res judiciaire dans l'Affaire du Génocide* (CIJ arrêt du 27 février 2007), *Annuário brasileiro de direito internacional*, III, Vol. I, Belo Horizonte, CEDIN, 2008, 191–207.

Vincent Souty

La Serbie face à la Cour Internationale de Justice

Un chat de Schrödinger ?

L'article étudie les arrêts adoptés par la CIJ dans lesquels la Serbie était partie, soit en tant que défendeur, soit en tant que requérant. Dans les affaires étudiées ici, le problème de la capacité de la Serbie à ester devant la Cour a été contestée à plusieurs reprises, et les réponses apportées par la CIJ soulèvent un certain nombre de questions. L'auteur se propose, dans une présentation synthétique de ces décisions, d'expliquer quel a été le raisonnement des juges dans les différents arrêts et de comprendre comment la Cour a pu arriver à des solutions contradictoires quant au problème de l'accès à la CIJ de la Serbie entre 1992 et 2000. Cet article est issu d'une conférence, organisée par le Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (CRDFED) et donnée à l'Université de Caen, le 27 mai 2010. L'auteur tient à remercier Mlle Marie Rota pour ses conseils et relectures.

Mots-clés: Cour International de Justice, justice internationale, autorité de la chose jugée, jurisprudence, compétence de la Cour, *jus standi*

1. INTRODUCTION

En 1935, le physicien Erwin Schrödinger imagine une expérience afin de démontrer que les résultats de la théorie naissante de la physique quantique, qui ne posent pas de problèmes à l'échelle des particules, heurtent, dès qu'on les transpose à l'échelle macroscopique, le sens commun. Ils aboutissent en effet à des situations paradoxales. Schrödinger propose d'enfermer un chat dans une boîte dans laquelle se trouve un dispositif d'alarme qui, lorsqu'il détecte la désintégration d'un atome radioactif, provoque un mécanisme qui libère un poison tuant l'animal. La théorie quantique affirme que tant qu'aucune observation n'est effectuée, l'atome se présente simultanément dans deux états : il est à la fois désintégré, et intact. Par voie de conséquence, le poison est lui-même libéré, et non-libéré ; le chat, mort et vivant. Le seul moyen de faire tomber cette superposition d'état est d'observer le résultat de l'expérience, en l'occurrence, ouvrir la boîte. C'est l'observation qui va réduire cette superposition à un seul état : atome intact ou désintégré, chat mort ou vivant.

On pourrait penser le monde du droit herméétique à la théorie quantique. Toutefois, une comparaison entre la situation de la Serbie et celle dudit chat n'est peut-être pas dénuée d'intérêt ; elle permet au moins de soulever le paradoxe issu des différents arrêts rendus par la Cour internationale de Justice dans les affaires où cet État était partie. Dans ceux-ci, la Cour n'a pas hésité à considérer la Serbie¹ comme une particule quantique, se présentant dans une superposition d'états contradictoires au regard de la question du statut de cet État vis-à-vis de l'ONU entre 1992 et 2000. La qualité de membre de l'organisation donne en effet accès au prétoire

¹ Les vicissitudes de l'histoire récente de cette région des Balkans ont amené la Serbie à changer plusieurs fois de dénomination, en fonction des différentes sécessions des anciennes républiques fédérées. En essayant de suivre les étapes, on utilisera successivement les noms de « République Fédérale de Yougoslavie » (ci-après RFY, pour la période couvrant les années 1992 à 2003), « Serbie-et-Monténégro » (de février 2003 à juin 2006), puis de « Serbie » (depuis le 3 juin 2006).

de l'organe judiciaire principal des Nations unies, en vertu de l'article 35 du Statut de la CIJ.

Le problème du statut de la Serbie au regard de l'ONU entre 1992 et 2000 est issue de la prétention de cet État à s'affirmer continuateur de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie, à la suite des proclamations d'indépendance des autres républiques fédérées yougoslaves. Combattue par ces dernières, cette prétention, affirmée dès avril 1992², n'a pas été généralement acceptée par les États membres de l'ONU, ni par les organes de celle-ci³. C'est ainsi que l'Assemblée générale des Nations unies a invité, dès 1992, la RFY à présenter une nouvelle demande d'adhésion à l'Organisation⁴. Mais jusqu'en 2000, la future Serbie a constamment maintenu sa position d'État continuateur et s'est donc considérée liée par les accords internationaux signés par la Yougoslavie, et comme membre des institutions auxquelles celle-ci était partie. Après la chute du régime de Milošević, la RFY change de position, et le président Koštunica, nouvellement élu, présente une demande d'admission à l'ONU qui est acceptée le 1er novembre 2000.

Mais cette admission n'a pas levé le doute quant à la situation de la Serbie vis-à-vis de l'ONU pour la période antérieure. L'étude des différents arrêts rendus par la CIJ montre les errements de la Cour, qui n'a finalement pas réussi à dégager une solution univoque, se laissant enfermer dans les contraintes argumentatives de sa politique jurisprudentielle. Il s'agira dans cet article d'étudier les trois affaires qui ont impliqué l'État serbe, que ce soit en tant que défendeur ou en tant que requérant, et les solutions auxquelles a abouti la Cour en ce qui concerne le problème de sa compétence.

2 Dans une déclaration et une note, en date du 27 avril 1992, qui émanaient de la représentation diplomatique de la RFY, il était affirmé que celle-ci assurait la continuité de l'ex-Yougoslavie et respecterait les engagements souscrits par cette dernière. Cf. *infra* (n. 40).

3 Pour un résumé de la relation complexe entre la RFY et l'ONU, cf. Vojin Dimitrijević & Marko Mila-
nović, 'The Strange Story of the Bosnian Genocide Case', *Leiden Journal of International Law* (2008) 21, 78.

