

## SEPARATE OPINION OF PRESIDENT TOMKA

*Temporal scope of the Court's jurisdiction — Issues left open by the Court's 2008 Judgment on preliminary objections — Conclusion that the Court has jurisdiction in so far as Serbia is alleged to have succeeded to the responsibility of the SFRY not supported by text of Article IX or its travaux préparatoires — Dispute must be between Contracting Parties and concern "the interpretation, application or fulfilment" of the Convention by those parties — Disputes "relating to the responsibility of a State for genocide" a subset of such disputes — Travaux préparatoires demonstrate that such disputes are those involving allegations that a State is responsible for acts of genocide perpetrated by individuals and attributable to it — Essential subject-matter of the dispute whether Serbia breached the Convention — Dispute regarding Serbia's succession to the SFRY's responsibility not a dispute about the interpretation, application or fulfilment of the Convention by Serbia — Only acts occurring subsequent to Serbia's becoming party to the Convention fall within the Court's jurisdiction under Article IX — Factual continuity and identity between actors during armed conflict in Croatia before and after 27 April 1992 not to be confused with situation in law — Court nonetheless able to consider events prior to 27 April 1992 in order to determine whether pattern of acts existed from which *dolus specialis* could be inferred.*

*Admissibility of the claim — Monetary Gold principle — Inapplicability of Monetary Gold principle in respect of non-existent predecessor States acceptable where there is agreement as to which successor States succeeded to the relevant obligations — Position complicated where uncertainty as to which successor States might ultimately bear responsibility — Decision on SFRY's responsibility may concern several successor States — Relevance of 2001 Agreement on Succession Issues.*

1. Although I share the conclusions of the Court on the merits of the claim brought by Croatia and the counter-claim raised by Serbia, I feel compelled to explain my position on the temporal scope of the Court's jurisdiction and to offer some remarks on the admissibility of the claim.

I. THE COURT'S JURISDICTION *RATIONE TEMPORIS*

2. At the hearing in 2008 on preliminary objections, Serbia maintained its second objection, an alternative one, "that claims based on acts and omissions which took place prior to 27 April 1992 are beyond the jurisdiction of this Court and inadmissible" (*Application of the Convention on*

## OPINION INDIVIDUELLE DU PRÉSIDENT TOMKA

[Traduction]

*Portée temporelle de la juridiction de la Cour — Questions laissées en suspens par l'arrêt de 2008 sur les exceptions préliminaires — Conclusion selon laquelle la Cour aurait compétence dans la mesure où la Serbie aurait succédé à la responsabilité de la RFSY n'étant pas étayée par le libellé de l'article IX ou les travaux préparatoires afférents — Différends devant opposer des parties contractantes et être relatifs à « l'interprétation, l'application ou l'exécution » par elles de la Convention — Différends « relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide » constituant une sous-catégorie des précédents — Travaux préparatoires démontrant que ces différends sont ceux qui mettent en jeu la responsabilité présumée d'un Etat à raison d'actes de génocide commis par des personnes et lui étant attribuables — Objet principal du différend étant de savoir si la Serbie a violé la Convention — Différend concernant la succession de la Serbie à la responsabilité de la RFSY n'étant pas un différend relatif à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la Convention par la Serbie — Compétence de la Cour au titre de l'article IX étant limitée aux actes postérieurs à la date à laquelle la Serbie est devenue partie à la Convention — Continuité factuelle et identité des acteurs du conflit armé en Croatie avant et après le 27 avril 1992 ne devant pas être confondues avec la situation en droit — Cour n'étant toutefois pas empêchée de prendre en considération les faits antérieurs au 27 avril 1992 afin de vérifier l'existence d'une ligne de conduite permettant d'inférer le dolus specialis.*

*Recevabilité de la demande — Principe établi en l'affaire de l'Or monétaire — Inapplicabilité du principe de l'Or monétaire à l'égard de l'Etat prédécesseur qui a cessé d'exister étant raisonnable lorsque la question de savoir lequel des Etats successeurs a succédé aux obligations en cause ne prête pas à controverse — Problème complexe en cas d'incertitude quant à savoir lequel des Etats successeurs assumerait, en dernière analyse, la responsabilité — Décision concernant la responsabilité de la RFSY susceptible d'avoir des répercussions pour plusieurs Etats successeurs — Pertinence de l'accord de 2001 sur les questions de succession.*

1. Bien que je souscrive aux conclusions de la Cour sur le bien-fondé de la demande formée par la Croatie et de la demande reconventionnelle présentée par la Serbie, je me sens contraint d'expliquer ma position en ce qui concerne la portée temporelle de la juridiction de la Cour et d'offrir quelques observations concernant la recevabilité de la demande.

### I. LA COMPÉTENCE RATIONE TEMPORIS DE LA COUR

2. Lors des audiences consacrées en 2008 aux exceptions préliminaires, la Serbie a maintenu sa deuxième exception, de nature subsidiaire, selon laquelle « les demandes se rapportant à des actes ou omissions antérieurs au 27 avril 1992 ne rel[evai]ent pas de la compétence de la Cour et [étaient]

*the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2008*, p. 420, para. 22). In its 2008 Judgment, the Court found that “the second preliminary objection submitted by the Republic of Serbia does not, in the circumstances of the case, possess an exclusively preliminary character” (*ibid.*, p. 466, para. 146 (4)). The Court identified “two inseparable issues” raised by Serbia’s second preliminary objection:

“The first issue is that of the Court’s jurisdiction to determine whether breaches of the Genocide Convention were committed in the light of the facts that occurred prior to the date on which the FRY came into existence as a separate State, capable of being a party in its own right to the Convention; this may be regarded as a *question of the applicability of the obligations under the Genocide Convention to the FRY* [(sic)!] *before 27 April 1992*. The second issue, that of admissibility of the claim in relation to those facts, and involving questions of attribution, concerns the consequences to be drawn with regard to *the responsibility of the FRY* for those same facts *under the general rules of State responsibility*.” (*Ibid.*, p. 460, para. 129; emphasis added.)

It went on to explain that “[i]n order to be in a position to make any findings on each of these issues, the Court will need to have more elements before it” (*ibid.*, p. 460, para. 129).

3. In my separate opinion I respectfully, and not without regret, disagreed with the majority on this point. I expressed the view

“that the question of ‘consequences to be drawn from the fact that the FRY [now Serbia] became a State and a party to the Genocide Convention on 27 April 1992’ is a legal question which should [have] be[en] decided already at [that] stage and for the answering of which there [was] no need of any further information” (*ibid.*, separate opinion of Judge Tomka, p. 521, para. 17).

I then noted that “[w]hat is conspicuous is that the Court does not even indicate what other elements it needs” (*ibid.*).

4. There is no indication in today’s Judgment as to what new elements the Court received which allowed it to rule on the issue of the temporal scope of its jurisdiction, which it found, in 2008, not to be of an exclusively preliminary character. It is not even clear how these “new elements”, if any, assisted it in resolving the remaining jurisdictional issue. Rather, the Court adopts a legal construction which it could have adopted already in 2008, although I cannot subscribe to it for the reasons given in this opinion.

5. I cannot fail to mention that what in the 2008 Judgment was for the Court “a question of the *applicability of the obligations under the Genocide Convention to the FRY before 27 April 1992*” (emphasis added, quoted above in paragraph 2 of this opinion) has now become for the

irrecevables» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2008*, p. 420, par. 22). Dans son arrêt de 2008, la Cour a conclu que «la deuxième exception préliminaire soulevée par la République de Serbie n'a[vait] pas, dans les circonstances de l'espèce, un caractère exclusivement préliminaire» (*ibid.*, p. 466, par. 146, point 4)). Elle a défini en ces termes «deux questions indissociables» que soulevait la deuxième exception préliminaire de la Serbie :

«La première est celle de savoir si la Cour a compétence pour déterminer si des violations de la convention sur le génocide ont été commises, à la lumière des faits antérieurs à la date à laquelle la RFY a commencé à exister en tant qu'Etat distinct, ayant à ce titre la capacité d'être partie à cet instrument; cela revient à se demander *si les obligations en vertu de la Convention étaient opposables à la RFY [sic!] antérieurement au 27 avril 1992*. La seconde question, qui porte sur la recevabilité de la demande concernant ces faits, et qui a trait à l'attribution, est celle des conséquences à tirer quant à *la responsabilité de la RFY à raison desdits faits en vertu des règles générales de la responsabilité de l'Etat.*» (*Ibid.*, p. 460, par. 129; les italiques sont de moi.)

