

SEPARATE OPINION OF JUDGE SEBUTINDE

Jurisdiction ratione temporis under Article IX of the Genocide Convention — Disagreement with paragraph (1) of the operative clause — The FRY (Serbia) cannot be bound by the Genocide Convention prior to 27 April 1992, the date when by succession it became a Contracting Party — Disputes under Article IX of the Genocide Convention must relate to the interpretation, application and fulfilment of the Convention by the Contracting Parties and in relation to acts attributable to those States — The SFRY to which the Applicant attributes the acts committed prior to 27 April 1992 is an entity no longer in existence and is no longer a Contracting Party — The responsibility of the FRY (Serbia), as one of the successor States, for acts committed prior to 27 April 1992 before it became a State or party to the Genocide Convention is not a matter within the Court's jurisdiction ratione temporis under Article IX.

Caution required in drawing inference from or according evidential weight to a decision of an international criminal tribunal not to charge an individual with genocide — Under the ICTY Statute, the decision to investigate and prosecute is solely within the Prosecutor's discretion and prerogative with no obligation to disclose the reasons therefor — Unlike judicial decisions, the prosecutorial decision to include or exclude a particular charge against an individual is an executive one based on available prima facie evidence at the time and involves no general or definitive finding of fact — Prosecutorial discretion is influenced by a wide range of factors not connected to availability of evidence — Consequently, the Court should be cautious in placing any evidential weight on or drawing inference from the ICTY decision not to charge individuals with genocide arising out of the conflict in Croatia.

INTRODUCTION

1. I concur with the Court's decision rejecting both Croatia's claim and Serbia's counter-claim, and have in this regard voted in favour of points (2) and (3) of the operative paragraph. However, I have voted against point (1) of the operative paragraph in which the majority "[R]ejects the second jurisdictional objection raised by Serbia and finds that its jurisdiction to entertain Croatia's claim extends to acts prior to 27 April 1992" (para. 524) as I am unable to subscribe either to this finding or the reasoning behind it. In my view, and for the reasons contained in this opinion, Serbia's second preliminary objection to Croatia's claim should have been upheld.

2. A secondary issue on which I disagree with the majority, is one that does not affect the final outcome of the case but one which, nonetheless,

OPINION INDIVIDUELLE DE M^{me} LA JUGE SEBUTINDE

[Traduction]

Compétence ratione temporis en vertu de l'article IX de la convention sur le génocide — Désaccord sur le point 1 du dispositif — La RFY (Serbie) ne pouvait être liée par la convention sur le génocide avant le 27 avril 1992, date à laquelle elle est devenue Partie contractante par voie de succession — Les différends visés à l'article IX de la convention sur le génocide doivent porter sur l'interprétation, l'application et l'exécution de la Convention par les Parties contractantes relativement à des actes attribuables à ces Etats — La RFSY, à laquelle le demandeur attribue des actes commis avant le 27 avril 1992, est une entité qui n'existe plus et n'est plus Partie contractante — La responsabilité de la RFY (Serbie), en tant que l'un des Etats successeurs, à raison d'actes commis antérieurement au 27 avril 1992, soit avant qu'elle ne devienne un Etat ou une partie à la convention sur le génocide, ne relève pas ratione temporis de la compétence de la Cour aux termes de l'article IX.

Nécessité de faire preuve de circonspection avant d'accorder une valeur probante à la décision d'un tribunal pénal international de ne pas porter d'accusation de génocide contre tel ou tel individu, ou de tirer des conclusions de pareille décision — Aux termes du Statut du TPIY, l'instruction des dossiers et l'exercice de poursuites relèvent uniquement du pouvoir discrétionnaire et des prérogatives du procureur, sans qu'il soit tenu de divulguer les motifs de ses décisions — A la différence des décisions judiciaires, les décisions du procureur tendant à retenir ou à exclure un chef d'accusation à l'égard d'un individu sont des décisions d'ordre exécutif fondées sur les éléments de preuve prima facie disponibles et n'emportent aucune conclusion générale ou définitive quant aux faits — Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le procureur est influencé par de multiples facteurs sans rapport avec les éléments de preuve disponibles — En conséquence, la Cour doit faire preuve de circonspection avant d'accorder une valeur probante aux décisions du TPIY de ne pas porter contre certains individus d'accusation de génocide découlant du conflit en Croatie, ou d'en tirer des conclusions.

INTRODUCTION

1. Je suis d'accord avec la décision de la Cour de rejeter la demande de la Croatie et la demande reconventionnelle de la Serbie, et j'ai donc voté pour les points 2 et 3 du dispositif de l'arrêt. Cependant, j'ai voté contre le point 1, par lequel la majorité « [r]ejette la deuxième exception d'incompétence soulevée par la Serbie et dit que [la] compétence [de la Cour] pour connaître de la demande de la Croatie s'étend aux faits antérieurs au 27 avril 1992 » (par. 524), ne pouvant souscrire à cette conclusion ni au raisonnement qui la motive. A mon avis, pour les raisons que j'expose dans la présente opinion, la deuxième exception préliminaire à la demande de la Croatie aurait dû être retenue.