4 Cf. Résolution 47/1 (1992) de l'Assemblée générale en date du 22 septembre 1992.

Dans la première affaire, *Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie, Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la Bosnie-Herzégovine a déposé une requête en mars 1993 par laquelle elle demande à la Cour de se prononcer sur le comportement de la RFY au regard de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide⁵. L'article IX de cette convention prévoit en effet la compétence à la CIJ pour connaître des différends portant sur les obligations des parties à ce traité⁶. Dans un premier arrêt rendu en 1996⁷, la Cour rejette les six exceptions préliminaires⁸ soulevées par la RFY et se reconnaît compétente pour juger au fond.

Ultérieurement, la RFY décide en 2001 de déposer une requête en révision de l'arrêt de 1996, sur le fondement de l'article 61 du Statut⁹.

5 Ci-après « Convention sur le Génocide », signée le 9 décembre 1948. C'était la première fois que la Cour était saisie d'un contentieux ayant trait à cette convention.

6 Convention sur le Génocide (n. 5), article IX : « différends entre les Parties contractantes relatifs à l'interprétation l'application ou l'exécution de la présente Convention y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un État en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III, seront soumis à la Cour internationale de Justice, à la requête d'une partie au différend. »

7 *Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie, Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires, arrêt, CIJ Recueil 1996, p. 595*

8 La RFY faisait valoir six arguments pour conclure à l'incompétence de la Cour en l'espèce : (1) la guerre civile de Yougoslavie excluait l'existence d'un différend international ; (2) le président de la Bosnie-Herzégovine n'avait pas la compétence pour saisir la Cour ; (3) la Bosnie-Herzégovine n'était pas partie à la Convention sur le Génocide ; (4) il n'existait pas de différend international au sens de l'article IX de la Convention sur le Génocide ; (5) le demandeur n'ayant adhéré à l'ONU que le 29 mars 1993, la requête devait être considérée irrecevable ; (6) et enfin, quand bien même la Cour aurait considéré que le demandeur avait adhéré à cette Convention dès le 29 décembre 1992, le Défendeur affirmait que toutes les demandes concernant des faits antérieurs à cette date échappaient au ressort de la Cour.

9 La révision de l'arrêt ne peut être éventuellement demandée à la Cour qu'en raison de la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive et qui, avant le prononcé de l'arrêt, était inconnu

Elle demande alors à la Cour de réexaminer son arrêt, en vertu d'un fait nouveau apparu postérieurement au rendu du jugement, et dont la connaissance est susceptible d'amener à une solution différente : son adhésion à l'ONU le 1er novembre 2000. Selon la RFY, cette adhésion prouve qu'auparavant elle n'était pas membre de l'ONU, et qu'elle n'avait donc pas accès à la juridiction de la Cour. Par un arrêt de 2003¹⁰, la CIJ rejette la demande en considérant, de manière assez formaliste, qu'il ne s'agissait pas d'un « fait nouveau » au sens de l'article 61 du Statut. La Cour considère en effet que cette adhésion n'a pas rétrospectivement changé la position *sui generis* (sic) qui était celle de la RFY entre 1992 et 2000¹¹.

Parallèlement à cette requête en révision, la Serbie a présenté, en 2001, une « initiative présentée à la Cour aux fins d'un réexamen d'office de sa compétence » par laquelle elle demande à la Cour d'examiner à nouveau sa compétence, dans la procédure qui est alors pendante depuis l'arrêt de 1996. La CIJ accepte bien de réexaminer la question de sa compétence, et ce, avant même d'envisager la question de la violation de la Convention sur le génocide. Mais c'est pour finalement conclure, au bout de 141 paragraphes, que la question soulevée par la Serbie n'est pas nouvelle et que le principe de l'autorité de la chose jugée interdit que l'on puisse revenir dessus. Sa compétence confirmée, la Cour peut finalement juger au fond et condamnera la Serbie pour non-respect de son obligation de prévention du génocide¹².

La deuxième affaire, *Licéité de l'emploi de la force*, a été introduite par la RFY suite aux bombardements de l'OTAN de mars 1999. Le 29 avril de cette même année, la RFY assigne en justice

huit États membres de l'OTAN¹³ sur le fondement de l'article IX de la Convention sur le Génocide. Dans ses arrêts de 2004¹⁴, la CIJ rejette les requêtes serbes en constatant qu'au moment du dépôt de celles-ci, cet État n'était pas membre de l'ONU et n'avait donc pas accès à la Cour. Un an après la demande en révision de 2001, et en contradiction avec ce qu'elle avait alors sembler affirmé, au moins de manière implicite, la Cour considère désormais qu'avant son adhésion, en 2000, la RFY n'avait pas accès à la CIJ.

La troisième affaire, *Croatie c. Serbie, Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, est introduite par une requête de la Croatie le 2 juillet 1999 ; celle-ci allègue des violations de la Convention sur le génocide commises par la RFY. Dans son arrêt de 2008¹⁵, la Cour rejette les exceptions préliminaires soulevées par la Serbie¹⁶ et se reconnaît compétente pour trancher sur le fond le litige. L'affaire est toujours pendante.

Dans ces différents arrêts, alors même qu'elle considère une période identifiée, entre 1992 et 2000, la CIJ aboutit à différentes solutions au problème de savoir si la Serbie avait, ou non, accès à elle. Pour parer aux critiques, la Cour a tenté d'apporter une justification logique et théorique aux confusions introduites par les divergences des jurisprudences dans les deux dernières décisions, rendues en 2007 et 2008. A cet effet, afin de légitimer sa politique jurisprudentielle, elle utilise ses anciens arrêts comme

de la Cour et de la partie qui demande la révision, sans qu'il y ait, de sa part, faute à l'ignorer.

- 10 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, arrêt, *CIJ Recueil* 2003, p. 7
- 11 Cf. la décision sur la *Demande en révision* (n. 10), §71.
- 12 Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro, Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, arrêt, *CIJ Recueil* 2007.

13 Il s'agissait de la Belgique, du Canada, de la France, de l'Allemagne, de l'Italie, des Pays-Bas, du Portugal et du Royaume-Uni.

14 Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique), exceptions préliminaires, arrêt, *CIJ Recueil* 2004, p. 279.