Elle a expliqué ensuite que, pour pouvoir «se prononcer sur chacune de ces questions, elle devra[it] disposer de davantage d'éléments» (*ibid.*, p. 460, par. 129).

3. Ce n'est pas sans regret que, dans mon opinion individuelle, j'avais alors exprimé mon désaccord avec la majorité sur ce point :

«J'estime que la question des «conséquences à tirer du fait que la RFY n'est devenue un Etat et une partie à la convention sur le génocide que le 27 avril 1992» est une question juridique qui devrait être tranchée à ce stade de la procédure, et qu'il n'est pas nécessaire de disposer de davantage d'éléments d'information pour y répondre.» (*Ibid.*, opinion individuelle de M. le juge Tomka, p. 521, par. 17.)

J'avais ensuite ajouté que je trouvais «remarquable que la Cour n'indique même pas quels autres éléments lui [étaient] nécessaires» (*ibid.*).

4. On ne trouve dans l'arrêt prononcé aujourd'hui aucune indication des nouveaux éléments que la Cour aurait reçus et qui lui auraient permis de statuer sur la question de la portée temporelle de sa juridiction, question dont elle a dit, en 2008, qu'elle n'avait pas un caractère exclusivement préliminaire. On ne saurait même pas dire en quoi ces «nouveaux éléments», quels qu'ils soient, seraient de nature à l'aider à trancher la question principale concernant sa compétence. Au lieu de cela, elle adopte une position qu'elle aurait pu faire sienne dès 2008, mais à laquelle je ne puis souscrire pour les raisons exposées ci-après.

5. Je ne puis m'empêcher de mentionner que ce que la Cour a, en 2008, assimilé à la question de savoir «si *les obligations en vertu de la Convention étaient opposables à la RFY antérieurement au 27 avril 1992*» (les italiques sont de moi; passage précité au paragraphe 2 ci-dessus) est

Court the question of whether “the responsibility of the *SFRY* had been engaged” and, if so, “whether the *FRY* succeeded to that responsibility” (Judgment, para. 112; emphasis added). I also note that while in the 2008 Judgment the Court indicated that it would have to deal, in the context of the admissibility of the claim in relation to facts prior to 27 April 1992, with “the consequences to be drawn with regard to the responsibility of the *FRY* for those same facts under the general rules of State responsibility” (emphasis added, quoted above in paragraph 2 of this opinion), in the present Judgment the issue of whether the *FRY* is responsible is to be determined by the rules of general international law on State succession (*ibid.*, para. 115) “if the responsibility of the *SFRY* had been engaged” (*ibid.*, para. 112).

6. The Court, earlier in this case, determined that Serbia became party to the Genocide Convention as of 27 April 1992 by way of succession, as the declaration adopted on that day and the Note from the Permanent Mission of Yugoslavia to the Secretary-General of the United Nations “had the effect of a notification of succession by the *FRY* to the *SFRY* in relation to the Genocide Convention” (*I.C.J. Reports 2008*, p. 455, para. 117). It follows that it is only from this day that the *FRY* (Serbia) has been bound by the Convention as a party to it in its own name.

7. However, the Court has now concluded that it has jurisdiction to consider acts occurring prior to 27 April 1992 and alleged to amount to violations of the Genocide Convention in so far as Serbia is said to have succeeded to the responsibility of the *SFRY* for such acts (Judgment, paras. 113-114 and 117). In this respect, the Judgment draws a distinction between “Croatia’s principal argument” that Serbia is directly responsible for allegedly genocidal acts occurring prior to 27 April 1992 on the basis that they are attributable to it, and its “alternative argument” that Serbia’s responsibility arises as a result of succession to the *SFRY*’s responsibility (*ibid.*, para. 114). The Judgment rightly concludes that the *FRY* (and thus Serbia) was not bound by the Convention prior to 27 April 1992 and that, even if acts that occurred prior to this date were attributable to it, they cannot have amounted to a breach of the Convention by that State (*ibid.*, para. 105). The Court cannot therefore have jurisdiction over Croatia’s claim in so far as it is based on the “principal argument” that the relevant acts occurring prior to that date are attributable to Serbia. It is only on the basis of Croatia’s “alternative argument” that Serbia’s responsibility results from succession to the responsibility of the *SFRY* that the Court concludes that its jurisdiction extends to acts prior to 27 April 1992.

8. For such conclusion, however, in my view, there is no support in either the text of Article IX or its *travaux préparatoires*. The issue before us is the interpretation of the compromissory clause which is contained in Article IX of the Genocide Convention. That provision reads as follows:

“Disputes between the Contracting Parties relating to the interpre-

maintenant devenu à ses yeux celle de savoir si «la responsabilité de la RFSY [a] été engagée» et, dans l'affirmative, «si la RFY a succédé à cette responsabilité» (arrêt, par. 112; les italiques sont de moi). Je remarque en outre que, si elle a indiqué dans son arrêt de 2008 qu'il lui faudrait aborder, dans le contexte de la recevabilité de la demande en ce qu'elle reposait sur des faits antérieurs au 27 avril 1992, la question des «conséquences à tirer quant à la responsabilité de la RFY à raison desdits faits en vertu des règles générales de la responsabilité de l'Etat» (les italiques sont de moi; passage précité au paragraphe 2 ci-dessus), dans le présent arrêt, elle entend statuer sur la question de la responsabilité de la RFY en s'appuyant sur les règles du droit international général en matière de succession d'Etats (*ibid.*, par. 115), «à supposer que la responsabilité de la RFSY ait été engagée» (*ibid.*, par. 112).

6. Plus tôt au cours de la présente affaire, la Cour est parvenue à la conclusion que la Serbie était devenue partie à la Convention sur le génocide le 27 avril 1992 par voie de succession, la déclaration faite le jour même et la note adressée par la mission permanente de la Yougoslavie au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies ayant «eu l'effet d'une notification de succession de la RFY à la RFSY à l'égard de la convention sur le génocide» (*C.I.J. Recueil 2008*, p. 455, par. 117). Il s'ensuit que ce n'est qu'à partir de cette date que la RFY (la Serbie) s'est trouvée, en son nom propre, liée par la Convention en tant que partie.

7. Pourtant, la Cour vient de conclure qu'elle a compétence pour connaître des actes antérieurs au 27 avril 1992 et censés constituer des violations de la convention sur le génocide, dans la mesure où la Serbie aurait succédé à la responsabilité de la RSFY pour ces actes (arrêt, par. 113-114 et 117). Sur ce point, l'arrêt établit une distinction entre le «moyen principal» de la Croatie, selon lequel la Serbie serait directement responsable des actes génocidaires supposés commis avant le 27 avril 1992 parce qu'ils lui sont attribuables, et son moyen subsidiaire voulant que la responsabilité de la Serbie résulte de sa succession à celle de la RFSY (*ibid.*, par. 114). L'arrêt conclut à bon droit que la RFY (et partant la Serbie) n'était pas liée par la Convention avant le 27 avril 1992 et que, même si des actes antérieurs à cette date pouvaient lui être attribués, ils ne sauraient être considérés comme emportant violation par elle de la Convention (*ibid.*, par. 105). La demande de la Croatie, dans la mesure où elle est fondée sur le «moyen principal» voulant que les actes antérieurs à cette date soient attribuables à la Serbie, échappe donc à la compétence de la Cour. C'est seulement sur la base du «moyen subsidiaire» de la Croatie, selon lequel la responsabilité de la Serbie résulte de sa succession à celle de la RFSY, que la Cour en vient à la conclusion que sa compétence s'étend aux actes antérieurs au 27 avril 1992.

8. A mon avis, toutefois, rien dans l'article IX ou les travaux préparatoires afférents ne vient étayer pareille conclusion. La question dont la Cour est saisie est celle de l'interprétation de la clause compromissaire que contient l'article IX de la convention sur le génocide, dont voici le libellé :

«Les différends entre les Parties contractantes relatifs à l'interpré-

tation, application or fulfilment of the present Convention, including those relating to the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in Article III, shall be submitted to the International Court of Justice at the request of any of the parties to the dispute.”

9. It is evident from the text of Article IX that the relevant dispute must be between the Contracting Parties<sup>1</sup>. Critically, the dispute must be about “the interpretation, application or fulfilment” of the Convention by *those* Contracting Parties<sup>2</sup>. It is more than doubtful that a compromissory clause such as Article IX would give the Court jurisdiction to determine a dispute between two Contracting Parties that is solely about the interpretation, application or fulfilment of the Convention by *another* State. It would completely undermine the logic behind such clauses — by virtue of which States give consent for *their* conduct to be adjudicated upon by a judicial tribunal — if the dispute were to relate to the interpretation, application or fulfilment of a given instrument by a third State.