2. Je suis également en désaccord avec la majorité sur une question secondaire, sans incidence sur l'issue de l'affaire, mais qui mérite néanmoins qu'on

warrants elaboration, namely, the decision of the Court to give evidential weight to or draw an inference from a prosecutorial decision to charge or not to charge individuals for the crime of genocide before the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). In cases of this kind (i.e., cases involving allegations of genocide or grave violations of international criminal or humanitarian law that have already been the subject of the processes and decisions of an international criminal court) the International Court of Justice should, in my respectful view, be extremely cautious in giving any kind of weight to or drawing any inference from such a prosecutorial decision, in the absence of reasons for such decision. It is my considered opinion that, in the present Judgment, the inference that the Court draws from the absence of charges of genocide in certain ICTY indictments relating to the conflict in Croatia, without the Court having established the underlying reasons therefor, is highly speculative and can lead to undesirable conclusions. The contradictory manner in which the Judgment approaches this question only serves to further complicate the issue (see Judgment, paras. 187, 440 and 461). I elaborate my reasons below.

I. SERBIA'S OBJECTION TO THE COURT'S JURISDICTION *RATIONE TEMPORIS* AND TO THE ADMISSIBILITY OF CROATIA'S CLAIMS

3. Serbia's second preliminary objection to Croatia's claims as stated in Serbia's final submission 2 (*a*) is that, "claims based on acts and omissions which took place prior to 27 April 1992 are beyond the jurisdiction of this Court and [are] inadmissible". According to Serbia, the bulk of the alleged acts of genocide comprising Croatia's claims (i.e., 112 out of 120 alleged acts), took place prior to 27 April 1992, before the FRY (Serbia) came into existence. Serbia thus contends that even if the Court were to find that acts pre-dating 27 April 1992 could be attributed to Serbia, Croatia's claim based on those acts would still fail for the Court lacking jurisdiction *ratione temporis*. Croatia rejects this argument in its entirety.

4. The Court, in its 2008 Judgment, noted that Serbia's second preliminary objection was an "objection to jurisdiction" on the one hand, and "*one going to the admissibility of the claims*", on the other (*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. 456, para. 120; emphasis added). Observing that the objection entailed two interrelated issues, the Court stated as follows:

"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

s'y arrête plus en détail; il s'agit du choix qu'a fait la Cour d'accorder une valeur probante aux décisions du procureur du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) de porter ou non contre certains individus des accusations du crime de génocide, ou de tirer des déductions de ces décisions. Dans les affaires comme celle-ci (touchant des allégations de génocide ou de violations graves du droit international pénal ou humanitaire qui ont déjà fait l'objet de procès devant un tribunal pénal international et de décisions de celui-ci), la Cour internationale de Justice devrait, à mon avis, faire preuve d'une extrême circonspection avant d'accorder quelque valeur probante à de telles décisions judiciaires, ou d'en tirer des conclusions, lorsqu'elle ne connaît pas les raisons qui les motivent. J'estime que, dans le présent arrêt, la déduction que tire la Cour de ce que certaines des poursuites engagées devant le TPIY à la suite du conflit qui a eu lieu en Croatie n'ont pas débouché sur des inculpations du chef de génocide, alors qu'elle n'a pas élucidé les raisons motivant ces décisions, relève largement de la spéculation, au risque de mener à des conclusions regrettables. Les contradictions qui caractérisent le traitement de cette question dans l'arrêt ne font que la compliquer davantage (voir arrêt, par. 187, 440 et 461). J'expose mon point de vue plus en détail dans les paragraphes qui suivent.

I. L'EXCEPTION D'INCOMPÉTENCE *RATIONE TEMPORIS* ET D'IRRECEVABILITÉ DES DEMANDES DE LA CROATIE SOULEVÉE PAR LA SERBIE

3. La deuxième exception préliminaire aux demandes de la Croatie soulevée par la Serbie à l'alinéa *a*) du point 2 de ses conclusions finales était que «les demandes se rapportant à des actes ou omissions antérieurs au 27 avril 1992 ne rel[e]v[ai]ent pas de la compétence de la Cour et [étaient] irrecevables». Selon la Serbie, la plupart des actes allégués de génocide visés par les demandes de la Croatie (112 sur 120) étaient survenus avant le 27 avril 1992, soit avant que la RFY (Serbie) n'ait commencé à exister. La Serbie soutenait donc que, même si la Cour venait à juger que des actes antérieurs au 27 avril 1992 pouvaient lui être attribués, elle devrait rejeter la demande de la Croatie fondée sur ces actes faute d'être compétente *ratione temporis* pour connaître de ceux-ci. La Croatie rejetait entièrement cet argument.

4. Dans son arrêt de 2008, la Cour a noté que la deuxième exception préliminaire de la Serbie était présentée à la fois comme une «exception d'incompétence» et une «*exception d'irrecevabilité des demandes*» (*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. 456, par. 120; les italiques sont de moi). Notant également que cette exception comprenait deux questions liées, la Cour a dit ce qui suit:

«La 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

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.” (*I.C.J. Reports 2008*, p. 460, para. 129.)

5. By a majority vote of eleven to six, the Court considered that Serbia’s second preliminary objection “[did] not . . . possess an exclusively preliminary character”, and that in the circumstances the Court could not decide on that objection *in limine litis* (*ibid.*, p. 466, para. 146). Thus, the Court reserved its decision thereon for the merits stage of the proceedings.

6. In my view, Serbia’s second objection poses insurmountable obstacles to the admissibility of Croatia’s claim relating to acts that allegedly took place before 27 April 1992, i.e., *before* the FRY or Serbia became a party to the Genocide Convention. Whilst I agree with the Court’s view in the 2008 Judgment that “there is no express provision in the Genocide Convention limiting its jurisdiction *ratione temporis*” (*ibid.*, p. 458, para. 123), I am of the view that certain findings of the Court in that Judgment, as well as the facts of this case, dictate against the view expressed by the majority in the present Judgment that “its jurisdiction to entertain Croatia’s claim extends to acts prior to 27 April 1992” (para. 524). The following are my reasons.