15 Croatie c. Serbie, Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires, arrêt, *CIJ Recueil* 2008.

16 À titre principal, la première exception préliminaire de la Serbie affirmait que, faute pour cet État d'avoir été membre de l'ONU avant 2000, il ne pouvait être attrait devant la Cour ; à titre subsidiaire, la Serbie affirmait que la Cour ne pouvait être compétente pour les faits antérieurs à la création de la RFY (27 avril 1992) et enfin, que certaines demandes spécifiques du requérant étaient sans objet.

autant de palimpsestes, en procédant à leur réécriture pour justifier ses solutions et permettre de garder une cohérence, qui ne se conçoit alors plus que formellement. Nous verrons dans une première partie comment la Cour a détourné la théorie de l'autorité de la chose jugée (*res judicata*) en réécrivant son arrêt de 1996 pour pouvoir retenir sa compétence dans l'affaire contre la Bosnie-Herzégovine. Dans une seconde partie, nous détaillerons les contorsions argumentatives utilisées par la Cour pour reconnaître sa compétence dans l'affaire contre la Croatie.

2. LA *RES JUDICATA* ET LA RÉÉCRITURE DE L'ARRÊT DE 1996

Dire d'une décision qu'elle est revêtue de l'autorité de la chose jugée implique qu'une question déjà tranchée ne soit à nouveau soulevée par les mêmes parties devant une juridiction. La seule façon de remettre en cause un arrêt de la CIJ passe par l'article 61 de son Statut¹⁷. Du point de vue du droit international, la *res judicata* doit se comprendre dans l'optique de la préservation de la paix et de la sécurité juridique : il s'agit d'éviter qu'un point tranché ne soit indéfiniment débattu devant le juge international et par conséquent, d'assurer la capacité de la justice internationale à mettre un terme à un litige. Identifier si une question est revêtue de l'autorité de la chose jugée nécessite de constater la présence de trois éléments : un élément subjectif (il faut que soient concernées les mêmes parties) et deux éléments objectifs (on doit relever une identité de *demande* et une identité de *cause* venant supporter celle-ci¹⁸). La distinction entre les deux éléments objectifs est importante, puisqu'une seule demande peut être fondée sur différentes causes, sur différents arguments.

En l'espèce, il y a bien identité de parties au litige entre l'arrêt de 1996 et celui de 2007¹⁹, et également identité de demande : la Serbie affirme l'incompétence de la Cour pour connaître de cette affaire. C'est sur le dernier élément, l'identité de cause, que le débat se cristallise. Selon le défendeur, il s'agit d'une question nouvelle, puisque l'impossibilité pour lui d'accéder à la CIJ n'a pas été posée auparavant : en 1996, la Cour n'aurait répondu qu'aux six exceptions préliminaires soulevées par la RFY et ne se serait pas attachée au point de savoir si cet État pouvait ester devant la Cour. Le fait est qu'aucune des deux parties n'a soulevé cet argument lors des plaidoiries écrites ou orales qui ont précédé l'arrêt sur les exceptions préliminaires. D'une part, la Bosnie n'avait aucun intérêt à soulever ce point qui aurait impliqué l'irrecevabilité de sa requête ; d'autre part, la Serbie, en 1996, se prétendait État continuateur de la RFY et, en tant que tel, membre de l'ONU et partie au Statut de la CIJ.

Dans un premier temps, la CIJ reconnaît d'ailleurs n'avoir répondu explicitement que sur les exceptions soulevées par le défendeur ; mais c'est pour rappeler aussitôt ce qu'elle affirmait avec force dans ses décisions de 2004²⁰ : la question de l'accès à la Cour est une question d'ordre public, et la juridiction doit s'assurer de la capacité des parties à ester devant elle avant même de se pencher sur les problèmes de compétence *ratione materiae*²¹. Elle conclut dès lors que ce point a été tranché, de manière implicite, lors de la phase préliminaire qui s'est achevée avec l'arrêt du 11 juillet 1996. En acceptant d'examiner les exceptions d'incompétence *ratione materiae* ou *tempore*, soulevées par la RFY, la Cour a formulé, implicitement, la conclusion selon laquelle elle considérait que le défendeur avait accès à elle²².

17 Cf. *supra* (n. 9).

18 C'est ce qui correspond à la motivation de la décision. Elle comprend non seulement la conclusion de ce qui a été exposé par le juge, mais encore les constatations qui l'ont amenée à sa conviction. Pour un aperçu exhaustif, cf. Leonardo Nemer Caldeira Brant, *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, Bibliothèque de droit international et communautaire, tome 119, Paris, L.G.D.J., 2003.

19 La CIJ s'est, préalablement, efforcée de reconstituer l'historique du défendeur pour confirmer que la Serbie était l'État continuateur de l'ancienne RFY : cf. §§ 67 à 79 de l'arrêt de 2007.

20 Cf. l'arrêt éité de l'emploi de la Force (n. 14), § 36.

21 L'arrêt Licité de l'emploi de la Force (n. 14), § 122.

22 § 133: « n'est besoin pour elle, aux fins de la présente procédure, d'aller au-delà de cette conclusion en examinant par quel cheminement elle y est parvenue. [...] [L]fait est que la Cour n'aurait pu trancher l'affaire au fond si le Défendeur n'avait pas la capacité, en vertu du Statut, d'être partie à une procédure devant la Cour ». Elle ajoute : « la

Les trois éléments constitutifs de la *res judicata* sont donc identifiés, la Cour peut alors poursuivre l'examen de l'affaire au fond. D'un point de vue formel, le raisonnement est inattaquable. De nature pré-préliminaire, la question de l'accès d'un État à la CIJ, étant d'ordre public, peut être soulevée d'office par la Cour, opération censée être systématiquement – même implicitement – étudiée par la Cour.