10. The presence of the words “including those [disputes] relating to the responsibility of a State for genocide” does not alter this important conclusion. The word “including” makes it apparent that disputes “relating to the responsibility of a State for genocide” are a subset of those relating to “the interpretation, application or fulfilment” of the Convention. As the Court put it in the Bosnian *Genocide* case:

“The word ‘including’ tends to confirm that disputes relating to the responsibility of Contracting Parties for genocide, and the other acts enumerated in Article III to which it refers, are comprised within a broader group of disputes relating to the interpretation, application or fulfilment of the Convention.” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (I), p. 114, para. 169.)

One commentator similarly notes that “[t]he use of the verb ‘to include’ suggests that the scope of jurisdiction *ratione materiae* is not widened by the insertion of that particular provision”<sup>3</sup>.

11. The *travaux préparatoires* reveal that, as a result of the insertion of the words “including those [disputes] relating to the responsibility of a State for genocide” (in French: “y compris [les différends] relatifs à la

<sup>1</sup> See *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, separate opinion of Judge Tomka, p. 519, para. 12.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Robert Kolb, “The Scope *Ratione Materiae* of the Compulsory Jurisdiction of the ICJ” in Paola Gaeta (ed.), *The UN Genocide Convention — A Commentary*, Oxford University Press, 2009, p. 468.



tation, l'application ou l'exécution de la présente Convention, y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un Etat 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.»

9. Le texte de cette disposition dit bien clairement que le différend en question doit opposer des Parties contractantes<sup>1</sup>. Chose essentielle, le différend doit être relatif «à l'interprétation, l'application ou l'exécution» de la Convention par *ces mêmes* parties contractantes<sup>2</sup>. Il est pour le moins douteux qu'une clause compromissoire telle que l'article IX puisse habiliter la Cour à connaître d'un différend opposant deux parties contractantes, mais concernant exclusivement l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente Convention par un *autre* Etat. La logique qui sous-tend ce type de clause, par laquelle les Etats consentent à *se* soumettre au jugement d'une juridiction, serait battue en brèche si le différend pouvait se rapporter à l'interprétation, l'application ou l'exécution de tel ou tel texte par un Etat tiers.

10. La présence des mots «y compris [les différends] relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide» ne change rien à cette conclusion primordiale. La locution «y compris» indique que les différends «relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide» font partie de ceux qui sont «relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution» de la Convention. Voici ce que la Cour a dit dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro* :

«L'expression «y compris» semble confirmer que les différends relatifs à la responsabilité des parties contractantes pour génocide ou tout autre acte énuméré à l'article III s'inscrivent dans un ensemble plus large de différends relatifs à l'interprétation, à l'application ou à l'exécution de la Convention.» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 114, par. 169.)

De même, un auteur a fait observer que «l'emploi de la locution «y compris» indique que cette mention n'a pas pour effet d'élargir la compétence *ratione materiae*»<sup>3</sup>.

11. Les travaux préparatoires révèlent que, du fait de l'adjonction de la mention «y compris [les différends] relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide» (en anglais: «*including those [disputes] relating to*

<sup>1</sup> Voir *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, opinion individuelle de M. le juge Tomka, p. 519, par. 12.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Robert Kolb, «The Scope *Ratione Materiae* of the Compulsory Jurisdiction of the ICJ», dans Paola Gaeta (dir. publ.), *The UN Genocide Convention — A Commentary*, Oxford University Press, 2009, p. 468.



responsabilité d'un Etat en matière de génocide”), the Court’s jurisdiction “includes [its] power . . . to determine international ‘responsibility of a State for genocide’ *on the basis of attribution to the State of the criminal act of genocide perpetrated by a person*” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2007 (I)*, separate opinion of Judge Tomka, p. 345, para. 61; emphasis added).

12. As I have noted previously, the text of Article IX, as it refers to “responsibility of a State for genocide”, lends itself — *prima vista* — to at least three possible readings<sup>4</sup>.

13. The first one, that the provision can be understood as simply providing for the Court’s jurisdiction to determine the responsibility of a State for breach of the obligations under the Convention, is too restrictive and difficult to retain in view of the principle of effectiveness in treaty interpretation. It would only state *expressis verbis* what is otherwise implied in every compromissory clause providing for the jurisdiction of the Court to adjudicate disputes regarding the application of a convention. As the Permanent Court of International Justice stated:

“It is a principle of international law that the breach of an engagement involves an obligation to make reparation in an adequate form. Reparation therefore is the indispensable complement of a failure to apply a convention and there is no necessity for this to be stated in the convention itself. Differences relating to reparations, which may be due by reason of failure to apply a convention, are consequently differences relating to its application.” (*Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9, p. 21.*)

In the words of this Court,

“it would be superfluous to add [the phrase ‘the responsibility of a State for genocide’ into the compromissory clause] unless the Parties had something else in mind . . . It would indeed be incompatible with the generally accepted rules of interpretation to admit that a provision of this sort occurring in [a convention] should be devoid of purport or effect.” (*Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 24.)

14. The second possible reading, namely that the Court has jurisdiction to determine that a State has committed the crime of genocide, would imply the criminal responsibility of States in international law, a concept

<sup>4</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2007 (I)*, separate opinion of Judge Tomka, p. 339, para. 53. I have already made, in more detail, the points that follow here in that separate opinion (pp. 339-340, paras. 54-56).

*the responsibility of a State for genocide*»), la juridiction de la Cour comporte «le pouvoir d'établir la «responsabilité [internationale] d'un Etat en matière de génocide» sur la base de l'attribution à cet Etat de l'acte criminel de génocide perpétré par un individu» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), opinion individuelle de M. le juge Tomka, p. 344-345, par. 61 ; les italiques sont de moi).

12. Comme je l'ai fait remarquer précédemment, le texte de l'article IX, lorsqu'il fait référence à la «responsabilité d'un Etat en matière de génocide», se prête, à première vue, à trois interprétations différentes au moins<sup>4</sup>.

13. La première, selon laquelle cette disposition ne ferait qu'habiliter la Cour à rechercher la responsabilité de l'Etat en cause pour violation des obligations que lui impose la Convention, est trop restrictive et pourrait difficilement être retenue au regard du principe de l'effet utile dans l'interprétation des traités, car elle ne ferait alors que déclarer *expressis verbis* ce que prévoit implicitement toute clause compromissaire donnant compétence à la Cour pour connaître des différends concernant l'application de la convention où elle figure. La Cour permanente de Justice internationale s'est exprimée ainsi à ce sujet :

«C'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate. La réparation est donc le complément indispensable d'un manquement à l'application d'une convention, sans qu'il soit nécessaire que cela soit inscrit dans la convention même. Les divergences relatives à des réparations, éventuellement dues pour manquement à l'application d'une convention, sont, partant, des divergences relatives à l'application.» (*Usine de Chorzów, compétence, arrêt n° 8, 1927, C.P.J.I. série A n° 9, p. 21.*)

Pour sa part, la Cour de céans a dit qu'il

«aurait été superflu d'ajouter [la mention de «la responsabilité d'un Etat en matière de génocide» à la clause compromissaire], à moins que dans l'esprit des Parties ce point visât quelque chose de plus ... Il serait en effet contraire aux règles d'interprétation généralement reconnues de considérer qu'une disposition de ce genre, insérée dans [une convention], soit une disposition sans portée et sans effet.» (*Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 24.)

14. La deuxième interprétation possible, selon laquelle la Cour aurait compétence pour déclarer qu'un Etat a commis le crime de génocide, repose sur la notion de responsabilité pénale des Etats, notion qui n'a pas

<sup>4</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), opinion individuelle de M. le juge Tomka, p. 339, par. 53 ; j'ai exposé de façon plus détaillée dans le texte de cette opinion individuelle (p. 339-340, par. 54-56) les observations qui suivent.

which has not been accepted in international law, but was rather opposed by a great number of States and was not retained by the International Law Commission when it finalized and adopted, in 2001, the text of the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.

15. The third reading of the clause, according to which the Court can determine the responsibility of a State on the basis of the attribution to that State of acts constituting the crime of genocide committed by its perpetrators, is then most plausible. This is so not only in view of the text of the clause, in particular having regard to the French text which speaks of “responsabilité d’un Etat en matière de génocide”, and not “pour le génocide”, but also the *travaux préparatoires*, which reflect a sometimes confusing debate in the Sixth Committee in 1948 when the text of the Convention was finalized.

