

## SEPARATE OPINION OF JUDGE SKOTNIKOV

## JURISDICTION

1. According to paragraph 129 of the 2008 Judgment (*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. 460), the Court needed to assess the merits in order to determine the two “inseparable issues” of jurisdiction and admissibility<sup>1</sup>. Yet, in the present Judgment, the determination that the Court has jurisdiction is made prior to examining any element of the merits and is detached from the issue of admissibility. I agree with this approach. It is clear from the well-established jurisprudence of the Court that the issues of jurisdiction and admissibility are undoubtedly separable and that jurisdiction must be, and has always been, decided first. Secondly, the issue of jurisdiction in the present case can be decided by the Court without examining the merits. Indeed, the Judgment does not rely on any element of the merits in order to determine jurisdiction. It is also worth noting that, in adopting this approach, the Court makes it clear that the issue of attribution under the general rules of State responsibility may not be conflated or combined with the issue of consent-based jurisdiction<sup>2</sup>.

2. While I support the general approach of the Court in dealing with paragraph 129 of the 2008 Judgment, I am unable to agree with its con-

<sup>1</sup> Paragraph 129 of the 2008 Judgment provided as follows:

“In the view of the Court, the questions of jurisdiction and admissibility raised by Serbia’s preliminary objection *ratione temporis* constitute two inseparable issues in the present case. 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 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. In 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.”

<sup>2</sup> *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*, dissenting opinion of Judge Skotnikov, pp. 547-548, para. 4.

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE SKOTNIKOV

[Traduction]

## COMPÉTENCE

1. Selon le paragraphe 129 de l'arrêt de 2008 (*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. 460), la Cour était censée procéder à un examen au fond avant de se prononcer sur les deux «questions indissociables» qu'étaient la compétence et la recevabilité<sup>1</sup>. Or, dans le présent arrêt, la Cour s'est prononcée sur sa compétence sans avoir examiné un quelconque élément de fond et en traitant séparément la question de la recevabilité. Je suis d'accord avec cette démarche. Il ressort en effet clairement de la jurisprudence bien établie de la Cour que les questions de compétence et de recevabilité sont manifestement dissociables et que celle de la compétence doit être, et a toujours été, examinée d'abord. En second lieu, la Cour pouvait, dans la présente affaire, se prononcer sur sa compétence sans aborder le fond. En fait, elle n'a invoqué dans l'arrêt aucun élément de fond pour se déclarer compétente. Il me semble également utile de noter que, en choisissant cette démarche, la Cour a clairement manifesté que la question de l'attribution selon les règles générales de la responsabilité de l'Etat ne pouvait être confondue ni conjuguée avec celle de la compétence fondée sur le consentement<sup>2</sup>.

2. Bien que je souscrive à la démarche générale suivie par la Cour à l'égard du paragraphe 129 de son arrêt de 2008, je ne puis m'associer à

<sup>1</sup> Le paragraphe 129 de l'arrêt de 2008 se lit comme suit :

«De l'avis de la Cour, les questions de compétence et de recevabilité soulevées par l'exception préliminaire *ratione temporis* de la Serbie constituent, en la présente affaire, deux questions indissociables. 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 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. Pour que la Cour puisse se prononcer sur chacune de ces questions, elle devra disposer de davantage d'éléments.»

<sup>2</sup> *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 dissidente de M. le juge Skotnikov, p. 547-548, par. 4.

clusion as to jurisdiction. In paragraph 117 of the Judgment, the Court states that

“[h]aving concluded in its 2008 Judgment that the present dispute falls within Article IX of the Genocide Convention in so far as it concerns acts said to have occurred after 27 April 1992, the Court now finds that, to the extent that the dispute concerns acts said to have occurred before that date [the date on which the FRY came into existence], it also falls within the scope of Article IX and that the Court therefore has jurisdiction to rule upon the entirety of Croatia’s claim”<sup>3</sup>.

