

SEPARATE OPINION OF JUDGE TOMKA

The Court's jurisdiction — Court informed FRY in 2003 that it could present further argument on jurisdiction at merits stage — Court Statute and Rules do not prohibit objections to jurisdiction at merits stage and Court must examine such issues proprio motu if necessary — Principle of res judicata does not bar Court's reconsideration of its jurisdiction — Court's Judgment of 11 July 1996 did not address the jurisdictional question now raised (whether FRY was party to the Statute by virtue of United Nations membership when the Application was filed in March 1993) and is thus not preclusive — Reviewing jurisdiction de novo, Court has jurisdiction — Access to the Court under Article 35 distinguished from jurisdiction ratione personae — Access requirement now met because FRY became a Member of the United Nations on 1 November 2000, and has therefore had access to the Court since that date — Jurisdiction ratione personae established because FRY has been party to Genocide Convention since April 1992 under rule of ipso jure succession as applied to cases of State dissolution — Fact that FRY did not have access to Court when Application filed is remediable defect which does not, once remedied, preclude exercise of jurisdiction.

Interpretation of Genocide Convention — Convention primarily instrument of international criminal law which compels States to undertake to prevent genocide and to punish its perpetrators — Drafting history of Convention does not support view that States can be criminally responsible for genocide — Court's jurisdiction under Article IX encompasses the determination of whether a State has breached its obligations under the Convention and the international responsibility it incurs, but not the determination of whether the crime of genocide was committed — Regarding obligation to prevent genocide, evidence has not established that FRY authorities knew in advance of plan to execute Bosnian Muslim men in Srebrenica, and thus could have acted to prevent it — FRY failed to comply with some of the provisional measures ordered by the Court in 1993.

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE TOMKA

[Traduction]

Compétence de la Cour — La RFY informée en 2003 par la Cour qu'elle pouvait présenter des arguments supplémentaires sur la compétence lors de la phase de l'examen au fond — Statut et Règlement de la Cour n'interdisant pas que soient soulevées des exceptions d'incompétence lors de la phase consacrée au fond, la Cour devant, s'il y a lieu, examiner de telles questions d'office — Principe de l'autorité de la chose jugée n'empêchant pas la Cour de se pencher de nouveau sur sa compétence — Arrêt rendu par la Cour le 11 juillet 1996 n'ayant pas traité la question de compétence soulevée aujourd'hui (celle de savoir si la RFY, au moment du dépôt de la requête en mars 1993, était partie au Statut en vertu de sa qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies) et n'interdisant donc pas qu'elle soit examinée — Après réexamen de la question, la Cour a compétence — Distinction entre accès à la Cour conformément à l'article 35 et compétence ratione personae — Condition de l'accès aujourd'hui remplie car la RFY est devenue Membre de l'Organisation des Nations Unies le 1^{er} novembre 2000 et a par conséquent qualité pour ester devant la Cour depuis cette date — Compétence ratione personae établie puisque la RFY est partie à la convention sur le génocide depuis le mois d'avril 1992 en vertu de la règle de succession ipso jure telle qu'appliquée aux cas de dissolution d'Etat — Fait que la RFY n'avait pas accès à la Cour au moment du dépôt de la requête constituant un défaut auquel il peut être remédié et qui, dès lors, ne fait pas échec à l'exercice de la compétence.

Interprétation de la convention sur le génocide — Convention constituant avant tout un instrument de droit pénal international qui oblige les Etats à s'engager à prévenir le génocide et à punir les personnes qui le commettent — Histoire rédactionnelle de la Convention n'étayant pas la thèse selon laquelle les Etats peuvent être pénalement responsables de génocide — Compétence conférée par l'article IX à la Cour lui imposant également de déterminer si un Etat a violé les obligations lui incombant aux termes de la Convention et s'il a engagé sa responsabilité internationale, mais pas de statuer sur la question de savoir si le crime de génocide a été commis — Relativement à l'obligation de prévenir le génocide, éléments de preuve n'ayant pas permis d'établir que les autorités de la RFY avaient à l'avance connaissance du plan consistant à exécuter les hommes musulmans de Bosnie à Srebrenica et auraient donc pu prendre des mesures pour prévenir sa mise en œuvre — RFY ne s'étant pas conformée à certaines des mesures conservatoires indiquées par la Cour en 1993.