16. The *travaux préparatoires* are discussed in detail in my previous separate opinion<sup>5</sup>. It is, however, worth highlighting that the United Kingdom had suggested an amendment to draft Article VII (the current Article VI) that provided that:

“Where the act of genocide as specified by Articles II and IV is, or is alleged to be *the act of the State or Government itself or of any organ or authority of the State or Government*, the matter shall, at the request of any other party to the present Convention, be referred to the International Court of Justice, whose decision shall be final and binding. Any acts or measures found by the Court to constitute acts of genocide shall be immediately discontinued or rescinded and if already suspended shall not be resumed or reimposed.”<sup>6</sup>

17. The amendment was later withdrawn in favour of a joint amendment with Belgium to Article X (the current Article IX)<sup>7</sup>, which provided for disputes “between the High Contracting Parties relating to the interpretation, application or fulfilment of the present Convention, including disputes relating to the responsibility of a State for any of the acts enumerated in Articles II and IV” to be submitted to the International Court of Jus-

<sup>5</sup> *I.C.J. Reports 2007 (I)*, separate opinion of Judge Tomka, pp. 332-345, paras. 40-61, in particular paragraphs 50-59 devoted to Article IX of the Genocide Convention.

<sup>6</sup> See United Nations doc. A/C.6/236 and Corr. 1, reproduced in Hiram Abtahi and Philippa Webb, *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires*, Brill, 2008, Vol. II, p. 1986; emphasis added; also *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2007 (I)*, separate opinion of Judge Tomka, p. 337, para. 49.

<sup>7</sup> See United Nations doc. A/C.6/SR.100, reproduced in Hiram Abtahi and Philippa Webb, *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires*, supra note 6, p. 1714; also *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2007 (I)*, separate opinion of Judge Tomka, p. 337, para. 49.

été acceptée en droit international, ayant suscité l'opposition d'un grand nombre d'Etats, et que la Commission du droit international a écartée lorsqu'elle a mis au point et adopté en 2001 son projet d'Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite.

15. La troisième interprétation de cette clause, d'après laquelle la Cour pourrait conclure à la responsabilité d'un Etat par attribution à celui-ci des actes constitutifs de génocide commis par les auteurs matériels, devient ainsi la plus plausible, au regard non seulement du libellé de la clause elle-même, surtout compte tenu de la version française, où il est question de la « responsabilité d'un Etat en matière de génocide », et non « pour le génocide », mais aussi des travaux préparatoires, qui font état du débat parfois déroutant qui, au sein de la Sixième Commission, a entouré en 1948 la mise au point du texte de la Convention.

16. J'ai examiné les travaux préparatoires de manière approfondie dans mon opinion individuelle précédente<sup>5</sup>. Il convient néanmoins de rappeler que le Royaume-Uni avait proposé un amendement au texte de l'article VII (devenu l'article VI), dont voici la teneur :

« Lorsque l'un des actes de génocide spécifiés aux articles II et IV sera *le fait de l'Etat ou du gouvernement lui-même ou d'un organe ou autorité quelconque de l'Etat ou du gouvernement*, ou qu'il sera présenté comme tel, l'affaire, à la demande de toute autre partie à la présente Convention, sera soumise à la Cour internationale de Justice, dont la décision sera définitive et obligatoire. Tous actes, toutes mesures dont la Cour jugera qu'ils constituent des actes de génocide seront respectivement interrompus ou annulés immédiatement; si leur exécution a déjà été suspendue, ces actes ne seront pas repris ni ces mesures imposées à nouveau. »<sup>6</sup>

17. Cet amendement a par la suite été retiré au profit d'un autre, présenté conjointement avec la Belgique et visant l'article X (devenu l'article IX)<sup>7</sup>, aux termes duquel « [t]out différend entre les Hautes Parties contractantes relatif à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente Convention, y compris les différends relatifs à la responsabilité d'un Etat dans les actes énumérés aux articles II et IV », devait être porté

<sup>5</sup> C.I.J. Recueil 2007 (I), opinion individuelle de M. le juge Tomka, p. 332-345, par. 40-61, en particulier les paragraphes 50-59, qui sont consacrés à l'article IX de la convention sur le génocide.

<sup>6</sup> Voir Nations Unies, doc. A/C.6/236 et Corr. 1, reproduit dans Hiram Abtahi et Philippa Webb, *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires*, Brill, 2008, vol. II, p. 1986 (les italiques sont de moi); voir aussi *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), opinion individuelle de M. le juge Tomka, p. 337, par. 49.

<sup>7</sup> Voir Nations Unies, doc. A/C.6/SR.100, reproduit dans Hiram Abtahi et Philippa Webb, *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires*, supra note 6, p. 1714; voir aussi *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), opinion individuelle de M. le juge Tomka, p. 337, par. 49.

tice<sup>8</sup>. The United Kingdom representative recalled that this new amendment “represented an attempt to combine the provisions of Article X as it stood with the essential features of the Belgian and United Kingdom amendments to Article VII, namely, the responsibility of States and an international court empowered to try them”<sup>9</sup>. Moreover, he outlined that he “had been impressed by the fact that all speakers had recognized that the responsibility of the State was almost always involved in all acts of genocide; the Committee, therefore, could not reject a text mentioning the responsibility of the State”<sup>10</sup>. Finally, he noted that “the responsibility envisaged by the joint Belgian and United Kingdom amendment was the international responsibility of States following a violation of the convention. That was civil responsibility, not criminal responsibility”<sup>11</sup>.

18. It seems apparent that, while States were concerned by the prospect of the State being held *criminally* responsible<sup>12</sup>, the intent behind Article IX was to allow disputes relating to violations by States of *their* obligations under the Convention<sup>13</sup> — committed through the acts of persons whose conduct was attributable to them — to be brought before the Court. Article IX, read as a whole and in the context of other provisions of the Convention, does not provide solid support for the Court’s willingness to embark on an inquiry into Serbia’s alleged responsibility by way of succession through just observing that Article IX “contains no limitation regarding the manner in which [a State’s] responsibility might be engaged” (Judgment, para. 114). The *travaux préparatoires* point in a different direction: no one during the discussion leading to the adoption of the Convention ever mentioned the issue of succession. The intent was rather to allow the Court to consider disputes involving an allegation that the State is to be held responsible for genocide because the acts of its perpetrators are attributable to

<sup>8</sup> See United Nations doc. A/C.6/258, reproduced in Hiram Abtahi and Philippa Webb, *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires*, *supra* note 6, p. 2004; also *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (I), separate opinion of Judge Tomka, p. 340, para. 57.

<sup>9</sup> United Nations doc. A/C.6/SR103, reproduced in Hiram Abtahi and Philippa Webb, *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires*, *supra* note 6, p. 1762 (Fitzmaurice).

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> See *ibid.*, p. 1774; also *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (I), separate opinion of Judge Tomka, p. 341, para. 58.

<sup>12</sup> See, e.g., Christian J. Tams, “Article IX” in Christian J. Tams, Lars Berster and Björn Schiffbauer (eds.), *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Commentary*, Munich, C. H. Beck, 2014, p. 299.

<sup>13</sup> See also *ibid.*, pp. 299-300 (“there was little disagreement that, by virtue of Article IX, it would be possible to seek an ICJ judgment on whether States had complied with provisions of the Convention prohibiting acts of genocide”).

devant la Cour internationale de Justice<sup>8</sup>. Le représentant du Royaume-Uni avait alors rappelé que ce nouvel amendement «représentait une tentative pour combiner les dispositions de l'article X actuel avec les éléments essentiels des amendements du Royaume-Uni et de la Belgique à l'article VII, à savoir la responsabilité des Etats et une juridiction internationale pour les juger»<sup>9</sup>. Il avait par ailleurs ajouté qu'il avait «été frappé par le fait que tous les orateurs [avaient] admis que la responsabilité de l'Etat [était] presque toujours engagée dans tous les actes de génocide [et que] la Commission ne [pouvait] donc pas rejeter un texte mentionnant la responsabilité de l'Etat»<sup>10</sup>. Enfin, il avait fait remarquer que «la responsabilité envisagée dans l'amendement commun de la Belgique et du Royaume-Uni [était] la responsabilité internationale des Etats à la suite d'une violation de la convention», précisant qu'il s'agissait là «d'une responsabilité civile et non pas d'une responsabilité pénale»<sup>11</sup>.