However, it is not sufficient that there is a dispute between the Parties that falls within the scope of Article IX. The existence of a dispute is a requisite element of jurisdiction. Yet, as the Court has stated on innumerable occasions, it is the fundamental principle of consent which forms the basis of jurisdiction. The Judgment completely disregards the issue of consent by confusing jurisdiction with applicable law. Paragraph 115 of the present Judgment seeks to rely on paragraph 149 of the 2007 Judgment in *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (I.C.J. Reports 2007 (I), p. 105), even though this latter paragraph dealt with the identification of the applicable law beyond the Genocide Convention. This is undoubtedly a task which the Court must undertake once it has established that it has jurisdiction. Indeed, this is precisely what the Court does in the present Judgment; having found, erroneously, in my view, that it has jurisdiction, the Court goes on to make a statement, in paragraph 125, which is identical in substance to that made in paragraph 149 of the 2007 Judgment, stating, *inter alia*, that

“[i]n ruling on disputes relating to the interpretation, application or fulfilment of the Convention, including those relating to the responsibility of a State for genocide, the Court bases itself on the Convention, but also on the other relevant rules of international law, in particular those governing the interpretation of treaties and the responsibility of States for internationally wrongful acts”.

<sup>3</sup> The Court, in its 2008 Judgment, when considering Serbia’s first preliminary objection, dealt not with the issue of whether the dispute fell within Article IX of the Genocide Convention, but rather with the question of whether Croatia had validly instituted proceedings against Serbia, in accordance with Article 35 of the Statute of the Court, given that the latter was not a Member of the United Nations as of the date of the filing of the Application (*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*, pp. 429-444, paras. 57-92), and with the question of whether Serbia was a party to the Genocide Convention at the date of the filing of the Application (*ibid.*, pp. 444-455, paras. 93-117). Serbia’s third preliminary objection related to whether certain Croatian claims, concerning the submission of certain persons to trial, information on missing persons and the return of cultural property, had become moot (*ibid.*, pp. 460-465, paras. 131-144).

sa conclusion sur la compétence. Au paragraphe 117 de l'arrêt, elle dit que,

«[a]yant conclu dans son arrêt de 2008 que le présent différend relevait de l'article IX de la convention sur le génocide dans la mesure où il se rapporte à des actes supposés avoir été commis après le 27 avril 1992, la Cour en vient à présent à la conclusion que le différend entre également dans le champ dudit article dans la mesure où il se rapporte à des actes qui seraient antérieurs à cette date [la date à laquelle la RFY a commencé à exister], et qu'elle a compétence pour connaître de la demande de la Croatie dans son ensemble»<sup>3</sup>.

Toutefois, il ne suffit pas pour établir la compétence qu'il y ait entre les parties un différend relevant de l'article IX. L'existence d'un différend est certes un élément indispensable de la compétence, mais, comme la Cour l'a dit à d'innombrables reprises, c'est le principe fondamental du consentement qui forme l'assise de la compétence. L'arrêt fait complètement abstraction de la question du consentement en confondant compétence et droit applicable. Le paragraphe 115 du présent arrêt invoque le paragraphe 149 de l'arrêt de 2007 en l'affaire de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro) (C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 105)*, même si le paragraphe en question traitait du droit applicable en dehors de la convention sur le génocide. Il y a certes là une question dont la Cour doit s'occuper une fois qu'elle a établi sa compétence. C'est d'ailleurs précisément ce qu'elle fait dans le présent arrêt; ayant conclu — erronément selon moi — qu'elle a compétence, la Cour formule, au paragraphe 125, un énoncé identique en substance à celui du paragraphe 149 de l'arrêt de 2007, affirmant notamment que

«[e]n se prononçant sur des différends relatifs à l'interprétation, à l'application ou à l'exécution de la Convention, y compris la responsabilité d'un Etat en matière de génocide, la Cour s'appuie sur la Convention mais également sur les autres règles pertinentes du droit international, en particulier celles régissant l'interprétation des traités et la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite».

<sup>3</sup> La Cour, lorsqu'elle a examiné dans son arrêt de 2008 la première exception préliminaire de la Serbie, s'est penchée non pas sur la question de savoir si le différend entrait dans le champ d'application de l'article IX de la convention sur le génocide, mais sur celle de savoir si la Croatie avait légitimement introduit une instance contre la Serbie, conformément à l'article 35 du Statut de la Cour, étant donné qu'elle n'était pas membre des Nations Unies à la date du dépôt de la requête (*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. 429-444, par. 57-92*) et sur la question de savoir si la Serbie était partie à la convention sur le génocide à cette même date (*ibid.*, p. 444-455, par. 93-117). La troisième exception préliminaire de la Serbie concernait la question de savoir si certaines demandes de la Croatie, relatives à la traduction en justice de certaines personnes, à des renseignements sur le sort des personnes portées disparues et à la restitution de biens culturels, étaient devenues sans objet (*ibid.*, p. 460-465, par. 131-144).