Si l'argumentation de la CIJ dans cet arrêt de 2007 peut séduire d'un point de vue logique et formaliste, la contradiction flagrante des arrêts de 1996 et 2007 avec la solution dégagée en 2004 pose problème. Dans les espèces de 2004, la Cour a en effet affirmé que la RFY n'était pas membre de l'ONU, et donc pas partie au Statut de la CIJ, à la date du dépôt des requêtes serbes, en mars 1999. Or, cette décision de 2004 est la première qui analyse de manière claire et, semble-t-il, univoque, le statut de la RFY vis-à-vis de l'ONU entre 1992 et la date de son adhésion²³.

On peut alors légitimement s'interroger quant au raisonnement « implicitement » mené par la CIJ, et sur le fait de savoir si elle s'est réellement posée cette question de l'accès de la RFY à la Cour dans son arrêt de 1996. On peut d'abord s'étonner de l'absence de motivation explicite dans la décision de 1996. Le problème de la capacité du défendeur à comparaître devant la juridiction est en effet, selon la Cour, fondamental. Or l'article 56 §1 du Statut pose l'obligation de motiver ses arrêts²⁴. L'idée d'un raisonnement sous-entendu paraît difficilement conciliable avec cet article, comme l'ont justement remarqué

certaines juges²⁵. N'y a-t-il pas là un manquement de la part de la juridiction aux prescriptions de son propre Statut ? La réponse n'est pas si évidente. En effet, la Cour aurait pu faire valoir qu'aucune des deux parties au litige n'ayant soulevé ce problème d'accès, elle n'avait pas nécessairement besoin de présenter ses arguments de manière explicite dans son arrêt.

Toutefois, deux autres indices autrement plus convaincants viennent alimenter le doute. En premier lieu, on peut se référer aux déclarations jointes de sept des quinze juges de l'instance, dans lesquelles ils expriment leur désaccord, non pas forcément sur le dispositif (reconnaissance de la compétence de la Cour), mais sur le raisonnement retenu en l'espèce (l'autorité de la chose jugée de l'arrêt de 1996)²⁶. Parmi eux, on remarque que les juges Ranjeva, Shi, Koroma et Kreća siégeaient déjà lors de la phase préliminaire de 1996. Les trois premiers affirment d'ailleurs dans leur opinion dissidente commune que la question de l'accès à la Cour du défendeur²⁷ :

was neither raised at any time by any of the Parties to the proceedings nor discussed directly or indirectly in the text of the 1996 Judgment.

Le juge ad hoc Kreća va plus loin, en affirmant que, non seulement la question de l'accès n'a pas été résolue dans l'arrêt portant sur les exceptions préliminaires, mais que, même²⁸ :

the Court's first position, embodied in the 1996 Judgment, could be characterized as that of clearly avoiding the question.

Surtout, et cela vient confirmer les affirmations des juges dissidents, aucun organe de l'ONU n'avait alors tranché la question du statut de la RFY vis-à-vis de l'ONU ; une grande confusion régnait d'ailleurs, comme l'a relevé la Cour à plusieurs reprises dans ses différents arrêts²⁹. Elle a qualifié en 2003 la position de défendeur par

décision de la Cour selon laquelle elle avait compétence en vertu de la Convention sur le génocide doit donc être interprétée comme comprenant implicitement la conclusion que toutes les conditions relatives à la capacité des États à se présenter devant elle étaient remplies ».

23 Cf. la décision éité de l'emploi de la force (n. 14), § 91 : « Cour conclut que, au moment où il a déposé sa requête pour introduire la présente instance devant la Cour, le 29 avril 1999, le demandeur en l'espèce, la Serbie-et-Monténégro, n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies ni, dès lors, en cette qualité, partie au Statut de la Cour internationale de Justice. »

24 « L'arrêt est motivé » ; la version anglaise est plus parlante : « *The judgment shall state the reasons on which it is based* ».

25 Voir ainsi la déclaration du juge Skotnikov (p. 2), ainsi que l'opinion dissidente des juges Ranjeva, Shi et Koroma (p. 2, §3).

26 Il s'agit des juges Owada, Tomka, Skotnikov, Ranjeva, Shi, Koroma et du juge ad hoc.

27 Cf. *Joint dissenting opinion of judges Ranjeva, Shi and Koroma*, §3, p.2

28 Cf. *Separate opinion of Judge ad hoc Kreća*, §28, p.14.

29 Un aperçu sommaire de la situation est présenté aux paragraphes 88 à 99 de l'arrêt de 2007.

rapport à l'ONU de *sui generis*, expression qui fait plus ici allure de trompe-l'œil que de réel outil de catégorisation juridique. La Cour a soigneusement évité de se prononcer sur ce point jusqu'en 2004. Et si elle l'a alors fait, c'est parce que la Serbie l'a provoqué en cherchant délibérément à obtenir, dans ces affaires *Licéité de l'emploi de la force*, une déclaration d'incompétence, dans le but de pouvoir se servir de ces espèces pour pouvoir contester, ultérieurement, l'arrêt de 1996³⁰. Puisque la Cour, en 2004, a rejeté les requêtes de la Serbie-et-Monténégro en se basant sur le fait que cet État ne pouvait avoir eu accès à la Cour en 1999, *a fortiori*, on pouvait penser alors que l'ancienne RFY n'aurait pu, selon cette analyse, comparaître devant la Cour en 1996. Dès lors, tirer les conséquences de la position de 2004 aurait dû inciter la Cour à se déclarer, finalement, incompétente en 2007 et à reconnaître son erreur d'appréciation de 1996. Mais, politiquement parlant, il aurait été délicat pour la Cour de revenir, quatorze ans après l'introduction de l'instance par la Bosnie-Herzégovine sur sa décision de 1996, et de finalement déclarer la requête bosniaque irrecevable, alors qu'il s'agissait au surplus de la première affaire où la Convention sur le Génocide était invoquée.