TABLE OF CONTENTS

	<i>Paragraphs</i>
INTRODUCTION	1-4
I. THE COURT'S JURISDICTION	5-36
1. <i>Res judicata</i> : What is its scope as far as the 1996 Judgment is concerned?	11-13
2. Access and jurisdiction	14-15
3. Did the Federal Republic of Yugoslavia have access to the Court in March 1993?	16-23
4. Ascertaining of the Court's jurisdiction <i>de novo</i>	24-36
II. THE MERITS	37-71
A. Interpretation of the Genocide Convention	37-61
1. Article I	40-45
2. Article II	46
3. Article III	47
4. Article IV	48
5. Article VI	49
6. Article IX	50-60
(a) Disputes relating to the fulfilment of the Convention	51-52
(b) Disputes relating to the responsibility of a State for genocide	53-60
7. Conclusions on the interpretation of the Convention	61
B. Comments on some of the Court's findings	62-71
1. The obligation to prevent	62-68
2. The responsibility for non-compliance with the Orders indicating provisional measures	69-71
CONCLUDING REMARKS	72-73

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-4
I. COMPÉTENCE DE LA COUR	5-36
1. Autorité de la chose jugée: dans quelle mesure l'arrêt de 1996 en est-il revêtu?	11-13
2. Accès et compétence	14-15
3. La République fédérale de Yougoslavie avait-elle qualité pour ester devant la Cour en mars 1993?	16-23
4. Détermination <i>de novo</i> de la compétence de la Cour	24-36
II. FOND	37-71
A. Interprétation de la convention sur le génocide	37-61
1. L'article premier	40-45
2. L'article II	46
3. L'article III	47
4. L'article IV	48
5. L'article VI	49
6. L'article IX	50-60
a) Différends relatifs à l'exécution de la Convention	51-52
b) Différends relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide	53-60
7. Conclusions concernant l'interprétation de la Convention	61
B. Commentaires sur certaines conclusions de la Cour	62-71
1. L'obligation de prévenir	62-68
2. Responsabilité pour non-respect des ordonnances en indication de mesures conservatoires	69-71
OBSERVATIONS FINALES	72-73

INTRODUCTION

1. The Judgment of the Court closes a particularly tragic case. When the Court was seised of this case, the fratricidal war in Bosnia and Herzegovina was raging. Over a period of more than four years, the Parties now agree, the war claimed about 100,000 human lives, wounded countless others, and inflicted enormous material damage. It deeply affected people in the region, further generating mistrust and sometimes outright hatred between different ethnic and religious communities. It should never have happened. Unfortunately, it did.

2. The Government of Bosnia and Herzegovina turned to the Court 14 years ago, in March 1993, in the midst of the bloody conflict which was ravaging its territory. Among its most serious allegations, the Applicant, the Republic of Bosnia and Herzegovina, claimed that the Respondent, Yugoslavia (Serbia and Montenegro), engaged in multiple violations of obligations under Articles I to V of the Genocide Convention. The Government of Bosnia and Herzegovina also requested the Court twice in 1993 to indicate provisional measures. The Court did so. Unfortunately, the measures did not prevent further atrocities from being committed. The Court has now found that the breach of the obligations under Article I of the Genocide Convention occurred in July 1995. Yet, it was unable to prevent that breach or the ensuing violence.

3. The courts are usually powerless to stop wars. Wars always involve more than just legal disputes. In the United Nations system of collective security, it is the Security Council which bears primary responsibility for the maintenance of international peace and security. Courts usually can only sort out *ex post* the legal consequences of the wars provided they have jurisdiction over the particular case, and always within the strict limits of such jurisdiction.

4. The dispute before the Court has involved two States, but it is not only an inter-State dispute. It also has an intra-State dimension within Bosnia and Herzegovina. Political representatives of the Bosnian Serbs attempted in 1999 to withdraw the case, and have remained opposed to its continuance (see Judgment, paras. 19-25). On the day of the opening of the hearings 27 February 2006 the Court received a letter from Mr. Paravac, then Member of the Presidency of Bosnia and Herzegovina from the Republika Srpska. He informed the Court that the Parliament of Bosnia and Herzegovina did not approve financing for the expenses of Bosnia and Herzegovina's legal team in the case from the federal budget, and that he had seised the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina to decide whether the authorization to institute proceedings in the International Court of Justice granted in 1993 by President Izetbegović

INTRODUCTION

1. L'arrêt de la Cour met un terme à une affaire particulièrement tragique. Lorsque la Cour en a été saisie, la guerre fratricide en Bosnie-Herzégovine faisait rage. Ainsi que les Parties en conviennent aujourd'hui, elle a, sur une période de plus de quatre ans, coûté la vie à quelque cent mille personnes, fait d'innombrables blessés et causé des dégâts matériels considérables. Elle a profondément meurtri les habitants de la région, attisant la méfiance et, parfois, la haine pure et simple entre différentes communautés ethniques et religieuses. Tout cela n'aurait jamais dû se produire. Tout cela s'est malheureusement produit.

2. Le Gouvernement de la Bosnie-Herzégovine s'est tourné vers la Cour il y a quatorze ans, en mars 1993, alors que le conflit meurtrier ravageait sur son territoire. Parmi ses accusations les plus graves, le demandeur, la République de Bosnie-Herzégovine, prétendait que le défendeur, la Yougoslavie (Serbie-et-Monténégro), se livrait à de nombreuses violations des obligations lui incombant en vertu des articles premier à V de la convention sur le génocide. Le Gouvernement de la Bosnie-Herzégovine a également prié la Cour, à deux reprises pendant l'année 1993, d'indiquer des mesures conservatoires. La Cour l'a fait. Malheureusement, ces mesures n'ont pas empêché que de nouvelles atrocités soient commises. La Cour a aujourd'hui établi que le manquement aux obligations énoncées à l'article premier de la convention sur le génocide s'était produit en juillet 1995. Cependant, elle n'a pas été en mesure de prévenir ce manquement ni les violences qui en ont résulté.