However, identifying the law which would have been applicable if the Court had jurisdiction is no substitute for establishing that the Court has jurisdiction under Article IX of the Genocide Convention. The task before the Court in the present Judgment was either to identify the legal mechanism by which the FRY assumed obligations under the Genocide Convention before it came into existence, or to determine that no such legal mechanism existed.

3. Ultimately, the Court does neither. It merely suggests that obligations under the Genocide Convention might be applicable to the FRY before 27 April 1992 by virtue, as Croatia argues, of succession to responsibility. Then it transforms this preliminary issue into a question for the merits (see Judgment, para. 117), and goes on to consider whether acts contrary to the Genocide Convention took place prior to 27 April 1992. After answering this question in the negative, the Court does not return to the issue of succession to responsibility.

4. Had this issue been dealt with as a preliminary one, as it should have been, in order to demonstrate Serbia's consent to the Court's jurisdiction, the Court would have had to establish that the doctrine of succession to responsibility was part of general international law at the time of Serbia's succession to the Genocide Convention on 27 April 1992. This is, of course, an impossible task, since there is no jurisprudence or State practice to support this hypothesis.

5. Moreover, the Court clearly pointed towards rejection of the notion of succession to responsibility when it decided, both in its 2007 *Bosnia* Judgment and in its 2008 Judgment on preliminary objections in this case, that Montenegro, a successor State to Serbia and Montenegro (formerly the FRY), had not consented to the jurisdiction of the Court and could not be a Respondent in the respective cases (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (I), pp. 75-76, paras. 75-77; *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. 423, paras. 32-33). Likewise, the FRY (now Serbia) is a successor State to the SFRY. Like Montenegro, in respect of the State Union of Serbia and Montenegro, Serbia did not inherit the right to the international legal personality of the SFRY. Like Montenegro, Serbia did not accept responsibility in the present case for the conduct of its predecessor State, and thus did not consent to the Court's jurisdiction in respect of that State. In spite of this, the Court sees no jurisdictional problems in identifying the following questions that would need to be decided in order to determine whether Serbia is responsible for the alleged violations of the Genocide Convention:

Cependant, déterminer le droit qui serait applicable si la Cour avait compétence ne saurait tenir lieu de décision sur la question de savoir si la Cour a effectivement compétence en vertu de l'article IX de la convention sur le génocide. Dans le présent arrêt, la tâche qui incombait à la Cour était soit de déterminer par quel mécanisme juridique la RFY avait assumé les obligations découlant de la convention sur le génocide avant d'avoir commencé à exister, soit d'établir qu'aucun mécanisme juridique de cette nature n'existait.

3. En fin de compte, la Cour ne fait ni l'un ni l'autre. Elle se contente de laisser entendre que des obligations découlant de la convention sur le génocide pouvaient être opposables à la RFY pour des actes antérieurs au 27 avril 1992 en vertu, comme le soutenait la Croatie, de la succession de la responsabilité. Elle transforme ensuite cette question préliminaire en question de fond (voir arrêt, par. 117), puis se demande si des actes contraires à la convention sur le génocide ont été commis avant le 27 avril 1992. Ayant conclu par la négative, la Cour ne revient plus à la question de la succession de la responsabilité.

4. Si elle avait traité cette question comme préliminaire, ainsi qu'elle aurait dû le faire, la Cour, pour établir le consentement de la Serbie à sa compétence, aurait eu à démontrer que la doctrine de la succession de la responsabilité faisait partie du droit international général au moment de la succession de la Serbie à l'égard de la convention sur le génocide le 27 avril 1992. C'eût été, bien entendu, une entreprise impossible, vu que pareille hypothèse n'est en rien étayée par la jurisprudence de la Cour ou par la pratique des Etats.