18. Il semble évident que, si les Etats étaient inquiets à l'idée de pouvoir être déclarés *pénalement* responsables<sup>12</sup>, l'intention sous-tendant l'article IX était de permettre que les différends se rapportant à la violation par un Etat de *ses* obligations au titre de la Convention<sup>13</sup> — à raison des agissements de personnes dont la conduite pouvait lui être attribuée — puissent être portés devant la Cour. Pris dans son intégralité et dans le contexte des autres dispositions de la Convention, l'article IX constitue une base trop précaire pour permettre à la Cour de se lancer, en se contentant de faire observer que l'article IX «ne contient aucune limitation s'agissant de la manière dont [la] responsabilité est susceptible d'être engagée» (arrêt, par. 114), dans l'examen de la responsabilité qui aurait été dévolue par succession à la Serbie. Les travaux préparatoires ne vont pas dans ce sens : jamais la question de la succession n'a été soulevée par qui que ce soit au cours des discussions ayant mené à l'adoption de la Convention. L'intention était plutôt de permettre que la Cour puisse être saisie de tout différend dans le cadre duquel il serait allégué qu'un Etat est respon-

<sup>8</sup> Voir Nations Unies, doc. A/C.6/258, reproduit dans Hiram Abtahi et Philippa Webb, *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires*, *supra* note 6, p. 2004; voir aussi *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), opinion individuelle de M. le juge Tomka, p. 340, par. 57.

<sup>9</sup> Voir Nations Unies, doc. A/C.6/S R103, reproduit dans Hiram Abtahi et Philippa Webb, *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires*, *supra* note 6, p. 1762 (Fitzmaurice).

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> Voir *ibid.*, p. 1774; voir aussi *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), opinion individuelle de M. le juge Tomka, p. 341, par. 58.

<sup>12</sup> Voir, par exemple, Christian J. Tams, «Article IX», dans Christian J. Tams, Lars Berster et Björn Schiffbauer (dir. publ.), *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Commentary*, Munich, C. H. Beck, 2014, p. 299.

<sup>13</sup> Voir aussi *ibid.*, p. 299-300 : «il a été généralement admis que, grâce à l'article IX, il serait possible d'obtenir de la CIJ un arrêt sur l'observation par les Etats des dispositions de la Convention prohibant les actes de génocide».

the State, thus amounting to breaches of the Convention by the State itself.

19. This was the understanding of the Court in the Bosnian *Genocide* case, where it noted that:

“The responsibility of a party for genocide and the other acts enumerated in Article III arises from *its failure to comply with the obligations imposed by the other provisions of the Convention*, and in particular, in the present context, with Article III read with Articles I and II.” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (I), p. 114, para. 169; emphasis added.)

20. This is also the understanding of Article IX that is reflected in the Court’s 2008 Judgment on preliminary objections, referred to above, in which it focused on the outstanding issues as relating to whether Serbia’s responsibility for violations of the obligations under the Convention could have been engaged by acts attributable to it and committed prior to 27 April 1992. Indeed, this is the understanding of the Convention that is reflected in Croatia’s claims submitted to the Court, namely that Serbia *itself* breached the Convention. Thus, in its initial Application, Croatia claimed “that the Federal Republic of Yugoslavia has breached *its legal obligations* toward the people and Republic of Croatia” under various provisions of the Convention (Judgment, para. 49; emphasis added). In its final submissions in the written pleadings, it likewise claimed that the Respondent “is responsible for violations of the Convention . . . (a) in that persons *for whose conduct it is responsible* committed genocide on the territory of the Republic of Croatia” (*ibid.*, para. 50; emphasis added). This submission was maintained in Croatia’s final submissions presented at the close of the hearings (*ibid.*, para. 51). This is in my view the subject-matter of the dispute before the Court.

21. The fact that the focus of questions as to the responsibility of a State for genocide is on responsibility arising from breach of the Convention by that State also tends to confirm the point made above, that disputes relating to the “interpretation, application or fulfilment” of the Convention — of which disputes relating to State responsibility for genocide are a type — are disputes about the interpretation, application or fulfilment of the Convention *by those parties in dispute*. Thus, any dispute between contracting parties relating to State responsibility for genocide must arise from the alleged failure of one of those parties to properly interpret, apply or fulfil that Convention.

22. The Judgment attempts to skirt around the fact that Article IX only gives jurisdiction over disputes concerning the “interpretation, appli-



sable de génocide parce que les actes des auteurs matériels lui sont attribuables et emportent violation de la Convention par cet Etat lui-même.

19. Telle était la position de la Cour en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, où elle a fait observer ce qui suit :

«La responsabilité d'une partie pour génocide ou tout autre acte énuméré à l'article III naît de *son manquement aux obligations que lui imposent les autres dispositions de la Convention*, et notamment, dans le présent contexte, l'article III, lu conjointement avec les articles premier et II.» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 114, par. 169; les italiques sont de moi.)

20. C'est aussi cette interprétation de l'article IX que reflète l'arrêt rendu par la Cour en 2008 sur les exceptions préliminaires, auquel il a été fait référence plus haut et dans lequel elle a abordé les questions en litige dans la perspective de la responsabilité pouvant être imputée à la Serbie pour violation des obligations découlant de la Convention à raison d'actes qui lui seraient attribuables et qui auraient été commis avant le 27 avril 1992. Et de fait, telle est l'interprétation de la Convention qui sous-tend la demande dont la Croatie a saisi la Cour, à savoir que la Serbie aurait *elle-même* violé la Convention. Ainsi, dans sa requête introductive d'instance, la Croatie alléguait «que la République fédérale de Yougoslavie a[va]it violé *les obligations juridiques qui sont les siennes vis-à-vis de la population et de la République de Croatie*», renvoyant à cet égard à diverses dispositions de la Convention (arrêt, par. 49; les italiques sont de moi). Dans les conclusions finales qui figuraient dans ses écritures, elle soutenait de même que la partie défenderesse est «responsable de violations de la [C]onvention ... a) en ce que des personnes *de la conduite desquelles elle est responsable* ont commis un génocide sur le territoire de la République de Croatie» (*ibid.*, par. 50; les italiques sont de moi). Ce chef de conclusions a été repris dans les conclusions finales présentées à l'issue de la procédure orale (*ibid.*, par. 51). Voilà ce qui constitue, à mon sens, l'objet du différend porté devant la Cour.

21. Le fait que la question de la responsabilité de l'Etat pour génocide soit envisagée du point de vue de la violation par cet Etat de la Convention tend aussi à étayer l'hypothèse posée ci-dessus, à savoir que les différends relatifs à «l'interprétation, l'application ou l'exécution» de la Convention — dont font partie ceux relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide — sont ceux qui mettent en cause l'interprétation, l'application ou l'exécution de la Convention *par les parties au différend*. Par conséquent, tout différend opposant des parties contractantes et mettant en jeu la responsabilité de l'Etat pour génocide doit se rapporter aux manquements de l'une ou l'autre quant à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la Convention.

22. L'arrêt tend à contourner le fait que l'article IX n'est attributif de compétence qu'à l'égard du différend opposant des parties contrac-

ation and fulfilment” of the Convention *by the contracting parties in dispute*. It acknowledges that the dispute in question in this case is between Croatia and Serbia but indicates that it appears “to fall squarely within the terms of Article IX” because “the essential subject-matter of the dispute is whether Serbia is responsible for violations of the Genocide Convention and, if so, whether Croatia may invoke that responsibility” (Judgment, para. 90).

23. In the first place, it is doubtful whether this accurately reflects the “essential subject-matter of the dispute”. As has already been outlined, Croatia has never put forward a formal claim in its final submissions that Serbia’s responsibility arose because it succeeded to the responsibility of the SFRY, with the relevant acts being attributable to the latter and amounting to a violation of the SFRY’s obligations under the Convention. It is true that, rather late in the proceedings, Croatia put this forward as an *argument* (as indeed the Judgment acknowledges: see para. 109; emphasis added), in order to address the jurisdictional point, but this cannot change the dispute’s essential characteristics, which relate to whether Serbia *breached* the Convention because the relevant acts alleged to amount to genocide are attributable to it.