3. La justice est généralement impuissante à mettre un terme aux guerres. Celles-ci dépassent toujours le cadre de différends purement juridiques. Dans le système de sécurité collective de l'Organisation des Nations Unies, c'est le Conseil de sécurité qui exerce la responsabilité principale en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales. Les organes judiciaires ne peuvent en général que remédier a posteriori aux conséquences juridiques des guerres, à condition toutefois qu'ils aient compétence pour connaître de l'affaire en question et toujours dans les strictes limites de cette compétence.

4. Le différend porté devant la Cour opposait deux Etats, mais il ne s'agit pas seulement d'un différend interétatique. Il revêt également une dimension intra-étatique, au sein de la Bosnie-Herzégovine. Des représentants politiques des Serbes de Bosnie ont, en 1999, tenté de retirer l'affaire du rôle de la Cour, et ils sont restés opposés à sa poursuite (voir arrêt, par. 19-25). Le 27 février 2006, jour de l'ouverture des audiences, la Cour a reçu une lettre de M. Paravac, alors membre de la présidence de Bosnie-Herzégovine représentant la Republika Srpska. Ce dernier a informé la Cour que le Parlement de Bosnie-Herzégovine n'avait pas approuvé le financement par le budget fédéral des dépenses de l'équipe juridique de Bosnie-Herzégovine en l'affaire, et qu'il avait saisi la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine pour que celle-ci détermine si l'autorisation donnée en 1993 par le président Izetbegović d'introduire

was in conformity with the Constitution. No further communication on this issue was received by the Court. This dimension of the case however did not have any bearing on its consideration and adjudication by the Court.

I. THE COURT'S JURISDICTION

5. The Court in the Judgment affirms its jurisdiction on the ground that “the principle of *res judicata* precludes any reopening of the decision embodied in the 1996 Judgment” (Judgment, para. 140). I have serious misgivings about the Court’s reasoning and feel compelled to elaborate my views thereon. However, because I ultimately find, although on a different ground, that the Court has jurisdiction over this case, I have voted in favour of the first paragraph of the *dispositif*.

6. My misgivings are caused by the fact that the Court in 2003, after it had considered the “Initiative of Serbia and Montenegro to the Court to Reconsider ex officio Jurisdiction over Yugoslavia”, dated 4 May 2001, informed the Parties that “[s]hould Serbia and Montenegro wish to present further argument to the Court on jurisdictional questions during the oral proceedings on the merits, it w[ould] be free to do so” (letter of the Registrar of 12 June 2003, the text of which was approved by the Court, Judgment, para. 82). The Parties were also informed that, “as the Court has emphasized in the past, [it] is entitled to consider jurisdictional issues *proprio motu*”, and “must . . . always be satisfied that it has jurisdiction, and must if necessary go into that matter *proprio motu*” (*Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan)*, Judgment, I.C.J. Reports 1972, p. 52, para. 13). Finally the Court assured the Parties that it “w[ould] not give judgment on the merits in the present case unless it [was] satisfied that it ha[d] jurisdiction” (Judgment, para. 82).

7. The Court thus allowed the Respondent to raise the issue of its jurisdiction at the merits stage despite having upheld its jurisdiction in 1996 (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II), p. 623, para. 47), and having found the request for revision inadmissible in February 2003 (*Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, Preliminary Objections (*Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina*), Judgment, I.C.J. Reports 2003, p. 32, para. 75).

8. The position the Court communicated to the Parties in its June 2003 letter was in conformity with its jurisprudence and practice. For example, the Court stated in the *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council* that

une instance devant la Cour internationale de Justice était conforme à la Constitution ; la Cour n'a reçu aucune communication ultérieure sur cette question. Cet aspect de l'affaire n'a cependant eu aucune incidence sur son examen et son règlement judiciaire par la Cour.

I. COMPÉTENCE DE LA COUR

5. Dans son arrêt, la Cour dit qu'elle a compétence au motif que «le principe de l'autorité de la chose jugée interdit toute remise en question de la décision contenue dans l'arrêt de 1996» (arrêt, par. 140). J'ai de sérieux doutes sur le raisonnement de la Cour et m'estime obligé de développer mes vues sur ce point. Toutefois, ayant en définitive été amené à considérer, bien que sur un fondement différent, que la Cour avait compétence en la présente affaire, j'ai voté en faveur du premier paragraphe du dispositif.