5. De plus, la Cour a clairement indiqué qu'elle était encline à rejeter la notion de succession de la responsabilité lorsqu'elle a décidé, tant dans son arrêt de 2007 en l'affaire bosniaque que dans son arrêt de 2008 sur les exceptions préliminaires dans la présente espèce, que le Monténégro, Etat successeur de la Serbie-et-Monténégro (prédécesseur de la RFY), n'avait pas consenti à la compétence de la Cour et ne pouvait donc être défendeur dans ces affaires (*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. 75-76, par. 75-77; *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. 423, par. 32-33). De même, la RFY (Serbie actuelle) était un Etat successeur de la RFSY. Comme le Monténégro à l'égard de la communauté étatique de Serbie-et-Monténégro, la Serbie n'a pas hérité du droit à la personnalité juridique internationale de la RFSY. Comme le Monténégro encore, elle n'a pas, dans la présente affaire, assumé la responsabilité de la conduite de l'Etat qui l'a précédée et n'a donc pas consenti à la compétence de la Cour à l'égard de cet Etat. Malgré cela, la Cour formule sans y voir aucun problème de compétence les questions ci-après, qu'elle estime devoir examiner pour déterminer si la Serbie peut être tenue responsable des violations alléguées de la convention sur le génocide:

- “(1) whether the acts relied on by Croatia [prior to the date on which the FRY came into existence] took place; and, if they did, whether they were contrary to the Convention;
- (2) if so, whether those acts were attributable to the SFRY at the time that they occurred and engaged its responsibility; and
- (3) if the responsibility of the SFRY had been engaged, whether the FRY succeeded to that responsibility” (Judgment, para. 112).

The fact that the Court limits itself to answering only the first question does not render this “three-step solution” any more tenable. I cannot see how this construction could possibly be justified by the Court’s obvious observation that the SFRY, whose responsibility or lack thereof the Court is prepared to determine, “no longer exists . . . no longer possesses any rights and is incapable of giving or withholding consent to the jurisdiction of the Court” (*ibid.*, para. 116).

6. The Court decided in 2008 that:

“[t]he 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 before 27 April 1992*” (*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. 460, para. 129; emphasis added).

In 2015, the Court simply does not make this determination, which, in 2008, it considered indispensable in order to address the question of jurisdiction raised by Serbia as its second preliminary objection. Thus, the Court fails to fulfil its duty to satisfy itself that it has jurisdiction (see, for example, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012 (I)*, p. 118, para. 40).

7. By way of a final observation before turning to the merits, I would note the following: in 2004, in the *Legality of Use of Force* cases, the Court determined that the FRY lacked the capacity to appear before the Court, because it became a Member of the United Nations on 1 November 2000 and, thus, was not a State party to the Statute of the International Court of Justice as of 29 April 1999, the date of the filing of the Applications (see, for example, *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004 (I)*, pp. 310-311, paras. 78-79). In 2007, the Court found that, in its 1996 Judgment on preliminary objections in the *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro* case, before reaching its decision on jurisdiction, it must have addressed, “as a matter of logical construction . . . by necessary implication”, the issue



- «1) si les actes [antérieurs à la date à laquelle la RFY a commencé à exister] allégués par la Croatie ont été commis et, le cas échéant, s'ils contrevenaient à la Convention ;
- 2) dans l'affirmative, si ces actes étaient attribuables à la RFSY au moment où ils ont été commis et ont engagé la responsabilité de cette dernière ; et
- 3) à supposer que la responsabilité de la RFSY ait été engagée, si la RFY a succédé à cette responsabilité» (arrêt, par. 112).

Le fait que la Cour se borne à répondre à la première question ne rend pas cette «solution en trois étapes» plus acceptable. Je ne vois pas comment ce raisonnement peut être justifié par l'observation d'évidence que fait la Cour, à savoir que la RFSY, dont elle se propose de déterminer la responsabilité ou l'absence de responsabilité, «a cessé d'exister ... [.] n'est plus titulaire d'aucun droit et n'a plus la capacité de donner ou de refuser de donner son consentement à la compétence de la Cour» (*ibid.*, par. 116).

6. En 2008, la Cour avait dit :

«[L]a première [question] 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 antérieurement au 27 avril 1992*» (*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. 460, par. 129 ; les italiques sont de moi).

En 2015, la Cour, tout simplement, se dispense de cet examen qui lui paraissait pourtant indispensable en 2008 pour traiter la question de la compétence soulevée par la Serbie dans sa deuxième exception préliminaire. La Cour faillit ainsi au devoir qui lui incombe de s'assurer de sa compétence (voir, par exemple, *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012 (I)*, p. 118, par. 40).