Pour évacuer le problème tiré de l'incompatibilité entre l'arrêt de 1996 et ceux de 2004, la Cour va rappeler que l'article 59 de son Statut stipule que ses décisions ne sont obligatoires que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé : l'autorité de la chose jugée ne vaut pas pour les tiers à la procédure. Puisque la Bosnie-Herzégovine n'était pas partie aux affaires de 2004, on ne peut lui opposer la solution retenue en l'espèce. Comme l'affirme Louis Delbez³¹, en droit international,

l'impossibilité pour la sentence de produire des effets à l'égard des États tiers découle du principe même qui est à la base du droit international et d'après lequel une norme n'est efficace qu'à l'égard des sujets qui ont pris part à sa création.

Pourtant, comme le remarque Georges Scelle³² :

[i]l est en droit international comme en droit interne, des décisions à caractère objectif qui valent pour tous les sujets de droit de la communauté internationale considérée.

Le problème soulevé ici concerne le point de savoir quelle peut être la portée d'une décision de la CIJ, lorsque celle-ci ne concerne pas les mêmes parties, mais que la question posée est la même que dans une autre espèce, et que la Cour y a déjà répondu.

Dans son arrêt de 2007, la Cour esquivait cette question. La pirouette argumentative de l'arrêt de 2007 et l'utilisation de l'autorité de la chose jugée lui permettent d'éviter l'écueil d'être placée devant ses propres contradictions. Du point de vue de la stricte logique juridique, on ne peut rien lui reprocher. Dans cet arrêt de 2007, elle pousse jusqu'à son extrême la traduction littérale de la maxime *res judicata pro veritate habetur* ; en l'espèce elle permet à deux vérités, inconciliables logiquement, de coexister : la Serbie avait et n'avait pas accès à la Cour entre 1992 et 2000. À sa décharge, on remarque toutefois que sa délicate position a pour origine un imbroglio juridique, né du problème de la succession de la Yougoslavie et de l'incapacité du système des Nations Unies à adopter une position claire et univoque.

3. UNE INSTRUMENTALISATION HABILE DE LA JURISPRUDENCE MAVROMMATIS

Le 2 juillet 1999, deux mois après le dépôt des requêtes serbo-monténégrines qui ont donné lieu aux arrêts de rejet de 2004, la Croatie saisit à son tour la Cour, à l'encontre de la RFY, pour violations de ses obligations en vertu de la Convention sur le Génocide. On pouvait légitimement s'interroger sur la position qu'adopterait la CIJ en l'espèce, et les commentateurs attendaient avec impatience cet arrêt portant sur les exceptions préliminaires soulevées par la Serbie. La Cour

30 Cette stratégie de défense de la Serbie se retourne-
ra d'ailleurs contre lui dans l'arrêt de 2008 (cf. *infra*).

31 Louis Delbez, *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, L.G.D.J., 1960, p.136.

32 Georges Scelle, « Essai sur les sources formelles du droit international », *Mélanges Geny*, Paris, 1935, p. 426.

devait en effet prendre deux considérations en compte.

D'un côté, il lui était difficile, voire impossible, d'affirmer qu'à l'époque du dépôt de la requête croate, la Serbie avait finalement accès à la juridiction internationale. C'eût été en complet désaccord avec sa position de 2004. D'un autre côté, il n'était pas davantage concevable pour la Cour de rejeter la requête croate moins d'un an après avoir tranché au fond le litige soulevé par la Bosnie-Herzégovine, qui concernait des faits quasi-concomitants, dans un contexte similaire.

La Cour va donc opérer un subtil tour de passe-passe en dégageant une solution qui lui permette de concilier les solutions de 2004 (la Serbie n'avait pas accès à la Cour en 1999) avec la solution déagée en 1996-2007 (examen des violations alléguées à la Convention sur le génocide). Aussi, va-t-elle finalement se reconnaître compétente dans cette décision, dans laquelle elle va également essayer de mettre un terme à ses errements précédents, quitte à réinterpréter, réécrire ses arrêts antérieurs. Pour ce faire, la Cour suit un raisonnement ternaire.

Elle commence d'abord par regarder si, et depuis quand, la Serbie-et-Monténégro a accès à son prétoire. Selon la Cour, malgré la profusion de décisions rendues concernant le défendeur, aucun arrêt n'a établi une affirmation définitive à l'égard des parties. La Cour se réfère toujours ici à l'article 59 du Statut. Elle vient toutefois nuancer son propos en constatant qu'elle a déjà eu à traiter de la capacité de la Serbie à apparaître devant la Cour. Elle affirme alors qu'elle se doit d'opérer un travail de mise en cohérence de sa jurisprudence et ne peut s'écarter d'une solution que lorsque des circonstances particulières l'y obligent³³. En l'espèce, elle peut soit se référer aux arrêts de 1996-2007 et retenir sa compétence, soit se référer aux décisions de 2004 et rejeter la requête croate. Mais les décisions dans l'affaire *Bosnie contre Serbie* sont pour le moins lacunaires en ce qui concerne le problème de l'accès à la CIJ par la Serbie, alors que, inversement, dans les affaires *Licéité de l'emploi de la force*, la Cour a affirmé, sans ambiguïté, que la Serbie ne pouvait

valablement l'avoir saisi en avril 1999, faute pour elle de ne pas avoir alors été membre de l'ONU. La Cour est alors contrainte de reprendre sa solution de 2004, aucune circonstance particulière ne justifiant une solution différente, s'agissant de requêtes déposées à deux mois d'intervalle : la Serbie n'a accès à la CIJ que depuis le 1^{er} novembre 2000. La requête croate est donc a priori irrecevable car, comme la Cour le rappelle, sa compétence s'apprécie au jour du dépôt³⁴.