6. Mes doutes proviennent du fait que la Cour a, en 2003, après avoir examiné l'«Initiative présentée [par la Serbie-et-Monténégro] à la Cour aux fins d'un réexamen d'office de sa compétence» en date du 4 mai 2001, informé les Parties que, «si la Serbie-et-Monténégro souhait[ait] présenter à la Cour des arguments supplémentaires sur les questions de compétence lors de la procédure orale au fond, elle [était] libre de le faire» (lettre du greffier en date du 12 juin 2003, dont le texte a été approuvé par la Cour, arrêt, par. 82). Les Parties ont également été informées que, «ainsi qu'elle l'a[vait] souligné dans le passé, la Cour a[vait] le droit d'examiner d'office les questions de compétence», et qu'elle «d[evait] ... toujours s'assurer de sa compétence et ... d[evait], s'il y a lieu, l'examiner d'office» (*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI (Inde c. Pakistan)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1972, p. 52, par. 13). Enfin, la Cour a assuré les Parties qu'elle «ne se prononcera[it] sur le fond de la présente affaire qu'à condition d'avoir pu établir qu'elle a[vait] compétence» (arrêt, par. 82).

7. La Cour a donc autorisé le défendeur à soulever la question de sa compétence lors de la phase de l'examen au fond, et ce bien qu'elle ait dit, en 1996, qu'elle avait compétence (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 623, par. 47) et qu'elle ait jugé irrecevable, en février 2003, la demande en révision (*Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996 en l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires (*Yougoslavie c. Bosnie-Herzégovine*), arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 32, par. 75).

8. La position que la Cour a fait connaître aux Parties dans sa lettre de juin 2003 était conforme à sa jurisprudence et à sa pratique. Ainsi, dans l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI*, la Cour a déclaré, que

“[i]t is certainly to be *desired* that objections to the jurisdiction of the Court should be put forward as preliminary objections for separate decision in advance of the proceedings on the merits” (*Judgment, I.C.J. Reports 1972*, p. 52, para. 13; emphasis added).

The Court’s language indicates that such timing is merely a *desideratum*, not a legal requirement. The Court later explained in *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)* that Article 79 of the Rules of Court, which states that any objection by the Respondent to the Court’s jurisdiction shall be made within three months of the delivery of the Memorial, “applies only to *preliminary* objections, as is indicated by the title of the subsection of the Rules which it constitutes” (*Judgment, I.C.J. Reports 2004*, p. 29, para. 24; emphasis added). As the Court further explained,

“[a]n objection that is not presented as a preliminary objection in accordance with paragraph 1 of Article 79 does not thereby become inadmissible” (*ibid.*).

And it added,

“[h]owever, apart from such circumstances, a party failing to avail itself of the Article 79 procedure may forfeit the right to bring about a suspension of the proceedings on the merits, but *can still* argue the objection along with the merits” (*ibid.*; emphasis added).

9. The Court now states that

“once [it] has made a determination . . . on a question of its own jurisdiction, that determination is definitive both for the parties to the case, in respect of the case (Article 59 of the Statute), and for the Court itself in the context of that case” (*Judgment*, para. 138).

This statement of the Court seems to be a statement of a legal principle. Was the Court not aware of such a principle — although *jura novit curia* — when in June 2003 it informed the Parties that

“[s]hould Serbia and Montenegro wish to present *further argument* to the Court on *jurisdictional questions* during the oral proceedings on the merits, it w[ould] be *free* to do so” (*Judgment*, para. 82; emphasis added).

Moreover, the Court already in 2003 knew what arguments the Respondent intended to raise since they were developed in the 2001 Initiative. The key argument of the Court against the reconsideration of its jurisdiction is now based on the principle of *res judicata*. I do not believe that the issue can be resolved so simply.

10. The primary question which requires an answer is whether a party may raise a series of objections in successive phases of a case. This question is particularly relevant in the present case, since the Respondent

«[i]l [était] assurément souhaitable que les objections visant [s]a compétence ... prennent la forme d'exceptions préliminaires sur lesquelles il est statué à part avant toute procédure sur le fond» (*arrêt, C.I.J. Recueil 1972*, p. 52, par. 13; les italiques sont de moi).

Les termes employés par la Cour indiquent que ce déroulement chronologique est un simple souhait et non une exigence juridique. La Cour a par la suite expliqué, en l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, que l'article 79 de son Règlement, lequel dispose que toute exception à sa compétence doit être présentée dans les trois mois suivant le dépôt du mémoire, «concern[ait] seulement les exceptions *préliminaires*, comme l'indique l'intitulé de la sous-section du Règlement qu'il constitue» (*arrêt, C.I.J. Recueil 2004*, p. 29, par. 24; les italiques sont de moi). Ainsi que la Cour l'a en outre précisé,

[u]ne exception qui n'est pas soulevée sous la forme d'une exception préliminaire conformément au paragraphe 1 de l'article 79 ne devient pas pour autant irrecevable» (*ibid.*).