7. Enfin, avant de passer au fond, je note ce qui suit : en 2004, dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, la Cour a jugé que la RFY n'avait pas qualité pour ester devant elle, étant devenue Membre de l'Organisation des Nations Unies le 1<sup>er</sup> novembre 2000 et n'étant donc pas partie au Statut de la Cour internationale de Justice le 29 avril 1999, date du dépôt des requêtes (voir, par exemple, *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 310-311, par. 78-79). En 2007, en l'affaire *Bosnie Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, la Cour a dit que, avant de statuer sur sa compétence dans son arrêt de 1996 sur les exceptions préliminaires, elle avait «nécessairement ... [.] en toute logique», dû considérer la question de la qualité de la RFY pour se présenter devant elle, même si ledit arrêt



of the FRY's capacity to appear before the Court, even though this was not mentioned at all in the 1996 Judgment<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), pp. 98-102, paras. 132-140). The "necessary implication" of this "logical construction" of 2007 can be nothing other than that in 1996, the FRY, in the eyes of the Court, was a State party to the Court's Statute, and a Member of the United Nations, at the time of the filing of the relevant Application instituting proceedings, namely, 20 March 1993<sup>5</sup>. In the 2008 Judgment on preliminary objections in the present case, a novel idea was advanced, namely that, although the Court was open to the FRY only as of 1 November 2000, the date of its United Nations membership (*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. 444, para. 91), this did not matter, since Croatia could simply have refiled its Application of 2 July 1999 after 1 November 2000 (*ibid.*, pp. 429-444, paras. 57-92)<sup>6</sup>. In other words, that which was an insurmountable obstacle to the Court's jurisdiction in the *Legality of Use of Force* cases became a minor procedural issue in the present case.

8. Thus, while addressing the above-mentioned cases arising from events related to the dissolution of the SFRY, the Court has created at least three "parallel universes". In one, the FRY was not a Member of the United Nations before 1 November 2000 (the 2004 Judgment on preliminary objections, *Legality of Use of Force*). In another, the FRY was a Member of the United Nations well before that date (the 2007 *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro* Judgment). In yet another, the FRY's membership of the United Nations at the time of the institution of proceedings, or, rather, the lack of it, is devoid of any consequences (the 2008 Judgment on preliminary objections, *Croatia v. Serbia*). In 2015, in the present Judgment, a fourth, very peculiar "parallel universe" has emerged — one in which the Court is agnostic as to whether the FRY may have been bound by obligations under the Genocide Convention before it came into existence as a State; this, however, does not prevent the Court from ruling on the part of the Croatian claim relating to the period when the FRY did not exist.

<sup>4</sup> See *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), declaration of Judge Skotnikov, pp. 366-367.

<sup>5</sup> It is clear from the *Legality of Use of Force* Judgments that the Court first addressed the issue of Serbia's United Nations membership in 2004 only (see *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004 (I), pp. 310-311, para. 79).

<sup>6</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, dissenting opinion of Judge Skotnikov, p. 546, para. 1.

ne contenait aucune mention à cet effet<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), p. 98-102, par. 132-140). Il ne peut y avoir qu'une seule interprétation «nécessaire» de cette «logique» de 2007: en 1996, la RFY était, aux yeux de la Cour, un Etat partie au Statut de la Cour et un Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies à la date du dépôt de la requête introductive d'instance pertinente, soit le 20 mars 1993<sup>5</sup>. Dans son arrêt de 2008 sur les exceptions préliminaires en la présente affaire, une idée nouvelle était avancée: peu importait que la Cour n'ait été ouverte à la RFY qu'à partir du 1<sup>er</sup> novembre 2000, date de son admission à l'Organisation des Nations Unies (*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. 444, par. 91), puisque la Croatie aurait simplement pu déposer à nouveau sa requête du 2 juillet 1999 après le 1<sup>er</sup> novembre 2000 (*ibid.*, p. 429-444, par. 57-92)<sup>6</sup>. En d'autres termes, ce qui était un obstacle insurmontable à la compétence de la Cour dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force* est devenu une question de procédure mineure dans la présente affaire.