Mais après avoir réaffirmé ce principe, la CIJ va invoquer un *obiter dictum* de l'arrêt concernant l'*Affaire des concessions palestiniennes de Mavrommatis*³⁵, rendu par la Cour permanente de justice internationale en 1924. C'est le deuxième temps du raisonnement. La CPJI avait alors considéré qu'un défaut procédural lors du dépôt de la requête pouvait être couvert au nom d'une bonne administration de la justice si, à la date de l'audience, le demandeur avait la faculté de déposer à nouveau une requête identique qui aurait alors été recevable. En l'espèce, la Cour considère que, quand bien même la requête croate aurait dû être rejetée en raison de l'impossibilité d'attirer la Serbie à la date du dépôt de la requête, ce défaut pourrait être contourné par le dépôt d'une requête identique, postérieure à l'admission du défendeur à l'ONU. Ainsi, si la Croatie avait déposé sa requête le 2 novembre 2000, la capacité de la Serbie à ester devant la Cour n'aurait pas été mise en doute³⁶. Dès lors, il lui reste à rechercher s'il existait, au moment du dépôt de la requête, une base de compétence *ratione materiae*³⁷. En l'espèce, la base de compétence invoquée par le requérant est tirée, une nouvelle fois, de l'article IX de la Convention sur le Génocide³⁸.

Durant le troisième temps de cette valse argumentative, la Cour va alors se pencher sur le statut de la Serbie à l'égard de ce traité. Dans ses plaidoiries, le défendeur remarque qu'il n'est devenu partie à la Convention, en posant par ailleurs une réserve à cet article IX, qu'en juin 2001,

33 Cf. §53 : « quoique ces décisions ne s'imposent pas à la Cour, celle-ci ne s'écartera pas de sa jurisprudence établie, sauf si elle estime avoir pour cela des raisons très particulières. »

34 Cf. §80 pour la justification de cette règle procédurale par la Cour.

35 CPJI, *Affaire des concessions palestiniennes de Mavrommatis*, arrêt, série A, n°2, 1924

36 Cf. § 77.

37 Cf. § 91.

38 Cf. *infra* (n. 6).

soit deux ans après l'introduction de l'instance. La Cour ne pourrait donc pas se reconnaître compétente, quand bien même elle ferait application de la jurisprudence *Mavrommatis*. Mais, à l'invitation de la Croatie, la CIJ va décider d'examiner la déclaration, déjà mentionnée, d'avril 1992 par laquelle la RFY s'estimait liée par l'ensemble des traités signés par l'ex-Yougoslavie et va analyser sa portée juridique. La future Serbie déclarait alors³⁹ :

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

La Cour affirme alors de manière inopportunément obscure, et pour tout dire contestable au regard des règles de succession des États, que⁴⁰

la déclaration de 1992 doit être considérée comme ayant eu les effets d'une notification de succession à des traités.

Or, parmi ceux-ci, figurent notamment la Convention sur le génocide. Pour la majorité des juges, la Serbie y était donc partie depuis 1992.

Il serait alors inutile de rejeter la requête de la Croatie, puisque celle-ci pourrait, en vertu de la jurisprudence *Mavrommatis*, déposer une nouvelle requête tout à fait valablement. La Cour reconnaît donc sa compétence, et rejette la première exception préliminaire de la Serbie⁴¹. Cette solution, retenue dans cet arrêt de 2008, présente l'avantage de concilier les deux considérations initiales auxquelles la Cour avait

à faire face. Cela lui permet certes de laisser une impression de cohérence dans sa jurisprudence interne, mais n'est pas sans soulever quelques interrogations.

En premier lieu, la Cour reste muette sur la valeur de l'adhésion par la Serbie à la Convention sur le génocide et, surtout, sur la réserve à l'article IX que l'État a posé lors de cette adhésion en 2001. Étant donné que la Cour considère ici que la Serbie était liée à la Convention sur le génocide depuis 1992, l'adhésion et la réserve subséquente devraient donc être considérées comme nulles et non avenues. Dès lors, on peut se demander pourquoi la Cour n'a pas annulé de manière explicite la réserve serbe à l'article IX, les arguments en faveur de l'annulation ne manquant pas⁴². Ce silence de la Cour est d'autant plus dommageable que l'absence d'annulation de la réserve donne à penser que la Cour n'a pas vraiment appliqué la règle tirée de la jurisprudence *Mavrommatis* en matière de recevabilité des requêtes. Selon la règle traditionnelle, en effet, un défaut procédural initial pouvait être couvert si le demandeur avait pu, à tout moment, saisir la Cour de nouveau. En refusant de se prononcer sur l'adhésion et la réserve de 2001⁴³, la Cour laisse à penser qu'elle ne considère pas *ipso facto* l'adhésion de 2001 et la réserve qui lui est attachée comme nulles. Mais si cette réserve à l'article IX est valable, on ne voit pas, dès lors, comment la Cour peut retenir cette base de compétence *ratione materiae* en l'espèce. A moins de considérer, à la suite de Anne-Laure Vaurs-Chaumette⁴⁴ qui reprend le raisonnement du juge Abraham, que la Cour a en fait créé une règle nouvelle, qui assure au requérant un délai de régularisation de sa requête. Pour reprendre les mots du juge, « *pour que la Cour se déclare compétente, il faut et il suffit que les conditions de sa compétence aient été réunies à un moment quelconque depuis l'introduction de l'instance* »⁴⁵.

39 Déclaration reproduite notamment dans l'arrêt de 2008, cf. § 98.

40 On pourrait gloser sur le sens de cette proposition « *considérer comme ayant les effets d'une notification* ». Pourquoi ne pas la qualifier de notification de succession ? S'agit-il là d'une nouvelle catégorie d'acte juridique ?

41 Outre la première exception préliminaire, la Cour décide de rejeter également la troisième et considère la deuxième ne présente pas les caractères d'une exception préliminaire et sera étudié lors de la procédure au fond.