Et la Cour d'ajouter :

«Mais hors de cette hypothèse, une partie qui n'use pas de la procédure prévue à l'article 79 perd sans doute le droit d'obtenir la suspension de la procédure sur le fond, mais *n'en peut pas moins* faire valoir cette exception en même temps que ses arguments au fond.» (*Ibid.*; les italiques sont de moi.)

9. Aujourd'hui, la Cour déclare que,

«dès lors qu'[elle] s'est prononcée ... sur une question concernant sa propre compétence, sa décision à cet égard est définitive, tant pour les parties en litige dans l'affaire (Statut, art. 59) que pour la Cour elle-même dans le contexte de cette affaire» (*arrêt*, par. 138).

Cette déclaration de la Cour apparaît comme l'énoncé d'un principe juridique. N'avait-elle donc pas connaissance de ce principe — quoiqu'il fût *jura novit curia* — lorsqu'elle a, en juin 2003, informé les Parties que,

«si la Serbie-et-Monténégro souhait[ait] présenter à la Cour des *arguments supplémentaires* sur les *questions de compétence* lors de la procédure orale au fond, elle [était] *libre* de le faire?» (*arrêt*, par. 82; les italiques sont de moi).

De surcroît, en 2003, la Cour connaissait déjà les arguments que le défendeur avait l'intention de soulever, ceux-ci ayant été exposés dans l'Initiative de 2001. Le principal argument que la Cour invoque aujourd'hui pour ne pas réexaminer sa compétence est fondé sur le principe de l'autorité de la chose jugée. Selon moi, ce problème ne peut être résolu aussi simplement.

10. La principale question à laquelle il convient de répondre est celle de savoir si une partie peut soulever plusieurs séries d'exceptions, lors de phases distinctes de la procédure — question particulièrement pertinente

(called the Federal Republic of Yugoslavia at that time) put forward in June 1995 seven preliminary objections concerning the Court's jurisdiction to entertain the case and the Application's admissibility. The Court dismissed six of these objections in its Judgment of 11 July 1996; the remaining one had been withdrawn by the Respondent during the oral proceedings on the preliminary issues of jurisdiction and admissibility. The question raised is not regulated by the Statute or the Rules of Court. But as a leading commentator on the work of the Court has suggested, "in an appropriate case, *objections can be raised after the Court has upheld its jurisdiction* in preliminary objection proceedings and after the proceedings on the merits have been resumed"¹. In his view, "[t]he condition for this is that the new objection does not raise issues that have been decided with the force of *res judicata* in the judgment on the preliminary objections and does not require a further suspension of the proceedings on the merits"². I find this view correct and it seems that the Court's position in June 2003, as reflected in the Registrar's letter, lends a further support to it.

I. Res Judicata: What Is Its Scope as Far as the 1996 Judgment Is Concerned?

11. This brings me to the second major question — what is the scope of the *res judicata* nature of the 1996 Judgment? In that Judgment the Court rejected the following six preliminary objections of the Federal Republic of Yugoslavia:

- (i) that the Application was not admissible because "the events in Bosnia and Herzegovina to which [it] refer[red] constituted a civil war" and therefore "no international dispute exist[ed] within the terms of Article IX of the 1948 [Genocide] Convention";
- (ii) that the Application was not admissible because "Mr. Alija Izetbegović did not serve as the President of the Republic at the time when he granted the authorization to initiate proceedings" (the Court however did not specifically address another element of this objection, namely that "the authorization for the initiation and conduct of proceedings was granted in violation of the rules of internal law of fundamental significance");
- (iii) that the Court had no jurisdiction because the Applicant was not a party to the 1948 Genocide Convention;
- (iv) that the Court had no jurisdiction because "the case in point [was] an internal conflict between three sides in which the FR of Yugosla-

¹ S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, 4th ed., Vol. II, "Jurisdiction", 2006, p. 865, para. II. 225 (emphasis added).

² *Ibid.*

en l'espèce, le défendeur (dénommé à l'époque République fédérale de Yougoslavie) ayant soulevé, en juin 1995, sept exceptions préliminaires à la compétence de la Cour et à la recevabilité de la requête. Six de ces exceptions ont été rejetées par la Cour dans son arrêt du 11 juillet 1996, la septième ayant, quant à elle, été retirée par le défendeur au cours de la procédure orale consacrée à l'examen des questions préliminaires de compétence et de recevabilité. La question soulevée n'est régie ni par le Statut ni par le Règlement de la Cour. Cependant, ainsi qu'un éminent commentateur des travaux de la Cour l'a fait observer, «si les circonstances d'une affaire s'y prêtent, *des exceptions peuvent être soulevées après que la Cour s'est déclarée compétente* lors de la phase d'examen des exceptions préliminaires et une fois entamé l'examen au fond»¹. Selon cet auteur, «[l]a condition est que la nouvelle exception ne soulève pas de questions qui auraient été tranchées avec l'autorité de la chose jugée dans l'arrêt relatif aux exceptions préliminaires et n'impose pas une suspension de la procédure d'examen au fond»². Selon moi, ce point de vue est exact et la position de la Cour en juin 2003, telle qu'exprimée dans la lettre du greffier, semble le conforter.