8. Ainsi, en examinant les affaires susmentionnées, issues d'événements liés à la dissolution de la RFSY, la Cour a créé au moins trois «univers parallèles». Dans l'un, la RFY n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies avant le 1<sup>er</sup> novembre 2000 (arrêt de 2004 sur les exceptions préliminaires, *Licéité de l'emploi de la force*). Dans le second, la RFY était Membre de l'Organisation des Nations Unies bien avant cette date (voir l'arrêt de 2007 en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*). Dans le troisième univers, l'appartenance de la RFY aux Nations Unies à la date d'introduction de l'instance, ou plutôt, sa non-appartenance, n'a aucune conséquence (voir l'arrêt de 2008 sur les exceptions préliminaires, *Croatie c. Serbie*). En 2015, dans le présent arrêt, un quatrième «univers parallèle», très particulier, a fait son apparition — un univers où la Cour suspend son jugement sur la question de savoir si la RFY a pu être liée par des obligations découlant de la convention sur le génocide avant de commencer à exister en tant qu'Etat; cela n'empêche cependant pas la Cour de se prononcer sur la partie de la demande de la Croatie qui concerne la période pendant laquelle la RFY n'existait pas.

<sup>4</sup> Voir *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), déclaration de M. le juge Skotnikov, p. 366-367.

<sup>5</sup> Il ressort clairement des arrêts dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force* que la Cour n'a examiné la question de la situation de la Serbie vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies pour la première fois qu'en 2004 (voir *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 310-311, par. 79).

<sup>6</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 dissidente de M. le juge Skotnikov, p. 546, par. 1.

9. I can only express my relief that this Judgment constitutes the concluding chapter in this strange and somewhat strained tale of curious jurisdictional constructions which, to borrow the words of the Court in a different but related context, “[are] not free from legal difficulties” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)), Provisional Measures, Order of 8 April 1993, I.C.J. Reports 1993*, p. 14, para. 18; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007 (I)*, pp. 97-98, paras. 130-131).

#### MERITS

10. I maintain the view which I expressed in my declaration appended to the 2007 Judgment, that nothing in Article IX suggests that the Court is empowered to go beyond settling disputes relating to State responsibility for genocide and other acts enumerated in Article III of the Genocide Convention<sup>7</sup>. As to whether or not the crime of genocide or other Article III acts have been committed, the Court’s role is limited by its lack of criminal jurisdiction. For this reason, the Court, for example, lacks the capacity to establish the existence of genocidal intent, since the Genocide Convention addresses genocidal intent solely in the context of a criminal procedure, as a necessary mental element of the crime of genocide and other acts contrary to the Convention. Of course, genocidal intent may be inferred from a pattern of events, yet this task remains one for a competent criminal tribunal (the ICTY in the present case). The Court’s role is to determine whether it has been sufficiently established that acts proscribed by the Genocide Convention were committed (see paragraph 14 below). After making this determination, the Court must then continue to deal with its primary task of addressing the question of State responsibility for genocide.

11. In this Judgment, of course, the Court never comes to deal with this issue, since it concludes that genocide and other punishable acts referred to in Article III of the Convention did not take place. I agree with this conclusion, but I have doubts about the way in which the Court arrives at this finding.

12. When engaging in the exercise of determining the existence or non-existence of the *actus reus* and *dolus specialis* of the crime of genocide, the Court deals with matters which it is ill-equipped to resolve. It is curious that, in the sections devoted to consideration of the merits of the principal claim and counter-claim, reference is made to genocide, rather

<sup>7</sup> See *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)*, declaration of Judge Skotnikov, pp. 370-375.

9. Je ne puis que me dire soulagé que le présent arrêt constitue le chapitre final de cette étrange et passablement tortueuse succession de curieuses constructions sur la compétence qui, pour reprendre les mots employés par la Cour dans un contexte différent mais connexe, « ne laisse pas de susciter des difficultés juridiques » (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie-et-Monténégro))*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 14, par. 18; *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. 97-98, par. 130-131).