7. First, the Court authoritatively determined in its 2008 Judgment that Serbia had, by way of succession, become a party to the Genocide Convention on 27 April 1992. The Court stated that

“*from that date onwards* the FRY [Serbia] would be bound by the obligations of a party in respect of all the multilateral conventions to which the SFRY had been a party at the time of its dissolution, subject of course, to any reservations lawfully made by the SFRY limiting its obligations. It is common ground that the Genocide Convention was one of these conventions, and that the SFRY had made no reservation to it; thus the FRY in 1992 accepted the obligations of that Convention . . . In the events that have occurred, this signifies that the 1992 declaration and Note had the effect of a notification of succession by the FRY to the SFRY in relation to the Genocide Convention.” (*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. 454-455, para. 117; emphasis added.)

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.» (*C.I.J. Recueil 2008*, p. 460, par. 129.)

5. Dans le même arrêt, par onze voix contre six, la Cour a dit que la deuxième exception préliminaire de la Serbie «n'a[va]it pas ... un caractère exclusivement préliminaire» et que, dans ces circonstances, elle ne pouvait statuer sur cette question *in limine litis* (*ibid.*, p. 466, par. 146). Aussi la Cour a-t-elle réservé sa décision sur ce point pour le stade du fond.

6. Selon moi, la deuxième exception de la Serbie soulevait des obstacles insurmontables à la recevabilité de la demande de la Croatie relative aux actes allégués avoir été commis avant le 27 avril 1992, c'est-à-dire *avant* que la RFY (Serbie) ne devienne partie à la convention sur le génocide. Certes, comme l'a dit la Cour dans son arrêt de 2008, «la convention sur le génocide ne contient aucune disposition expresse limitant sa compétence *ratione temporis*» (*ibid.*, p. 458, par. 123), mais j'estime que certaines conclusions de la Cour dans cet arrêt, ainsi que les faits de la présente espèce, vont à l'encontre du point de vue de la majorité dans le présent arrêt, selon lequel «[la] compétence [de la Cour] pour connaître de la demande de la Croatie s'étend aux faits antérieurs au 27 avril 1992» (par. 524). J'expose ci-après les raisons de mon désaccord.

7. Premièrement, la Cour a déterminé sans équivoque dans son arrêt de 2008 que la Serbie était, par voie de succession, devenue partie à la convention sur le génocide le 27 avril 1992. Elle a dit ce qui suit :

«[A] compter de cette date, la RFY serait liée, en tant que partie, par les obligations découlant de toutes les conventions multilatérales auxquelles la RFSY était partie au moment de sa dissolution, à moins, bien sûr, que celle-ci n'eût formulé de manière régulière des réserves limitant ses obligations. Il est constant que la convention sur le génocide faisait partie de ces conventions et que la RFSY n'avait formulé aucune réserve à son égard. La RFY a donc accepté en 1992 les obligations découlant de cette convention... Dans le contexte des événements qui se sont produits, cela signifie que la déclaration et la note de 1992 ont eu l'effet d'une notification de succession de la RFY à la RFSY à l'égard de la convention sur le génocide.» (*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. 454-455, par. 117; les italiques sont de moi.)

8. The Court's conclusion in 2008 implies that with effect from 27 April 1992, the FRY (Serbia) took on a separate identity, distinct from that of its predecessor (the SFRY), the latter having ceased to exist immediately before that date. The Court recognized the fact that Serbia's claim of continuity as originally formulated in the 27 April 1992 declaration had been rejected by the international community which insisted that Serbia could not continue the membership of the former Yugoslavia at the United Nations but had to apply for fresh membership in its own right as required by Security Council resolution 777 (1992) and General Assembly resolution 47/1. It was after Serbia complied with this requirement that the new State was admitted to the United Nations on 1 November 2000.

9. In light of this finding alone, the notion that the FRY (Serbia) could conceivably assume responsibility for the wrongful acts of its predecessor State (SFRY), seems untenable. That notion seems even more untenable when one considers that in the Agreement on Succession Issues concluded by the former Yugoslav Republics of Croatia, Slovenia, Bosnia and Herzegovina and Macedonia on 29 June 2001 and accepted by Serbia and Montenegro, all the five Republics consider themselves as "being in sovereign equality [as] successor States to the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia".

10. Secondly, it must be recalled that Croatia's claim is solely based on treaty law and that the jurisdiction of this Court is founded on consent of States parties. In the present case, Serbia recognized the jurisdiction of the Court under the Genocide Convention with effect from the date it became a party to that Convention and *not before* (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*, p. 455, para. 117). Thus, although Article IX of the Genocide Convention (the compromissory provision from which the Court in this case derives its jurisdiction) contains no limitations *ratione temporis*, there is nothing in the Convention to suggest an intention to give it retroactive effect. Moreover, that provision must be construed in light of the whole Convention and in conformity with the Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969 (VCLT), the Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties, 1978 (VCSSRT), and the ILC Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001) ("ILC Articles"). Article 28 of the VCLT provides that:

"Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist *before the date of the entry into force* of the treaty with respect to that party." (Emphasis added.)

8. Selon la conclusion énoncée en 2008 par la Cour, la RFY (Serbie), à compter du 27 avril 1992, avait assumé une nouvelle identité, distincte de celle de l'Etat prédécesseur (la RFSY), qui avait cessé d'exister immédiatement avant cette date. La Cour a constaté que la prétention de continuité de la Serbie, formulée à l'origine dans la déclaration du 27 avril 1992, avait été rejetée par la communauté internationale, qui considérait que la Serbie ne pouvait occuper la place de l'ex-Yougoslavie aux Nations Unies, et devait demander son admission en tant que nouvel Etat, comme l'exigeaient la résolution 777 (1992) du Conseil de sécurité et la résolution 47/1 de l'Assemblée générale des Nations Unies. Ce n'est qu'après avoir satisfait à cette exigence que la Serbie a été admise à l'Organisation des Nations Unies le 1^{er} novembre 2000 en tant que nouvel Etat.