1. Autorité de la chose jugée: dans quelle mesure l'arrêt de 1996 en est-il revêtu?

11. Cela m'amène à la deuxième question essentielle, celle de savoir dans quelle mesure l'arrêt de 1996 est revêtu de l'autorité de la chose jugée. Dans cet arrêt, la Cour a rejeté les six exceptions préliminaires suivantes formulées par la République fédérale de Yougoslavie:

- i) celle selon laquelle la requête n'était pas recevable parce que «les événements auxquels [elle] se référ[ait], qui se sont produits en Bosnie-Herzégovine, constitu[ai]ent une guerre civile» et que, dès lors, «il n'exist[ait] aucun différend international selon les termes de l'article IX de la convention [sur le génocide] de 1948»;
- ii) celle selon laquelle la requête n'était pas recevable parce que «M. Alija Izetbegović n'occupait pas les fonctions de président de la république à l'époque où il a donné l'autorisation d'introduire une instance» (la Cour ne s'est cependant pas spécifiquement penchée sur un autre élément de cette même exception, à savoir que «l'autorisation d'introduire et de conduire une instance a[vait] été accordée en violation de règles de droit interne d'importance fondamentale»);
- iii) celle selon laquelle la Cour n'avait pas compétence parce que le demandeur n'était pas partie à la convention de 1948 sur le génocide;
- iv) celle selon laquelle la Cour n'avait pas compétence parce qu'«il y a[vait] en l'espèce un conflit interne entre trois parties, auquel la

¹ S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, 4^e éd., vol. II, «Jurisdiction», 2006, p. 865, par. II.225; les italiques sont de moi.

² *Ibid.*

via was not taking part” and because “the claims contained in the ‘Submissions’ [were] based on allegations of State responsibility which fell outside the scope of the Convention and of its compromissory clause”, and further because “there [was] no international dispute under Article IX of the 1948 [Genocide] Convention”;

- (v) that the Court lacked competence over the case before 14 December 1995, the date on which the two Parties recognized each other, and alternatively before 29 March 1993, the date on which Bosnia and Herzegovina’s notification of succession of 29 December 1992, which the Federal Republic of Yugoslavia considered to be the notification of accession, could have produced its effect;
- (vi) that the Applicant’s claims pertaining to the alleged acts or facts which occurred prior to 18 March 1993 — the date on which the Secretary-General of the United Nations sent to the parties of the Genocide Convention the depository notification informing of Bosnia and Herzegovina’s notification of succession — did not fall within the competence of the Court (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, pp. 606-608, para. 15).

The Court considered the above-mentioned preliminary objections and rejected them all, thus finding “that, on the basis of Article IX of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, it ha[d] jurisdiction to adjudicate upon the dispute” and “the Application . . . [was] admissible” (*ibid.*, pp. 623-624, para. 47).

12. The conclusions of the Court regarding its jurisdiction are based on its consideration of the six preliminary objections raised. The principle of *res judicata* prevents the Respondent from raising again those issues which the Court already dealt with when it rejected the Federal Republic of Yugoslavia’s preliminary objections.

It is useful to recall what the Court stated in the said Judgment:

“The Court must, in each case submitted to it, *verify whether it has jurisdiction to deal with the case*, and, if necessary, whether the Application is admissible, and such *objections* as are raised by the Respondent *may be useful to clarify the legal situation*. As matters now stand, the preliminary objections presented by Yugoslavia have served that purpose. Having established its jurisdiction under Article IX of the Genocide Convention, and having concluded that the Application is admissible, the Court may now proceed to consider the merits of the case on that basis.” (*Ibid.*, p. 622, para. 46; emphasis added.)

Although the Court speaks of its duty to verify that it has jurisdiction, and notes that the objections raised may be useful for that purpose, the

- République fédérative de Yougoslavie n'«était] pas partie prenante», parce que «les demandes de la Partie requérante figurant dans ses «conclusions» repos[aient] sur des allégations de responsabilité d'Etat qui se situ[aient] en dehors du champ d'application de la convention et de sa clause compromissoire» et, en outre, parce qu'«il n'exist[ait] aucun différend international en vertu de l'article IX de la convention [sur le génocide] de 1948»;
- v) celle selon laquelle la Cour n'avait pas compétence pour connaître de l'affaire avant le 14 décembre 1995, date à laquelle les deux Parties se sont reconnues mutuellement, et, subsidiairement, avant le 29 mars 1993, date à laquelle la notification de succession de la Bosnie-Herzégovine du 29 décembre 1992, que la République fédérale de Yougoslavie considérait comme étant la notification d'adhésion, aurait pu produire effet;
 - vi) celle selon laquelle les demandes de la Partie requérante ayant trait aux actes ou faits allégués antérieurs au 18 mars 1993 — date à laquelle le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a adressé aux parties à la convention sur le génocide la notification dépositaire les informant de la notification de succession de la Bosnie-Herzégovine — n'étaient pas du ressort de la Cour (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 606-608, par. 15).