#### FOND

10. Je maintiens le point de vue que j'ai exprimé dans ma déclaration jointe à l'arrêt de 2007, à savoir que rien dans l'article IX de la convention sur le génocide ne donne à penser que la Cour ait le droit d'aller au-delà du règlement de différends concernant la responsabilité de l'Etat en matière de génocide et autres actes énumérés en son article III<sup>7</sup>. Quant à savoir si le crime de génocide ou d'autres actes visés à l'article III ont été commis, le rôle de la Cour est limité par son défaut de compétence en matière pénale. Pour cette raison, la Cour, par exemple, n'a pas capacité pour établir l'existence d'une intention génocidaire, car la convention sur le génocide ne traite de l'intention génocidaire que dans le contexte d'une procédure pénale, en tant qu'élément psychologique nécessaire du crime de génocide et d'autres actes contraires à la Convention. L'intention génocidaire peut certes être déduite d'un ensemble d'événements dénotant un certain comportement, mais pareille déduction demeure la prérogative d'un tribunal pénal compétent (le TPIY en l'occurrence). Le rôle de la Cour consiste à déterminer s'il a été suffisamment démontré que des actes proscrits par la convention sur le génocide ont été commis (voir le paragraphe 14 ci-après). Lorsqu'elle a établi ce fait, la Cour doit alors poursuivre sa principale tâche, qui est d'examiner la question de la responsabilité de l'Etat en matière de génocide.

11. Dans le présent arrêt, bien sûr, la Cour n'en vient jamais à cette question, puisqu'elle conclut qu'il n'y a pas eu de génocide ni d'autres actes visés à l'article III de la Convention. Je suis d'accord avec cette conclusion, mais j'ai des doutes sur la manière dont la Cour y est parvenue.

12. Lorsqu'elle se penche sur l'existence ou la non-existence de l'élément matériel (*actus reus*) et de l'intention spécifique (*dolus specialis*) du crime de génocide, la Cour aborde des questions pour lesquelles elle est mal outillée. Il est curieux que, dans les parties de l'arrêt consacrées à l'examen au fond de la demande principale et de la demande reconven-

<sup>7</sup> Voir *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), déclaration de M. le juge Skotnikov, p. 370-375.

than to the crime of genocide. This attempt to get around the fact that the Court does not have criminal jurisdiction cannot, of course, “decriminalize” genocide. It remains a crime under the Genocide Convention. True, when referring to State responsibility for genocide, the Convention’s compromissory clause — Article IX — does not mention the word “crime”. However, such language certainly does not transform the “Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide” into something else. Rather, if anything, this is indicative of the premise that States cannot be held criminally responsible.

13. At the same time, it is axiomatic that States can be held responsible for genocide through the mechanism of attribution, as, in general, wherever international law criminalizes an act, a State can be held responsible if that criminal act is committed by individuals capable of engaging such responsibility. The rules of State responsibility in this respect are rather straightforward. Indeed, they are referred to as applicable law in the present Judgment (see paragraph 125)<sup>8</sup>.

14. In the present case, in order to make a determination as to whether the crime of genocide and other acts enumerated in Article III of the Genocide Convention have been committed, instead of insisting on the Court’s capacity to conduct its own enquiry to this end, it would have been sufficient to have taken notice of the relevant proceedings of the ICTY. These proceedings, of course, have never involved any charges of genocide in respect of events in Croatia. It is worth recalling that this Court has recognized that the ICTY is an international penal tribunal in accordance with Article VI of the Genocide 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. 227, para. 445). Thus, in these proceedings, as in the *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro* case, the Court was in the “ideal” situation in that, for almost a quarter of a century now, there has been an international penal tribunal possessing jurisdiction with respect to the region in question and to the States involved<sup>9</sup>. As a matter

<sup>8</sup> Thankfully, the Court, in the present Judgment, does not return to the rather artificial and unnecessary notion featured in the 2007 Judgment of States themselves committing crimes punishable under the Genocide 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), pp. 113-114, paras. 166-169).