9. A la lumière de cette seule constatation, l'idée que la RFY (Serbie) pouvait assumer la responsabilité de faits illicites de l'Etat prédécesseur (la RFSY) paraît indéfendable. Elle le semble encore plus si l'on considère que, selon l'accord sur les questions de succession conclu par les anciennes républiques yougoslaves de Croatie, Slovénie, Bosnie-Herzégovine et Macédoine le 29 juin 2001 et accepté par la Serbie-et-Monténégro, les cinq républiques se voient comme «également souveraines en tant qu'Etats successeurs de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie».

10. Deuxièmement, il faut rappeler que la demande de la Croatie est fondée exclusivement sur le droit des traités et que la compétence de la Cour repose sur le consentement des Etats parties. Dans la présente affaire, la Serbie a reconnu la compétence de la Cour en vertu de la convention sur le génocide à compter de la date à laquelle elle est devenue partie à celle-ci et non avant (*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. 455, par. 117*). Ainsi, bien que l'article IX de la convention sur le génocide (la clause compromissaire dont la Cour tire sa compétence en l'espèce) ne prévoit aucune limite *ratione temporis*, rien dans la Convention ne permet de déduire l'intention de lui conférer un effet rétroactif. En outre, cette disposition doit être interprétée à la lumière de l'ensemble de la Convention et conformément à la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, à la convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités de 1978 et au projet d'articles de la commission du droit international (CDI) sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite de 2001 («les Articles de la CDI»). L'article 28 de la convention de Vienne sur le droit des traités stipule ce qui suit :

«A moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou fait *antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité* au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date.» (Les italiques sont de moi.)

11. Similarly, Article 23 of the VCSSRT which deals with the effects of a notification of succession such as the one contained in Serbia's declaration provides that:

“(1) Unless the treaty otherwise provides or it is otherwise agreed, a newly independent State which makes a notification of succession under Article 17 or Article 18, paragraph 2, shall be considered a party to the treaty *from the date of the succession* of States or from the date of entry into force of the treaty, whichever is the later date.” (Emphasis added.)

12. Furthermore, Article 13 of the ILC Articles provides that “[a]n act of a State does not constitute a breach of an international obligation unless the State is bound by the obligation in question at the time the act occurs”.

13. Applying the above principles to the Genocide Convention, it is clear that the Court's jurisdiction under Article IX extends only to acts that occurred subsequent to the entry into force of the Convention as between the parties. This view is supported by recent jurisprudence of the Court, for example in *Georgia v. Russian Federation* and in *Belgium v. Senegal*. In my view, by concluding that the Court's jurisdiction to entertain Croatia's claim “extends to acts prior to 27 April 1992” (Judgment, para. 524), the majority of the Court accorded to Article IX of the Convention a retroactive construction; one not supported by the above cardinal principles. I am also not persuaded by the reasoning given in the present Judgment in support of such a conclusion. That construction in effect presupposes that the Court has jurisdiction to deal with issues of State succession to obligations of the SFRY which may have arisen as a consequence of breaches of the Convention when the SFRY was still in existence; which issues may have been relevant if the Court had in 2008 deemed Serbia to be a continuator of the SFRY rather than a successor State.

14. The Judgment correctly analyses the provisions of the Genocide Convention in paragraphs 90 to 99 in light of its *travaux préparatoires* and the Court's jurisprudence, before concluding that its substantive provisions “do not impose upon a State obligations in relation to acts said to have occurred before that State became bound by the Convention” (*ibid.*, para. 100). In light of such an unequivocal conclusion, I find untenable the position that the majority adopts thereafter, finding that

“to the extent that the dispute concerns acts said to have occurred before [27 April 1992] [i.e., before Serbia became a party to the Convention], 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” (*ibid.*, para. 117).

11. De même, l'article 23 de la convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités, qui porte sur les effets d'une notification de succession analogue à celle qui figure dans la déclaration de la Serbie, prévoit ce qui suit :

«1. A moins que le traité n'en dispose autrement ou qu'il n'en soit autrement convenu, un Etat nouvellement indépendant qui fait une notification de succession conformément à l'article 17 ou au paragraphe 2 de l'article 18 est considéré comme partie au traité à compter de la date de la succession d'Etats ou à compter de la date de l'entrée en vigueur du traité, si cette date est postérieure.» (Les italiques sont de moi.)

12. En outre, l'article 13 des Articles de la CDI précise que «[l]e fait de l'Etat ne constitue pas une violation d'une obligation internationale à moins que l'Etat ne soit lié par ladite obligation au moment où le fait se produit».