La Cour a examiné les exceptions préliminaires susmentionnées et les a toutes rejetées, déclarant par conséquent «qu'elle a[avait] compétence, sur la base de l'article IX de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, pour statuer sur le différend» et «que la requête ... [était] recevable» (*ibid.*, p. 623-624, par. 47).

12. Les conclusions formulées par la Cour relativement à sa compétence sont fondées sur son examen des six exceptions préliminaires soulevées par le défendeur. Le principe de l'autorité de la chose jugée interdit à ce dernier de soulever de nouveau ces questions sur lesquelles la Cour a déjà statué lorsqu'elle a rejeté les exceptions préliminaires de la République fédérale de Yougoslavie.

Il est utile de rappeler ce que la Cour a indiqué dans l'arrêt susmentionné :

«La Cour doit, dans chaque instance introduite devant elle, *vérifier si elle a compétence pour connaître de l'affaire* et, le cas échéant, si la requête est recevable; les *exceptions* éventuellement soulevées par la partie défenderesse *peuvent être utiles pour clarifier la situation juridique*. En l'occurrence, les exceptions préliminaires présentées par la Yougoslavie ont eu cette fonction. Ayant établi sa compétence en vertu de l'article IX de la convention sur le génocide, et ayant conclu à la recevabilité de la requête, la Cour peut désormais procéder à l'examen du fond de l'affaire sur cette base.» (*Ibid.*, p. 622, par. 46; les italiques sont de moi.)

Bien qu'elle évoque son devoir de s'assurer de sa compétence et relève que les exceptions soulevées peuvent être utiles à cette fin, la Cour s'est

Court has seemingly limited the exercise of its duty of verification to the consideration and rejection of the Respondent's preliminary objections.

13. As the Court now acknowledges, “[n]one of these objections was however founded on a contention that the FRY was not a party to the Statute at the relevant time; that was not a contention specifically advanced in the proceedings on the preliminary objections” (Judgment, para. 106). Apparently this was because:

“Neither party raised the matter before the Court: Bosnia and Herzegovina as Applicant, while denying that the FRY was a Member of the United Nations as a continuator of the SFRY, was asserting before this Court that the FRY was nevertheless a party to the Statute . . . ; and for the FRY to raise the issue would have involved undermining or abandoning its claim to be the continuator of the SFRY as the basis for continuing membership of the United Nations.” (*Ibid.*)

I am convinced that the Court has not addressed this particular issue whether the Federal Republic of Yugoslavia was a party to the Statute³. Therefore, in my view, the Court's 1996 decision can have no preclusive effect on the consideration of such issue at this stage.

2. Access and Jurisdiction

14. In assessing whether this Court may adjudicate a case, it is important to recognize that the concept of access to the Court is not identical to that of jurisdiction *ratione personae*.

15. These two distinct concepts are reflected in the Court's jurisprudence. In *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, the Court distinguished between jurisdiction and access to the Court by ascribing different purposes to two different acts. Specifically, the Court determined that while the bilateral Exchange of Notes of 19 July 1961 between the Governments of the Federal Republic of Germany and Iceland was “designed to establish jurisdiction of the Court over a particular kind of dispute”, the declaration of the Federal Republic of Germany of 29 October 1971, deposited with the Registrar on 22 November 1971, “provide[d] for access to the Court of States which are not parties to the Statute”, as required by Security Council resolution 9 of 15 October 1946 (*I.C.J. Reports 1973*, p. 53, para. 11).

In its Order of 2 June 1999 in *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium)*, the Court also distinguished between jurisdiction and access when it stated that:

³ See the joint dissenting opinion of three Members of the Court appended to this Judgment who were the only Members of the current Court also sitting on the Bench when the Court rendered its 1996 Judgment.

apparemment cantonnée, dans l'exercice de ce devoir, à l'examen et au rejet des exceptions préliminaires du défendeur.

13. Pourtant, ainsi que la Cour le reconnaît aujourd'hui, «aucune de ces exceptions ne reposait sur la thèse selon laquelle la RFY n'aurait pas été partie au Statut au moment du dépôt de la requête; il ne s'agissait pas là d'une thèse formulée expressément au stade des exceptions préliminaires» (arrêt, par. 106). Si tel est le cas, c'est apparemment parce que:

«[a]ucune Partie n[']avait] soulev[é] la question devant la Cour: d'un côté, la Bosnie-Herzégovine, en tant que demandeur, tout en niant que la RFY fût Membre de l'Organisation des Nations Unies en qualité de continuateur de la RFSY, assurait devant la Cour que la RFY était malgré tout partie au Statut...; de l'autre, pour la RFY, soulever la question aurait affaibli sa prétention à assurer la continuité de la RFSY — ou l'aurait conduite à l'abandonner —, prétention qui justifiait la continuité de sa qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies» (*ibid.*).