24. But even if the “essential subject-matter of the dispute” were accurately characterized in the Judgment, the fact that Croatia has put Serbia’s succession to responsibility in issue does not make that dispute, at least in so far as it relates to events prior to 27 April 1992, one about the “interpretation, application or fulfilment” of the Convention *by Serbia*<sup>14</sup>. In this respect, the Judgment sets out three issues that are, on Croatia’s “alternative argument”, in dispute (Judgment, para. 112). It suggests that these issues “concern the interpretation, application and fulfilment of the provisions of the Genocide Convention” (*ibid.*, para. 113). However, the first two issues relate to the application and fulfilment of the Genocide Convention *by the SFRY*, not the FRY, and the former’s responsibility for alleged genocide. The third issue — whether the FRY (Serbia) succeeded to the SFRY’s responsibility — cannot be characterized as a dispute relating to the “interpretation, application or fulfilment” of the Convention, nor as one “relating to the responsibility of a State for genocide” once the meaning of the latter phrase has been properly understood. This is because it does not relate to Serbia’s obligations under the Convention and its failure to properly interpret, apply or fulfil them. I am not convinced that the compromissory clause in Article IX extends to questions of State succession to responsibility. The legal term “responsibility” does not include the concept of “succession”. As the Court stated in the *Navigational Rights* case “the terms used in a treaty must be interpreted in light of what is determined to have been the parties’ common intention, which is, by definition, contemporaneous with the treaty’s conclusion”

<sup>14</sup> See *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*, separate opinion of Judge Tomka, p. 520, para. 13.

tantes relativement à «l'interprétation, l'application ou l'exécution» de la Convention par *ces mêmes parties contractantes*. Il reconnaît que le différend en l'espèce met en présence la Croatie et la Serbie, pour ensuite déclarer qu'il «paraît relever sans conteste de l'article IX», puisque «l'objet principal du différend réside dans la question de savoir si la Serbie est responsable de violations de la convention sur le génocide et, dans l'affirmative, si la Croatie peut invoquer cette responsabilité» (arrêt, par. 90).

23. Pour commencer, il est douteux que l'on puisse définir ainsi «l'objet principal du différend». Comme il a déjà été exposé, la Croatie n'a jamais avancé, dans ses conclusions finales, que la responsabilité de la Serbie était engagée par voie de succession à celle de la RFSY, à raison d'actes qui seraient attribuables à cette dernière et emporteraient violation par elle des obligations lui incombant au titre de la Convention. Certes, la Croatie a bien, à une étape assez tardive de la procédure, soulevé cet *argument* (ainsi que l'arrêt le reconnaît : voir par. 109 ; les italiques sont de moi) dans le contexte de la question de la compétence, mais cela ne change rien aux caractéristiques essentielles du différend, qui se rapportent au point de savoir si la Serbie a violé la Convention parce que des actes supposés constitutifs de génocide lui sont imputables.

24. Mais, même à supposer que «l'objet principal du différend» ait été correctement défini dans l'arrêt et que la Croatie ait bel et bien soulevé la question de la dévolution de la responsabilité à la Serbie par succession, ce différend ne relève pas pour autant, du moins en ce qui concerne les faits antérieurs au 27 avril 1992, de «l'interprétation, l'application ou l'exécution» de la Convention *par la Serbie*<sup>14</sup>. Sur ce point, l'arrêt définit trois questions soulevées par le «moyen subsidiaire» de la Croatie (arrêt, par. 112), ajoutant qu'elles «concernent l'interprétation, l'application et l'exécution des dispositions de la convention sur le génocide» (*ibid.*, par. 113). Or les deux premières se rapportent à l'application et l'exécution de la Convention *par la RFSY*, et non la RFY, et à la responsabilité de la première au regard des allégations de génocide. Quant à la troisième question — celle de savoir si la RFY (la Serbie) a succédé à la responsabilité de la RFSY —, elle ne saurait être considérée comme un différend relatif à «l'interprétation, l'application ou l'exécution» de la Convention ou encore à «la responsabilité d'un Etat en matière de génocide», pour peu que cette dernière expression soit interprétée correctement. La raison en est qu'elle n'a rien à voir avec les obligations incombant à la Serbie au titre de la Convention ou les manquements qui pourraient lui être reprochés quant à l'interprétation, l'application ou l'exécution de ces obligations. Je ne suis pas convaincu que la clause compromissoire de l'article IX s'étende aux questions concernant la succession d'Etats en matière de responsabilité. Le terme de droit «responsabilité» n'évoque pas implicitement la notion de «succession». Ainsi que la Cour l'a dit dans l'affaire du *Différend relatif à*

<sup>14</sup> Voir *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, opinion individuelle de M. le juge Tomka, p. 520, par. 13.

(*Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2009*, p. 242, para. 63). The term “responsibility”, as it appears from the discussions in 1948, was certainly not given by the Convention’s drafters the meaning which the Court seems to be inclined to give it now for the particular purposes of this case. Nor can recourse to evolutive interpretation of the terms used in the Convention be of assistance as the term and concept “responsibility” is also at present a distinct one from the term and concept “succession” in international law. Matters relating to “succession to responsibility” are therefore beyond the jurisdiction *ratione materiae* provided for in Article IX of the Convention. Similarly, the second issue, as identified by the Court, namely, “whether [the acts contrary to the provisions of the Convention] were attributable to and thus engaged the responsibility of the SFRY [(sic)!]” cannot fall “squarely within the scope *ratione materiae* of the jurisdiction provided for in Article IX” (Judgment, para. 113) because it is not a dispute “between the Contracting Parties” relating to *their* “interpretation, application or fulfilment” of the Convention. The allegation is that the SFRY breached the Convention, and that claim could only have been brought, pursuant to Article IX of the Convention, against the SFRY itself.

25. Having consistently denied the continuity between the legal personality of the SFRY and Serbia, Croatia must bear the consequences of its legal position on this issue<sup>15</sup>. It is accepted that Serbia did not become a party to the Convention until 27 April 1992 and any dispute about acts said to have occurred before that date cannot therefore be about the interpretation, application or fulfilment of that Convention by Serbia which has appeared before the Court as the Respondent. It did not have obligations under the Convention as a party to it prior to 27 April 1992. In my view, therefore, only acts, events and facts which occurred on the dates subsequent to Serbia’s becoming party to the Convention fall within the jurisdiction of the Court under Article IX of the Genocide Convention.

26. This conclusion, however, does not prevent the Court from considering acts which occurred prior to 27 April 1992 without formally ruling on their conformity with the obligations which were, from the point of view of international law, the obligations of the SFRY. The obligations of the SFRY under the Convention could have been breached by any of its organs, irrespective of their place in the constitutional structure of the SFRY, or any person whose acts were attributable to that State. There was undoubtedly a certain factual continuation and identity between those who were actors in the period of armed conflict which raged in Croatia both before and after

<sup>15</sup> See also *I.C.J. Reports 2008*, separate opinion of Judge Tomka, p. 522, para. 18.

*des droits de navigation*, «les termes employés dans un traité doivent être interprétés sur la base d'une recherche de la commune intention des parties, laquelle est, par définition, contemporaine de la conclusion du traité» (*Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 242, par. 63). Il ressort des débats qui ont eu lieu en 1948 que les rédacteurs de la Convention n'entendaient certainement pas donner au terme «responsabilité» le sens que la Cour tend à présent à lui attribuer dans le contexte particulier de la présente affaire. La théorie de l'interprétation évolutive des termes utilisés dans la Convention n'est ici d'aucun secours, puisque la notion de «responsabilité» reste de nos jours distincte de celle de «succession» en droit international. Les questions se rapportant à la «succession à la responsabilité» débordent donc la compétence *ratione materiae* que prévoit l'article IX de la Convention. De même, la deuxième question définie par la Cour, soit celle de savoir «si ces actes contreven[ant] aux dispositions de la Convention ... étaient attribuables à la RFSY [*sic!*] et ont donc engagé sa responsabilité», ne saurait donc être considérée comme «entr[ant] sans contredit dans le champ de la compétence *ratione materiae* prévue à l'article IX» (arrêt, par. 113), parce qu'il ne s'agit pas d'un différend «entre les Parties contractantes» qui serait relatif à «l'interprétation, l'application ou l'exécution» *par elles* de la Convention. Ce qui est allégué, c'est que la RFSY a contrevenu à la Convention; or cette allégation ne pouvait, sur le fondement de l'article IX, être dirigée que contre la RFSY elle-même.