42 Cf. la déclaration individuelle du juge Bennouna notamment.

43 Cf. §96.

44 « "Si le fait l'accuse, le résultat l'excuse" : l'arrêt de la CIJ sur les exceptions préliminaires dans l'affaire Croatie/Serbie », *Annuaire de droit international*, vol. 54, 2008, CNRS éditions, 2009, pp. 275–304,

45 Cf. opinion individuelle du juge Abraham, § 54, emphase ajoutée.

En l'espèce, dès lors que la majorité a considéré que la Serbie était liée depuis 1992 à la Convention sur le Génocide, peu importe la validité juridique de l'adhésion et de la réserve de 2001. Le fait est qu'à un moment donné, entre la date de l'introduction de l'instance et la date du jugement, les conditions de recevabilité de la requête croate ont bien été réunies. Ce raisonnement, s'il était effectivement confirmé, ruinerait le principe de sécurité juridique et finalement mettrait à mal le principe de la bonne administration de la justice, qui justifiait la jurisprudence *Mavrommatis*. On peut toutefois espérer que cette interprétation plus qu'audacieuse du raisonnement de la Cour, tenue par le juge Abraham, ne soit qu'une extrapolation : ainsi, la Cour aurait simplement considéré implicitement que la réserve de 2001 n'avait pas de valeur juridique et aurait finalement appliqué de manière plus traditionnelle la règle tirée de la jurisprudence *Mavrommatis*⁴⁶.

En deuxième lieu, on peut se demander pourquoi la Cour n'a pas appliqué cette jurisprudence dès les affaires *Licité de l'emploi de la force* en 2004. En effet, on se trouvait alors exactement dans le même cas de figure, la Serbie étant alors, requérant. Mais la CIJ prend soin dans cet arrêt de 2008 de justifier sa décision de 2004. Si elle s'est alors déclarée incompétente, c'est que la Serbie ne comptait pas remédier au défaut procédural constitué de l'impossibilité pour elle d'ester devant la CIJ. Il est ici difficile de lui donner tort sur ce point : « Il eût été, dans les circonstances particulières de ces affaires, dépourvu de justification, de la part de la Cour, de passer outre au défaut initial de capacité de la RFY à la saisir, pour le motif que ce défaut avait été couvert en cours d'instance. Si, dans la présente affaire, la Croatie demande à la Cour d'appliquer la jurisprudence issue de l'arrêt *Mavrommatis*, une telle demande n'avait pas été, et ne pouvait pas logiquement être, formulée par l'Etat requérant en 2004 ». Il était en effet clair que la Serbie n'avait pas l'intention de maintenir ses demandes sous la forme de nouvelles requêtes⁴⁷.

46 Cf. en ce sens, la déclaration du juge Benouna.

47 Stephan Wittich confirme en rappelant que la RFY n'a déposé qu'une seule page d'observations écrites ; cf. S. Wittich, 'Permissible Derogation from Mandatory Rules? The Problem of Party Status in the *Genocide Case*', (2007) 18 *European Journal of International Law* 591.

Toutefois, la Cour insiste ainsi largement sur le comportement de la Serbie dans les différentes affaires contentieuses et semble même vouloir la sanctionner pour son comportement dilatoire dans les procédures où elle était partie. Mais cela pose problème. D'abord, parce que la Cour est une juridiction qui, à ce titre, juge en droit, et ne doit pas faire payer à un État les conséquences de ses choix stratégiques, mêmes discutables⁴⁸. Peut-on reprocher à un État son argumentation, même si celle-ci varie avec le temps ? Un défendeur dans une instance antérieure peut-il soutenir une argumentation nouvelle et contraire à celle qu'il a exposée auparavant ? Ensuite et surtout, parce que de son côté, il est constant que la Croatie a toujours contesté la fameuse déclaration d'avril 1992 en lui déniait toute valeur juridique. On peut alors légitimement se demander pourquoi la CIJ décide de prendre en compte le comportement de la Serbie sans s'attacher à celui de la Croatie, qui ne pouvait ainsi prétendre pouvoir s'appuyer sur l'estoppel.

Une dernière remarque, enfin, concerne l'arrêt de 2007. Plutôt que de s'appuyer sur la *res judicata* de l'arrêt de 1996 et une argumentation lacunaire, on peut regretter que la Cour n'ait reconnu sa compétence sur la base des mêmes arguments que dans l'affaire croate, ce qui aurait permis, à tout le moins, d'obtenir une cohérence logique dans tous ces arrêts. Cette solution eût été envisageable si la Cour avait bien voulu abandonner une démarche relevant plus de la casuistique que d'un effort de systématisation des raisonnements tenus dans chaque espèce.

4. CONCLUSION

Pour chacune des trois affaires, la Cour juge en opportunité tout en essayant de justifier ses décisions antérieures *a posteriori*. Ce faisant, elle procède à une déformation de certains principes de la justice internationale, tant en ce qui concerne la portée de la théorie de l'autorité de la chose jugée que le problème de l'accès à la Cour, ou encore la nouvelle lecture de la jurisprudence *Mavrommatis*. La Cour perd ainsi l'occasion d'être le diseur de la vérité juridique internationale : après avoir lu l'ensemble des décisions, on se

48 Cf. en ce sens, l'opinion dissidente du juge Ranjeva.

perdrait en conjecture pour déterminer la situation de la Serbie vis-à-vis de l'Organisation des Nations unies entre l'implosion de la Yougoslavie et l'admission de novembre 2000.

La CIJ n'a pas voulu reconnaître qu'elle a commis une erreur en 1996, erreur d'autant plus excusable qu'elle était due à une situation inextricablement liée au manque de volonté des organes politiques de l'ONU. Elle semble par là se conforter dans une doctrine de l'infaillibilité du juge international, quitte à permettre à des réalités parallèles de coexister. L'arrêt de 2007 paraît d'autant plus injustifiable que d'autre biais existaient pour que la Cour puisse faire valoir sa compétence dans cette première affaire du génocide⁴⁹.

Malgré les contorsions argumentatives auxquelles se livre la CIJ, l'analyse comparée des décisions concernant le problème du statut de la Serbie au regard de l'ONU fait ressortir de manière implacable les contradictions logiques entre les différentes décisions. La Serbie avait et, simultanément, n'avait pas accès à la Cour durant la période 1992-2000. On en revient finalement à l'expérience de pensée de Schrödinger, avec ce chat à la fois mort et vivant, et dont la superposition d'état ne prendra fin qu'à l'issue, et en fonction, de l'observation. Il est finalement cocasse de constater que Schrödinger avait imaginé cette expérience pour mettre en évidence les problèmes soulevés par ce que l'on appelait l'*interprétation de Copenhague* de la physique quantique, courant de pensée qui refusait d'examiner les conséquences des résultats obtenus, dussent-ils choquer par les paradoxes qu'ils soulèvent, préférant ne s'attacher qu'à la pertinence des résultats obtenus.