13. Si l'on applique ces principes à la convention sur le génocide, il est clair que la compétence de la Cour en vertu de l'article IX ne s'étend qu'aux actes postérieurs à l'entrée en vigueur de la Convention entre les parties à un différend. Cette interprétation est étayée par la jurisprudence récente de la Cour, par exemple en l'affaire *Géorgie c. Fédération de Russie* et l'affaire *Belgique c. Sénégal*. A mon avis, en concluant que la compétence de la Cour pour connaître de la demande de la Croatie «s'étend aux faits antérieurs au 27 avril 1992» (arrêt, par. 524), la majorité a conféré à l'article IX de la Convention un élément de rétroactivité qui ne concorde pas avec les principes cardinaux ci-dessus. Je ne suis pas non plus convaincue par le raisonnement avancé dans l'arrêt à l'appui de cette conclusion. Ce raisonnement présuppose en effet que la Cour a compétence pour connaître de questions relatives à la succession d'Etats à des obligations de la RFSY pouvant découler de violations de la Convention commises alors que la RFSY existait encore, questions qui auraient pu être pertinentes si la Cour avait, en 2008, considéré la Serbie comme Etat continuateur de la RFSY plutôt qu'Etat successeur.

14. Aux paragraphes 90 à 99 de l'arrêt, la Cour présente une analyse juste des dispositions de la convention sur le génocide, à laquelle elle procède à la lumière des travaux préparatoires et de sa jurisprudence, et conclut que les dispositions de fond de la Convention «n'imposent, relativement aux actes censés avoir été commis avant que l'Etat concerné ne devienne partie à celle-ci, aucune obligation à ce dernier» (*ibid.*, par. 100). Vu cette conclusion sans ambiguïté aucune, je trouve indéfendable la position adoptée ensuite par la majorité, à savoir que

«le différend entre également dans le champ [de l'article IX] dans la mesure où il se rapporte à des actes qui seraient antérieurs [au 27 avril 1992,] [c'est-à-dire antérieurs à la date à laquelle la Serbie est devenue partie à la Convention], et [que la Cour] a compétence pour connaître de la demande de la Croatie dans son ensemble» (*ibid.*, par. 117).

15. The majority view is premised upon two grounds: first, that the dispute between the Parties concerns “the interpretation, application and fulfilment of the provisions of the Genocide Convention”, including “the responsibility of a State for genocide” as required by Article IX. The second ground is that the question whether or not the acts complained of by Croatia were contrary to the Genocide Convention and if so, whether they were attributable to and thus engaged the responsibility of the SFRY, “are matters falling squarely within the scope *ratione materiae* of the jurisdiction provided for by Article IX” (Judgment, para. 113). In my view, both grounds are irrelevant in assessing the Court’s jurisdiction *ratione temporis* under Article IX of the Convention. First, the dispute referred to in Article IX must be between Contracting Parties, in this case, Serbia and Croatia. The SFRY, to which Croatia attributes the acts complained of, is no longer in existence and is no longer a Contracting Party. Secondly, the dispute envisaged under that Article must concern the interpretation, application and fulfilment of the Convention by the Contracting Parties. In the present case, it should concern Serbia’s responsibility for acts directly attributable to that State as a Contracting Party, and not to the SFRY, a predecessor State. In this regard, the majority reasoning and conclusion introduces subtle issues of State succession to responsibility into Article IX, which interpretation, in my respectful opinion, is not supported by the Convention. For all the above reasons, I disagree with the majority. This brings me to the second point of my separate opinion.

II. THE INFERENCE TO BE DRAWN FROM A PROSECUTORIAL DECISION NOT TO CHARGE INDIVIDUALS FOR GENOCIDE

16. The probative value to be accorded to various documents emanating from judgments of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) was discussed by the Court in its 2007 Judgment (*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. 43). While those findings must be read in light of the “broad measure of agreement between the Parties” on this point and the fact that the findings are not *res judicata* for the present case, Croatia and Serbia have generally accepted them in the present proceedings. In particular, the Court stated regarding charges included or excluded in an indictment, as follows:

“The Applicant placed some weight on indictments filed by the [ICTY] Prosecutor. But the claims made by the Prosecutor in the indictments are just that — allegations made by one party. They have still to proceed through the various phases outlined earlier. The Pros-

15. Le point de vue de la majorité repose sur deux prémisses; la première est que le différend entre les Parties est un différend relatif à «l'interprétation, l'application ou l'exécution des dispositions de fond de la convention sur le génocide», notamment un différend concernant «la responsabilité d'un Etat en matière de génocide», comme le veut l'article IX. La deuxième est que la question de savoir si les actes dont se plaint la Croatie sont contraires à la convention sur le génocide et si, dans l'affirmative, ils étaient attribuables à la RFSY et ont donc engagé sa responsabilité, «entr[e] sans contredit dans le champ de la compétence *ratione materiae* prévue à l'article IX» (arrêt, par. 113). A mon sens, ces deux prémisses sont dénuées de pertinence pour déterminer si la Cour a compétence *ratione temporis* en vertu de l'article IX de la Convention. Premièrement, le différend visé à l'article IX doit être un différend entre Parties contractantes, en l'occurrence la Serbie et la Croatie. La RFSY, à laquelle la Croatie attribue les actes allégués, n'existe plus et n'est plus Partie contractante. Deuxièmement, l'article concerne les différends relatifs à l'interprétation, à l'application et à l'exécution de la Convention par les Parties contractantes. Dans la présente affaire, ce différend devait concerner la responsabilité de la Serbie à raison d'actes directement attribuables à cet Etat en tant que Partie contractante, et non d'actes attribuables à la RFSY, Etat prédécesseur. A cet égard, le raisonnement et la conclusion de la majorité introduisent dans l'article IX de subtiles considérations de succession d'Etats à la responsabilité — interprétation qui, à mon humble avis, n'est pas étayée par le texte de la Convention. Pour toutes ces raisons, je suis en désaccord avec la majorité. J'en viens maintenant à la seconde partie de mon opinion individuelle.