25. Après avoir systématiquement nié la continuation de la personnalité juridique de la RFSY par la Serbie, la Croatie doit à présent assumer les conséquences de la position qu'elle a adoptée en droit sur cette question<sup>15</sup>. Il est établi que la Serbie n'est devenue partie à la Convention que le 27 avril 1992 et que le différend concernant des actes supposés commis avant cette date ne saurait être considéré comme relatif à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la Convention par le défendeur ayant comparu devant la Cour, c'est-à-dire la Serbie, qui, avant le 27 avril 1992, n'assumait aucune des obligations que la Convention impose aux Etats parties. Par conséquent, seuls les actes, événements et faits qui sont postérieurs à la date à laquelle la Serbie est devenue partie à la convention sur le génocide relèvent, selon moi, de la compétence de la Cour au titre de l'article IX.

26. Cependant, cette conclusion n'empêche pas la Cour de prendre en considération les actes antérieurs au 27 avril 1992, sans se prononcer formellement sur leur conformité à des obligations qui, du point de vue du droit international, étaient celles de la RFSY. Les obligations que la Convention imposait à cette dernière auraient pu être violées par n'importe lequel de ses organes, indépendamment de son régime constitutionnel, ou par n'importe quelle personne dont les actes lui étaient attribuables. Il existe sans aucun doute une certaine continuité factuelle et une certaine identité entre les acteurs du conflit armé qui faisait rage en Croatie avant et après le

<sup>15</sup> Voir aussi C.I.J. Recueil 2008, opinion individuelle de M. le juge Tomka, p. 522, par. 18.

27 April 1992. But this factual continuity and identity should not be confused with the situation in law, where the thesis of discontinuity between the SFRY and the FRY in the end prevailed in view of the position taken by some “key players” in the international community and the States, including Croatia, which were earlier republics constituting the former SFRY. Nonetheless, as the Court had to determine, in relation to acts which were committed *after* 27 April 1992, whether those acts were committed with the necessary intent (*dolus specialis*), the Court could have looked at the events occurring prior to that date in order to determine whether the later acts fell within a particular pattern from which the intent could be inferred.

27. Hence, despite my position on the limitation of the Court’s jurisdiction *ratione temporis*, I was not prevented from joining my colleagues on the Bench in looking at those acts and events preceding 27 April 1992 and joining them in their overall conclusion that the Croatian claim of genocide having been committed during the armed conflict in its territory must be rejected.

## II. ADMISSIBILITY: THE *MONETARY GOLD* PRINCIPLE

28. Even if one accepts the Court’s conclusion on its jurisdiction, serious questions arise as to the admissibility of Croatia’s claim. As has been noted, the Judgment takes the position that it is within the Court’s jurisdiction, as conferred by Article IX, for it to consider alleged breaches of the Convention by the SFRY where Serbia is said to be responsible for those breaches by way of succession to responsibility. The Court is thereby indicating its readiness to rule on the responsibility of the SFRY, a State that is no longer in existence and is not before the Court, as a necessary precursor to determining the responsibility of the Respondent State that is presently before the Court. Stated in such terms, this is rather an unusual position for the Court to take.

29. In the *Monetary Gold* case, the Court found that it could not rule on a claim brought by Italy against France, the United Kingdom and the United States of America where a third State, Albania, was not before the Court. The Court considered that:

“To adjudicate upon the international responsibility of Albania without her consent would run counter to a well-established principle of international law embodied in the Court’s Statute, namely, that the Court can only exercise jurisdiction over a State with its consent.” (*Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy v. France, United Kingdom and United States of America)*, *Preliminary Question, Judgment, I.C.J. Reports 1954*, p. 32.)

30. It noted that “Albania’s legal interests would not only be affected by a decision, but would form the very subject-matter of the decision” (*ibid.*) and accordingly declined to exercise its jurisdiction in respect of



27 avril 1992, mais cette continuité factuelle et cette identité ne doivent pas être confondues avec la situation en droit, puisque, en raison de la position adoptée par certains «protagonistes» de la communauté internationale et des Etats, dont la Croatie, qu'étaient devenues les anciennes républiques constitutives de la RFSY, c'est la thèse de la solution de continuité entre la RFSY et la RFY qui a fini par l'emporter. Quoi qu'il en soit, puisqu'il était demandé à la Cour de juger si les actes commis *après* le 27 avril 1992 l'avaient été dans l'intention nécessaire (*dolus specialis*), elle était fondée à examiner les fait antérieurs à cette date afin de vérifier si les actes postérieurs s'inscrivaient dans une ligne de conduite permettant d'inférer cette intention.

27. C'est ainsi que, malgré ma position concernant la limitation de la compétence *ratione temporis* de la Cour, j'ai pu me joindre à mes collègues pour examiner ces actes et événements antérieurs au 27 avril 1992, puis souscrire à leur conclusion générale, selon laquelle la demande de la Croatie concernant le génocide censé avoir été commis au cours du conflit armé dont son territoire a été le théâtre devait être rejetée.

## II. RECEVABILITÉ : LE PRINCIPE ÉNONCÉ EN L'AFFAIRE DE L'OR MONÉTAIRE

28. Même à supposer fondée la conclusion à laquelle est parvenue la Cour quant à sa compétence, des questions épineuses se posent en ce qui concerne la recevabilité de la demande de la Croatie. Comme il a déjà été mentionné, l'arrêt part du principe qu'il entre dans la compétence de la Cour, sur le fondement de l'article IX, d'examiner les violations de la Convention dont la RFSY se serait rendue coupable et dont la responsabilité aurait été dévolue à la Serbie par voie de succession. La Cour se montre ainsi disposée à statuer sur la responsabilité de la RFSY, Etat qui a cessé d'exister et qui ne se trouve donc pas présent devant elle, en tant que préalable à l'examen de la responsabilité de l'Etat défendeur qui, lui, a comparu en l'espèce. Dans cette perspective, la position adoptée par la Cour paraît assez inhabituelle.

29. Dans l'affaire de l'*Or monétaire*, la Cour était parvenue à la conclusion qu'elle ne pouvait pas statuer sur la demande formée par l'Italie à l'encontre de la France, du Royaume-Uni et des Etats-Unis d'Amérique alors qu'un Etat tiers, l'Albanie, n'avait pas comparu devant elle :

«Statuer sur la responsabilité internationale de l'Albanie sans son consentement serait agir à l'encontre d'un principe de droit international bien établi et incorporé dans le Statut, à savoir que la Cour ne peut exercer sa juridiction à l'égard d'un Etat si ce n'est avec le consentement de ce dernier.» (*Or monétaire pris à Rome en 1943 (Italie c. France, Royaume-Uni et Etats-Unis d'Amérique)*, question préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1954, p. 32.)

30. Faisant remarquer que «les intérêts juridiques de l'Albanie seraient non seulement touchés par une décision, mais constitueraient l'objet même de ladite décision» (*ibid.*), la Cour s'était alors abstenue d'exercer



the claim. As the Court noted in the *Nauru* case, “the determination of Albania’s responsibility was a prerequisite for a decision to be taken on Italy’s claims” (*Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1992*, p. 261, para. 55).

31. The Judgment makes it clear that the Court’s jurisdiction is dependent, in relation to those acts occurring prior to 27 April 1992, on Croatia’s argument that Serbia succeeded to the responsibility of the SFRY for acts of genocide contrary to the Genocide Convention. A determination as to the responsibility of the SFRY is therefore an essential prerequisite to a determination of whether Serbia’s responsibility is engaged.

32. However, in so far as the SFRY is concerned, the Court has opined that the *Monetary Gold* principle is inapplicable in this case because the SFRY has ceased to exist (Judgment, para. 116). This may be an acceptable position to take where — as in the *Gabčíkovo-Nagymaros Project* case<sup>16</sup> — there is an agreement as to which of the successor States will succeed to the relevant obligations of the State that has ceased to exist. However, the position becomes more complicated where there is uncertainty as to which of a number of States might ultimately bear responsibility for the acts of a predecessor State<sup>17</sup>. In this case, as has already been noted, Serbia is only one of five equal successor States to the SFRY. A decision as to the international responsibility of the SFRY may well have implications for several, if not each, of those successor States, depending on what view is taken on the question of the allocation of any such responsibility as between them. This is particularly the case in light of the fact that the 2001 Agreement on Succession Issues between the five successor States provides that “[a]ll claims against the SFRY which are not otherwise covered by this Agreement shall be considered by the Standing Joint Committee established under Article 4” (United Nations, *Treaty Series*, Vol. 2262, p. 251, Ann. F, Art. 2). It can be no answer that

<sup>16</sup> *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1997*, p. 7. See the Preamble to the Special Agreement excerpted at page 11 and also page 81, paragraph 151. See also *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*, separate opinion of Judge Tomka, p. 521, para. 14.