Présentation de l'auteur

Vincent Souty est doctorant au CRDFED, Université de Caen Basse-Normandie et ATER à l'Université du Havre. Il rédige une thèse sur le thème « *La constitutionnalisation des pouvoirs d'exception : essai de droit comparé* » sous la direction du Pr. Lauréline Fontaine. Il est également mem-

bre associé du Groupe de Recherche et d'études en Droit Fondamental, International et Comparé (GREDFIC, Université du Havre), et membre du CEDIN (Brésil), et du GRIB. Publications récentes : « *Nova razdelitev oblasti v bolivijski ustavi* » (« *La nouvelle dévolution des pouvoirs dans la Constitution bolivienne* »), *Revus – European Constitutionality Review* (2009) 9, pp. 139-146 (www.revus.eu) ; « *Comentario do Artigo 2 paragrafo 6* », in Leonardo NEMER C. BRANT (dir.), *Comentario da Carta das Nações Unidas*, éditions Del REY, Belo Horizonte, 2008, pp. 113-121 (en collaboration avec Marie ROTA) ; « *La res judicata dans l'Affaire du Génocide (C.I.J. arrêt du 27 février 2007)* », *Anuário Brasileiro de Direito Internacional* III, vol. 2, 2008.

49 Cf. en ce sens, Vincent Souty, « *La res judicata dans l'Affaire du Génocide (CIJ arrêt du 27 février 2007)* », in *Anuário brasileiro de direito internacional*, III, Vol.I, CEDIN, Belo Horizonte, 2008, pp. 191-207

Synopsis

Vincent Souty

Serbia and the International Court of Justice

Another Example of a Schrödinger's Cat?

Key words: International Court of Justice, Serbia, international justice, *res judicata*, jurisprudence, jurisdiction, *jus standi*

Summary: 1. Introduction. – 2. *Res judicata* and Rewriting of the 1996 Opinion. – 3. An Instrumentalisation of the *Mavrommatis* Case. – 4. Conclusion.

The article examines the decisions adopted by the International Court of Justice in which Serbia was involved, either as defendant or as an applicant. In the cases studied, the problem of Serbia's access to the Court has been repeatedly questioned and the answers given by the ICJ raised a number of issues. This article proposes to explain what was the reasoning of judges in the different cases. It tries to understand how the Court ended up with solutions that lacks of consistency.

References

- Louis DELBEZ, 1960: *Les principes généraux du contentieux international*. Paris: LGDJ
- Vojin DIMITRIJEVIĆ & Marko MILANOVIĆ, 2008: The Strange Story of the Bosnian Genocide Case, *Leiden Journal of International Law* (2008) 21, 65–94.
- Leonardo NEMER CALDEIRA BRANT, 2003: L'autorité de la chose jugée en droit international public. Paris: LGDJ (Bibliothèque de droit international et communautaire; 119).
- Georges SCELLE, 1935: Essai sur les sources formelles du droit international. *Mélanges Geny*. Paris.
- Vincent SOUTY, 2008: La *res judicata* dans l'*Affaire du Génocide* (CIJ arrêt du 27 février 2007). *Anuário brasileiro de direito internacional*, III, Vol. I. Belo Horizonte: CEDIN. 191–207.
- Anne-Laure VAURS-CHAUMETTE, 2009: "Si le fait l'accuse, le résultat l'excuse" : l'arrêt de la CIJ sur les exceptions préliminaires dans l'affaire Croatie/Serbie. *Annuaire de droit international* 54. CNRS éditions. 275–304.
- Stephan WITTICH, 2007: Permissible Derogation from Mandatory Rules? The Problem of Party Status in the *Genocide* Case. *European Journal of international Law* (2007) 18, 591.
- *
- League of Nations. Permanent Court of International Justice (www.icj-cij.org/pcij/):
- *Mavrommatis Jerusalem Concessions*, Judgment of 26 March 1925, Collection of Judgments, series A, no 5.
- United Nations Organisation. General Assembly (www.untreaty.un.org/):
- Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Paris, 9 December 1948.
- United Nations Organisation. International Court of Justice (www.icj-cij.org/):

- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Preliminary Objections (Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina), Judgment, *I.C.J. Reports* 1996, p. 595.
- Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Judgment, *I.C.J. Reports* 2003, p. 7.
- Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports* 2004, p. 279.
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports* 2008, p. 412.

Author's short biography

Vincent Souty is a Ph.D. student at the Centre for research on Fundamental Rights and Legal Developments (CRDFED, University of Caen Basse-Normandie) and a teaching assistant at the University of Le Havre. He is writing a thesis on the entrenchment of emergency powers under the supervision of prof. Lauréline Fontaine. Among his recent publications, you will find another article on this subject: "La res judicata dans l'Affaire du Génocide (C.I.J. arrêt du 27 février 2007)", *Anuario Brasileiro de Direito internacional III*, vol. 2, 2008.

Translators' short biographies

Ivo Lah has graduated from the Faculty of Law in Ljubljana in 2009. He is currently an intern at the High Court of Ljubljana.

Živa Nendl, LL.M., works at the Government Office of the Republic of Slovenia for Development and European Affairs. She studied law at the University of Ljubljana, Université Nancy 2 and at the postgraduate institute College of Europe. During the Slovenian presidency of the Council of the European Union, she worked at the Permanent representation of the Republic of Slovenia to the United Nations Office in Geneva. She was also a member of the University of Ljubljana team preparing for the *Concours européen des droits de l'homme René Cassin*, which achieved the best result among the slovenian teams so far, namely the 4th place.