<sup>9</sup> Hypothetically, there may be circumstances where no such tribunal exists but where, for instance, the parties agree that genocide did indeed take place; or where the occurrence of genocide is so manifest as not to require further elucidation, being, for example, reflected in an open State policy; or where the claims of genocide are manifestly concocted. In such circumstances, the Court could address the issue of State responsibility, or the lack thereof, without the risk of foraying into the field of criminal culpability. However, these and other hypotheticals should be left for another day, which, I sincerely hope, will never come. That is to say, I hope that no situation ever arises which would make this Court address the responsibility of a State for genocide.

tionnelle, il soit question du génocide plutôt que du crime de génocide. En essayant ainsi de contourner le fait que le défaut de compétence de la Cour en matière pénale, on ne saurait bien entendu «décriminaliser» le génocide, qui reste un crime au regard de la convention sur le génocide. Certes, à propos de la responsabilité de l'Etat en matière de génocide, la clause compromissive de la Convention — l'article IX — ne contient pas le terme «crime». Cependant, ce choix rédactionnel ne transforme certainement par la «convention pour la prévention et la répression du crime de génocide» en quelque chose d'autre. Il indique plutôt qu'il est bien entendu que les Etats ne peuvent être tenus pénalement responsables.

13. En même temps, il est indéniable que les Etats peuvent être tenus responsables de génocide par le mécanisme d'attribution comme, en général, chaque fois que le droit international érige un acte en crime, un Etat peut être tenu responsable si cet acte criminel est commis par des personnes dont le comportement est susceptible d'engager sa responsabilité. Les règles relatives à la responsabilité de l'Etat à cet égard sont assez claires. Elles sont d'ailleurs citées comme droit applicable dans le présent arrêt (voir le paragraphe 125)<sup>8</sup>.

14. Dans la présente affaire, pour déterminer si le crime de génocide et d'autres actes énumérés à l'article III de la convention sur le génocide ont été commis, la Cour, au lieu d'insister sur la capacité de mener sa propre enquête, aurait pu se borner à prendre acte de l'issue des procès qui ont eu lieu devant le TPIY. Ces procès, certes, n'ont jamais porté sur des accusations de génocide à l'égard d'événements survenus en Croatie. Je crois utile de rappeler ici que la Cour a reconnu que le TPIY était un tribunal pénal international au sens de l'article VI de la convention sur le génocide (*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. 227, par. 445). Ainsi, dans la présente instance, comme en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, la Cour était dans une situation «idéale», car, depuis maintenant près d'un quart de siècle, il existe un tribunal pénal international ayant compétence à l'égard de la région concernée et des Etats en cause<sup>9</sup>. En fait, dans les deux affaires, la Cour, pour déterminer si le crime de génocide et d'autres

<sup>8</sup> Heureusement, dans le présent arrêt, la Cour ne reprend pas la notion assez artificielle et inutile qu'elle avait retenue dans l'arrêt de 2007, à savoir que des crimes sanctionnés par la convention sur le génocide pourraient être commis par les Etats eux-mêmes (*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. 113-114, par. 166-169).

<sup>9</sup> Il pourrait, théoriquement, se présenter des cas pour lesquels il n'existerait aucun tribunal de ce genre mais où, par exemple, les parties conviendraient qu'un génocide a effectivement été commis; des cas aussi où le génocide serait tellement patent qu'il n'exigerait pas d'élucidation plus poussée parce qu'il procéderait par exemple de la politique affichée de l'Etat; ou encore un scénario où les allégations de génocide seraient manifestement inventées de toutes pièces. Dans ces circonstances, la Cour pourrait examiner la question de la responsabilité de l'Etat, ou son absence, sans risquer de s'immiscer dans le domaine de la culpabilité pénale. Cependant, il vaut mieux laisser de telles hypothèses pour d'autres temps qui, je l'espère sincèrement, ne viendront jamais. En d'autres termes, j'espère qu'il ne se présentera jamais de situation qui conduirait la Cour à examiner la responsabilité d'un Etat pour un génocide commis par lui.

of fact, the Court, in both cases, when making determinations as to whether the crime of genocide and other acts enumerated in Article III of the Convention have occurred, has largely relied on (indeed more than it has been prepared to acknowledge), and has never contradicted, the findings of the ICTY. Both now and in 2007, this reliance was decisive for the Court in reaching its conclusions as to whether or not genocidal acts were committed.

*(Signed)* Leonid SKOTNIKOV.

---



actes énumérés à l'article III de la Convention avaient été commis, s'est amplement appuyée (plus, en fait qu'elle n'a voulu le reconnaître) sur les conclusions du TPIY, qu'elle n'a jamais contredites. Aujourd'hui comme en 2007, l'invocation de ces conclusions a été décisive lorsque la Cour a formulé ses conclusions sur la commission d'actes génocidaires.

*(Signé)* Leonid SKOTNIKOV.

---