II. LES DÉDUCTIONS À TIRER DE LA DÉCISION D'UN PROCUREUR DE NE PAS RETENIR CONTRE CERTAINS INDIVIDUS LE CHEF D'ACCUSATION DE GÉNOCIDE

16. La valeur probante à accorder à différents documents émanant de décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) a été examinée par la Cour dans son arrêt de 2007 (*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. 43). Bien que les conclusions formulées dans cet arrêt doivent être lues à la lumière de «la large mesure d'accord entre les Parties» sur ce point et compte tenu de ce qu'elles ne sont pas *res judicata* pour la présente affaire, la Croatie et la Serbie les ont généralement acceptées en l'espèce. En particulier, à propos des chefs qui sont retenus dans un acte d'accusation ou en sont retirés, la Cour s'est prononcée comme suit :

«Le demandeur a accordé un certain poids aux actes d'accusation établis par le procureur [du TPIY]. Toutefois, les allégations qui y sont formulées par le procureur ne sont rien de plus que les allégations d'une partie. Elles doivent encore être examinées dans le cadre des différentes

ecutor may, instead, decide to withdraw charges of genocide or they may be dismissed at trial. Accordingly, as a general proposition the inclusion of charges in an indictment cannot be given weight. What may however be significant is the decision of the Prosecutor, either initially or in an amendment to an indictment, not to include or to exclude a charge of genocide.” (*I.C.J. Reports 2007 (I)*, p. 132, para. 217.)

17. The implication of the above statement by the Court, is that the decision of a prosecutor *not* to include a charge of genocide in an ICTY indictment may assist in disproving the existence of the responsibility of a State for acts of genocide. This is a proposition with which I do not agree. Certainly in the present Judgment, the majority appears, in one part, to have placed some weight on the fact that “the ICTY Prosecutor has never charged any individual on account of genocide [committed] against the Croat population in the context of the armed conflict which took place” (Judgment, para. 440), while, in another passage, the Court states that “[t]he Court did not intend to turn the absence of charges into decisive proof that there had not been genocide, but took the view that this factor may be of significance and would be taken into consideration” (*ibid.*, para. 187). Apart from the problematic fact that these two passages appear to apply two different evidential standards, my view is that this Court should be cautious in attaching *any* evidential weight to or drawing inferences from such decisions, essentially for the reasons thoroughly explained by Croatia in its oral submissions in this case. Those reasons, with which I agree, relate mainly to the inherently discretionary nature of prosecutorial decisions and to the fundamental distinction between individual criminal responsibility for specific crimes under international humanitarian law, on the one hand, and State responsibility for a series of wrongful acts committed by multiple actors, under the Genocide Convention, on the other. For ease of reference those reasons are summarized below.

1. Prosecutorial discretion

18. Under Article 16 (1) of the ICTY Statute, responsibility is vested in the ICTY Prosecutor for the investigation and prosecution of crimes. The ICTY Prosecutor, like any other prosecutor, has a wide discretion both in commencing and conducting an investigation, and in relation to the charges to be included in an indictment. In exercising that discretion, the Prosecutor is not obligated to reveal the reasons behind the decisions he or she takes, not even to the Defence. Under Article 18 (1) of the ICTY Statute, the ICTY Prosecutor may initiate investigations *ex officio* or on the basis of information from any source. It is for the Prosecutor to access the available evidence and decide whether there is a sufficient (*prima facie*) basis to proceed. Thus, from the very outset, it is the available evidence *at that stage* that will influence the investigations and, in turn, influence any prosecutorial decision about the charge. Furthermore, since the

étapes indiquées ci-dessus. Le procureur peut décider de retirer les accusations de génocide et celles-ci peuvent également être écartées au procès. Dès lors, l'on ne saurait, en règle générale, accorder de poids au fait que tel ou tel chef figure dans un acte d'accusation. Ce qui, en revanche, peut être important, c'est la décision prise par le procureur, d'emblée ou par modification de l'acte d'accusation, de ne pas inclure ou de retirer le chef de génocide.» (*C.I.J. Recueil 2007 (I)*, p. 132, par. 217.)

17. Il semble découler de ce prononcé que la décision prise par le procureur de *ne pas* inclure le chef de génocide dans un acte d'accusation du TPIY peut contribuer à infirmer la responsabilité d'un Etat à raison d'actes de génocide. Je ne suis pas d'accord avec cette proposition. Dans le présent arrêt en tout cas, la majorité semble, d'une part, avoir accordé un certain poids au fait que «le procureur du TPIY n'a jamais inculpé d'individus pour génocide à l'encontre de la population croate dans le contexte du conflit armé qui s'est déroulé» (arrêt, par. 440), tandis que, dans un autre passage, la Cour déclare qu'«elle n'a pas entendu faire de l'absence de poursuite une preuve décisive de l'inexistence du génocide, mais ... a estimé qu'il pouvait s'agir d'un élément important à prendre en considération» (*ibid.*, par. 187). Outre le problème que soulève l'application apparente, dans ces deux passages, de critères différents d'établissement de la preuve, j'estime que la Cour doit être prudente avant d'accorder *quelque poids que ce soit* à ces décisions ou d'en tirer des déductions, essentiellement pour les raisons qui ont été expliquées de façon exhaustive par la Croatie dans ses plaidoiries en la présente instance. Ces raisons, auxquelles je souscris, sont principalement liées au caractère discrétionnaire, par nature, des décisions du procureur et à la distinction fondamentale à opérer entre la responsabilité pénale d'individus pour certains crimes au regard du droit international humanitaire, d'une part, et la responsabilité de l'Etat pour une série de faits illicites au regard de la convention sur le génocide qui ont été commis par des acteurs multiples, d'autre part. Pour plus de commodité, ces raisons sont résumées ci-après.