<sup>17</sup> See James Crawford, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge University Press, 2013, pp. 666-667, discussing the *Gabčíkovo-Nagymaros Project* case:

“[E]ven if there had been no agreement that Slovakia would succeed to Czechoslovakia’s rights and obligations under the treaty, and even if Hungary’s allegations of internationally wrongful acts against Czechoslovakia was considered the very subject matter of the dispute, there seems no question that the Court would have applied the *Monetary Gold* principle to protect the legal interests of a State no longer in existence. On the other hand, if a bilateral dispute between Hungary and the Czech Republic had required the Court to determine whether or not Slovakia was the sole successor state to Czechoslovakia in respect of some particular matter, the Court might well have decided that it was prevented from acting by the *Monetary Gold* principle.”

sa juridiction à l'égard de la demande. Comme elle l'a ensuite signalé en l'affaire *Nauru*, «la détermination de la responsabilité de l'Albanie était une condition préalable pour qu'il puisse être statué sur les prétentions de l'Italie» (*Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 261, par. 55).

31. Il ressort clairement de l'arrêt que la compétence de la Cour repose, en ce qui concerne les actes antérieurs au 27 avril 1992, sur l'argument de la Croatie concernant la succession de la Serbie à la responsabilité encourue par la RFSY à raison d'actes de génocide contrevenant à la Convention. La détermination de la responsabilité de la RFSY est donc un préalable essentiel à l'examen de la question de savoir si la responsabilité de la Serbie est engagée.

32. En ce qui concerne la RFSY, pourtant, la Cour s'est dite d'avis que le principe de l'*Or monétaire* était inapplicable en l'espèce puisque cet Etat avait cessé d'exister (arrêt, par. 116). Cette position peut paraître raisonnable dans l'hypothèse où — comme en l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*<sup>16</sup> — la question de savoir lequel des Etats successeurs assumerait les obligations en cause de l'Etat ayant cessé d'exister ne prête pas à controverse. Le problème devient toutefois plus complexe lorsqu'il y a incertitude pour ce qui est de savoir lequel d'entre plusieurs Etats assumera, en dernière analyse, la responsabilité des actes de l'Etat prédécesseur<sup>17</sup>. En l'espèce, comme il a déjà été signalé, la Serbie n'était que l'un des cinq Etats successeurs de la RFSY, égaux entre eux. Toute décision concernant la responsabilité internationale de cette dernière pourrait avoir des répercussions sur plusieurs, sinon chacun d'entre eux, selon la position retenue quant au partage d'une telle responsabilité, et ce, d'autant plus que l'accord sur les questions de succession de 2001 stipule que «[t]ous les droits d'action contre la RFSY qui ne sont pas visés par ailleurs par le présent accord seront examinés par le comité mixte permanent établi en vertu de l'article 4» (Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 2262, p. 251, annexe F, art. 2). Le fait que, en dernière analyse, la

<sup>16</sup> *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 7. Voir le préambule du compromis, cité p. 11, et p. 81, par. 151. Voir aussi *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, opinion individuelle de M. le juge Tomka, p. 521, par. 14.

<sup>17</sup> Voir James Crawford, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge University Press, 2013, p. 666-667, où est examinée l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*:

«[M]ême en l'absence d'accord confirmant la succession de la Slovaquie aux droits et obligations de la Tchécoslovaquie en tant que partie au traité, et même si les allégations de faits internationalement illicites formulées par la Hongrie à l'encontre de cette dernière avaient été considérées comme l'objet principal du différend, il ne semble faire aucun doute que la Cour aurait appliqué le principe de l'*Or monétaire* pour protéger les intérêts juridiques de l'Etat qui avait cessé d'exister. Par ailleurs, dans l'hypothèse où un différend bilatéral opposant la Hongrie et la République tchèque l'aurait amenée à décider si la Slovaquie était ou non le seul Etat successeur de la Tchécoslovaquie dans tel ou tel contexte spécifique, la Cour aurait bien pu décider qu'elle était empêchée d'agir par le principe de l'*Or monétaire*.»

the Court has ultimately found that there was no breach of the Convention and accordingly the SFRY's responsibility was not engaged.

33. Nonetheless, it bears emphasis that the operation of the *Monetary Gold* principle will serve to limit the effects of the Judgment in this case. The Court will be unable to exercise jurisdiction under Article IX, or any other Convention which contains a clause providing for the jurisdiction of the Court, over claims brought by one State party to the Convention against another State party that are based on alleged breaches by a third State that — for whatever reason — is not before the Court, where that third State remains in existence. This Judgment is therefore strictly confined to its unusual facts and should not be taken as a precedent that compromissory clauses will normally be subject to such novel interpretations, nor that the Court will generally be prepared to rule on the responsibility of States not before it.

### III. CONCLUDING REMARK

34. This case illustrates the limits of the Court's judicial power, which remains based on State consent. Where many States continue not to recognize its jurisdiction generally, but only in compromissory clauses contained in certain multilateral conventions, then some claims, like the ones in this case, are framed in such a way as to make them fall within the scope of such a convention. But the threshold to prove them might be too high, like in the case of genocide. The fact that the Court has rejected the claim of Croatia and the counter-claim of Serbia should not be viewed as the Court not having seen the tragedy which unfolded in the process of the disintegration of the former Yugoslavia. In fact, the Court has acknowledged that many atrocities were committed during the armed conflict. What the Parties failed to prove was the presence of genocidal intent when these atrocities were perpetrated. Had the Court been endowed with more general jurisdiction, the claims could have been framed differently.

35. It is to be hoped that more States will, in the future, recognize the Court's jurisdiction much more broadly. The challenge for the Court remains to strengthen the confidence of States not only by its display of objectivity, impartiality and independence, but also by strictly interpreting the provisions which confer jurisdiction on it. It can do that by focusing its inquiries on *whether* jurisdiction has been conferred on it, rather than by endeavouring to find ways *how* to assume it.

(Signed) Peter TOMKA.

Cour soit parvenue à la conclusion qu'il n'y avait pas eu violation de la Convention et que, partant, la responsabilité de la RFSY n'avait pas été engagée ne change rien à la question.

33. Quoi qu'il en soit, il n'est pas inutile de souligner que l'application du principe de l'*Or monétaire* viendra limiter les effets de l'arrêt rendu en l'espèce, qui ne saurait permettre à la Cour d'exercer la juridiction que lui confère l'article IX de la convention sur le génocide ou quelque autre convention comportant une disposition analogue relativement à la demande formée par un Etat partie contre un autre Etat partie et reposant sur des allégations de violation visant un Etat tiers qui n'a pas cessé d'exister mais qui, pour quelque raison que ce soit, n'a pas comparu devant elle. La portée du présent arrêt est donc strictement limitée aux faits inusités qui le sous-tendent et ne saurait avoir valeur de précédent pour indiquer que les clauses compromissaires sont désormais susceptibles d'interprétations inédites ou que la Cour est de façon générale disposée à statuer sur la responsabilité d'Etats n'ayant pas comparu devant elle.

### III. CONCLUSION

34. La présente affaire illustre les limites de la juridiction de la Cour, qui reste tributaire du consentement des Etats. Tandis que nombre d'entre eux persistent à ne pas reconnaître cette juridiction de façon générale, mais seulement dans le cadre des clauses compromissaires qui contiennent diverses conventions multilatérales, certaines demandes, comme celles qui ont été présentées en l'espèce, sont conçues de manière à s'inscrire dans le cadre de telles conventions. Mais il se peut que la norme de preuve applicable soit trop élevée, comme en matière de génocide. Même si la Cour a rejeté la demande de la Croatie et la demande reconventionnelle de la Serbie, on aurait tort de penser qu'elle est insensible au drame qui s'est déroulé à l'occasion de l'éclatement de l'ex-Yougoslavie. De fait, elle a donné acte des atrocités commises au cours du conflit armé. Ce que les Parties n'ont pas établi, c'est l'existence d'une intention génocidaire lors de la perpétration de ces atrocités. Si la juridiction de la Cour avait été plus générale, les demandes auraient pu être conçues différemment.

35. Il y a lieu d'espérer que les Etats en viendront à reconnaître une juridiction plus large à la Cour. La tâche qui incombe à celle-ci consiste à renforcer la confiance des Etats non seulement en démontrant son objectivité, son impartialité et son indépendance, mais aussi en interprétant avec rigueur les dispositions attributives de compétence. Dans cette optique, elle devrait se limiter à vérifier *si* la juridiction voulue lui a effectivement été conférée, plutôt que de rechercher les *moyens* de se l'attribuer.

(Signé) Peter TOMKA.