1. Le pouvoir discrétionnaire du procureur

18. En vertu du paragraphe 1 de l'article 16 du Statut du TPIY, le procureur est responsable de l'instruction des dossiers et de l'exercice de la poursuite contre les auteurs de crimes. Le procureur du TPIY, à l'instar de tout procureur, jouit d'un large pouvoir discrétionnaire tant pour engager et mener l'instruction d'une affaire qu'à l'égard des chefs à retenir dans l'acte d'accusation. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le procureur n'est pas tenu de révéler, même à la défense, les raisons qui l'amènent à prendre ses décisions. Selon le paragraphe 1 de l'article 18 du Statut du TPIY, le procureur peut ouvrir une information d'office ou sur la foi des renseignements obtenus de toutes sources. Il lui incombe d'obtenir les éléments de preuve disponibles et de décider s'il existe (*prima facie*) une preuve suffisante pour engager des poursuites. Dès le départ, ce sont donc les éléments de preuve *déjà* disponibles qui influent sur l'instruction et,

jurisdiction of the ICTY is over individuals, it is also inevitable that any investigation started by the ICTY Prosecutor must focus on the activities of one or more identified individuals. Such an investigation is based on available evidence at the time and involves no general or definitive finding of fact. It is from the outset an investigation into an individual or individuals, intended to ascertain whether there is *prima facie* evidence to charge *them* with any offence. In that sense, the investigation will follow a relatively narrow course.

19. Furthermore, the discretion of a prosecutor also operates at other levels. For example, it is plain that neither the ICTY Statute nor the ICTY Rules of Procedure and Evidence impose an obligation on the Prosecutor either to investigate or to prosecute. Nor is there an obligation to pursue the most serious charges available on the totality of the evidence in any given case. The Prosecutor is free to characterize the conduct of an accused under any appropriate heading. In international law, the vast majority of crimes are very serious but not all can be pursued. The ICTY, in the *Mucić* case, emphasized the breadth of prosecutorial discretion as to investigations and indictments and the “finite human and financial resources” available which means that the Prosecutor “cannot realistically be expected to prosecute every offender”. This principle applies equally in respect of the choice of charge. The reality is that a very wide range of factors may influence the discretion to prosecute which cannot have any material significance for the determination of issues before this Court. These include cost, length, manageability, availability of witnesses and sometimes availability of the accused. It is not uncommon for a prosecutor to decide not to bring charges against an individual, not because a conclusion has been reached on the basis of the evidence but, much more pragmatically, on the basis that a key witness is unable or unwilling to provide the necessary evidence, either at all, or on conditions acceptable to the Court. No sensible inference about the commission of a crime can be drawn from that set of circumstances.

2. *The Prosecutor’s prerogative to charge*

20. Secondly, unlike the position in some domestic jurisdictions, the ICTY Prosecutor is under no obligation to give reasons for decisions whether or not to charge particular persons or particular crimes; and as a matter of fact, the ICTY Prosecutor has not done so in any case relevant to the issues before this Court. There is therefore simply no way of telling whether the Prosecutor reached a considered evaluation that particular events did not amount to the crime of genocide or, alternatively, whether charges were not brought for some other wholly unrelated

ensuite, sur la décision du procureur concernant les chefs d'accusation. En outre, étant donné que le TPIY a compétence sur les personnes, il est également inévitable que l'information ouverte par le procureur mette l'accent sur les activités d'un ou de plusieurs individus. L'information est fondée sur les éléments de preuve déjà disponibles et ne comporte aucune constatation générale ni définitive quant aux faits. Il s'agit, dès le départ, d'une information ouverte sur un ou plusieurs individus dans le but de déterminer s'il existe *prima facie* des preuves permettant de les inculper d'un délit quelconque. En ce sens, l'information a une portée relativement étroite.

19. En outre, le pouvoir discrétionnaire du procureur s'exerce sur d'autres plans. Par exemple, il est clair que ni le Statut ni le Règlement de procédure et de preuve du TPIY n'imposent au procureur l'obligation d'ouvrir une information ou d'engager des poursuites. Celui-ci n'est pas non plus tenu d'engager des poursuites pour les chefs d'accusation les plus graves qui ressortent de tous les éléments de preuve recueillis dans une affaire. Le procureur est libre de qualifier la conduite d'un inculpé selon les chefs qu'il juge appropriés. La vaste majorité des crimes au regard du droit international sont très graves, mais ils ne peuvent pas tous faire l'objet de poursuites. Le TPIY, dans l'affaire *Mucić*, a souligné l'ampleur du pouvoir discrétionnaire du procureur en matière d'enquêtes et d'accusations, et aussi mentionné les «ressources humaines et financières limitées» dont il dispose, ce qui signifie que l'on ne peut s'attendre, «de façon réaliste», à ce que le procureur «poursuive chacun des contrevenants». Cette constatation vaut aussi pour le choix des chefs d'accusation. En réalité, l'exercice par le procureur de son pouvoir discrétionnaire de poursuite peut être influencé par un très grand nombre de facteurs, qui ne sauraient influencer sur l'examen par la Cour de questions qui lui sont soumises. Ces facteurs sont, entre autres, le coût et la longueur des procédures et la difficulté de leur gestion, la disponibilité des témoins, voire la possibilité ou non d'arrêter l'inculpé. Il n'est pas rare que le procureur renonce à inculper un individu non pas faute d'éléments de preuve concluants, mais, plus prosaïquement, parce qu'un témoin clé n'est pas en mesure de fournir les éléments de preuve nécessaires ou n'est pas disposé à les fournir du tout ou selon des conditions acceptables pour le tribunal. On ne saurait tirer de décisions influencées par un pareil ensemble de circonstances de conclusions raisonnables sur la commission d'un crime.

2. La prérogative du procureur en matière d'accusation

20. Deuxièmement, à la différence de ses homologues de certains tribunaux internes, le procureur du TPIY n'est nullement tenu de motiver ses décisions relatives aux chefs d'accusation qu'il retient ou non contre des individus ou à l'égard de certains crimes; d'ailleurs, il ne l'a fait pour aucune des affaires pertinentes pour les questions dont est saisie la Cour. En conséquence, il n'y a aucun moyen de savoir si le procureur a, après examen, estimé que certains actes ne constituaient pas un crime de génocide, ou s'il n'a pas retenu le génocide comme chef d'accusation pour une

reason. In that regard, the evidential significance of such a decision should be minimal, since the Prosecutor's decisions are not judicial but executive in status, and involve no definitive finding of fact.

*3. Distinguishing individual criminal responsibility
and State responsibility*

21. Lastly, a decision to prosecute an individual may well be made for reasons wholly unconnected to the question of State responsibility for violation of the Genocide Convention. More fundamentally than that, the ICTY and this Court are asked to address entirely different legal questions; the answers to which should not be determinative of each other. The ICTY is concerned with individual responsibility for particular crimes, not State responsibility for an accumulation of crimes. The ICTY's scope of inquiry is limited to the operations of one accused in relation to each charge. That represents a small segment or puzzle-piece in the much larger picture that this Court is asked to consider, namely, the cumulative impact on a protected group of a series of crimes, systematically perpetrated on a large section of the population, over a wide geographical area, by a large number of perpetrators, some or all of whom cannot be identified and brought to justice before the ICTY for their part in events. This Court is able to, and must, take a global view of all the evidence, including findings already made by the ICTY. It also has before it, and is able to rule on, additional evidence that was not the subject of charges before the ICTY. For example, the total destruction of the city of Vukovar and its civilian population was not charged in the *Mrkšić* indictment; nor were the killings and torture at Velepromet. Also before this Court are findings of genocidal forcible displacement by the Croatian national courts in cases such as *Koprivna* and *Velimir*, along with convictions by the Belgrade District Court War Crimes Chamber of Serbian perpetrators of atrocities in Croatia. This Court is in a far better position than the ICTY Prosecutor, and indeed the ICTY itself, to assess whether the totality of the crimes committed amounted to genocide. In conclusion, the International Court of Justice should, in my respectful view, be extremely cautious in giving any kind of weight to a prosecutorial decision to charge or not charge a particular individual for a particular crime or crimes, in the absence of reasons for such a decision.

(Signed) Julia SEBUTINDE.

tout autre raison. Ainsi, il faut considérer la valeur probante d'une telle décision comme minime, étant donné que les décisions du procureur sont de nature non pas judiciaire mais exécutive, et ne comportent aucune constatation définitive quant aux faits.

3. *Distinction entre la responsabilité pénale individuelle et la responsabilité de l'Etat*

21. Enfin, la décision d'engager des poursuites contre un individu peut être motivée par des raisons sans aucun rapport avec la question de la responsabilité de l'Etat pour violation de la convention sur le génocide. Ce qui est encore plus fondamental, c'est que le TPIY et la Cour sont saisis de questions juridiques tout à fait différentes; les réponses qu'ils y apportent respectivement ne sauraient donc avoir une incidence les unes sur les autres. Le TPIY examine des questions liées à la responsabilité d'individus pour certains crimes, et non à la responsabilité de l'Etat à raison d'une accumulation de crimes. Le champ de l'examen auquel procède le TPIY se limite aux actes d'un inculpé considérés au regard de chacun des chefs d'accusation. Il s'agit là d'un petit élément, ou d'une pièce du puzzle, dans le tableau beaucoup plus large que la Cour était appelée à examiner, à savoir l'incidence cumulative sur un groupe protégé d'une série de crimes, perpétrés systématiquement contre une large fraction de la population dans une zone géographique étendue, par un grand nombre d'auteurs, dont certains ou tous ne peuvent être identifiés ni traduits devant le TPIY pour la part qu'ils ont prise aux événements. La Cour peut et doit avoir une vue d'ensemble de la totalité des éléments de preuve, y compris les constatations du TPIY. Elle est de plus saisie d'éléments de preuve supplémentaires qui n'ont pas figuré parmi les preuves à charge dans les affaires portées devant le TPIY, et sur lesquels elle peut se prononcer. Par exemple, la destruction totale de la ville de Vukovar et de sa population civile ne figurait pas dans l'acte d'accusation en l'affaire *Mrkšić*, non plus que les meurtres et les actes de torture commis à Velepromet. La Cour dispose également des conclusions de tribunaux croates sur les déplacements forcés génocidaires dans des affaires comme celles de *Koprivna* et de *Velimir*, ainsi que des condamnations que la chambre de la cour de district de Belgrade chargée des crimes de guerre a prononcées contre les auteurs serbes d'atrocités commises en Croatie. Elle est donc beaucoup mieux placée que le procureur du TPIY, voire que le TPIY lui-même, pour déterminer si la totalité des crimes commis constituait un génocide. Pour conclure, la Cour internationale de Justice devrait, à mon humble avis, se montrer extrêmement circonspecte avant d'accorder un poids quelconque à la décision d'un procureur d'inculper ou non un individu d'un crime ou de crimes particuliers alors qu'elle ignore les motifs de cette décision.

(Signé) Julia SEBUTINDE.