Je suis convaincu que la Cour ne s'est pas intéressée à la question spécifique de savoir si la République fédérale de Yougoslavie était partie au Statut³. Selon moi, la décision rendue par la Cour en 1996 ne saurait donc empêcher que cette question soit examinée lors de la phase actuelle.

2. Accès et compétence

14. Pour déterminer si la Cour peut se prononcer sur une affaire, il est important de garder présent à l'esprit que la notion d'accès à la Cour n'est pas identique à celle de compétence *ratione personae*.

15. Ces deux notions distinctes se retrouvent dans la jurisprudence de la Cour. En l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, la Cour a ainsi distingué entre compétence et accès à la Cour en attribuant des buts différents à deux actes différents. Plus précisément, elle a jugé que, si l'échange de notes du 19 juillet 1961 entre les Gouvernements de la République fédérale d'Allemagne et de l'Islande avait «pour but d'établir la compétence de la Cour à l'égard d'une catégorie particulière de différends», la déclaration de la République fédérale d'Allemagne du 29 octobre 1971, déposée au Greffe le 22 novembre 1971, «concern[ait] l'accès à la Cour d'Etats qui ne sont pas parties au Statut», en application de la résolution 9 du Conseil de sécurité du 15 octobre 1946 (*C.I.J. Recueil 1973*, p. 53, par. 11).

Dans l'ordonnance qu'elle a rendue le 2 juin 1999 en l'affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique)*, la Cour a également distingué entre compétence et qualité pour ester devant elle en déclarant que

³ Voir l'opinion dissidente commune jointe au présent arrêt par trois juges qui sont les seuls membres actuels de la Cour à avoir également siégé lorsque celle-ci a rendu son arrêt en 1996.

“the Court, under its Statute, does not automatically have jurisdiction over legal disputes between States parties to that Statute or between other States to whom access to the Court has been granted; whereas the Court has repeatedly stated ‘that one of the fundamental principles of its Statute is that it cannot decide a dispute between States without the consent of those States to its jurisdiction’ (*East Timor (Portugal v. Australia)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1995*, p. 101, para. 26); and whereas the Court can therefore exercise jurisdiction only between States parties to a dispute *who not only have access to the Court but also have accepted the jurisdiction of the Court*, either in general form or for the individual dispute concerned” (*Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium)*, *Provisional Measures, Order of 2 June 1999*, *I.C.J. Reports 1999 (I)*, p. 132, para. 20; emphasis added).

In its Order of 10 July 2002 in *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, the Court made the same distinction (*Provisional Measures, I.C.J. Reports 2002*, p. 241, para. 57).

In the *Legality of Use of Force* cases, the Court stated that

“a distinction has to be made between a question of jurisdiction that relates to the consent of a party and the question of the right of a party to appear before the Court under the requirements of the Statute, which is not a matter of consent” (*Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004*, p. 295, para. 36).

The Court then continued:

“The question is whether *as a matter of law* Serbia and Montenegro was entitled to seize the Court as a party to the Statute at the time when it instituted proceedings in these cases. Since that question is independent of the views or wishes of the Parties, even if they were now to have arrived at a shared view on the point, the Court would not have to accept the view as necessarily the correct one.” (*Ibid.*; emphasis in the original.)

And the Court concluded with an important dictum:

“The function of the Court to enquire into the matter and reach its own conclusion is thus mandatory upon the Court irrespective of the consent of the parties and is in no way incompatible with the principle that the jurisdiction of the Court depends on consent.” (*Ibid.*)

The Court further clarified the relationship between access and jurisdiction in the *Legality of Use of Force* Judgments when it stated:

«en vertu de son statut la Cour n'a pas automatiquement compétence pour connaître des différends juridiques entre les Etats parties audit Statut ou entre les autres Etats qui ont été admis à ester devant elle; ... la Cour a déclaré à maintes reprises «que l'un des principes fondamentaux de son Statut est qu'elle ne peut trancher un différend entre des Etats sans que ceux-ci aient consenti à sa juridiction» (*Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1995*, p. 101, par. 26); ... la Cour ne peut donc exercer sa compétence à l'égard d'Etats parties à un différend que si ces derniers ont non seulement accès à la Cour, mais ont en outre accepté sa compétence, soit d'une manière générale, soit pour le différend particulier dont il s'agit» (*Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, *C.I.J. Recueil 1999 (I)*, p. 132, par. 20; les italiques sont de moi).

Dans l'ordonnance qu'elle a rendue le 10 juillet 2002 en l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002)* (*République démocratique du Congo c. Rwanda*), la Cour a opéré la même distinction (*exceptions préliminaires*, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 241, par. 57).

Dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, la Cour a déclaré que

«il y a[vait] lieu d'établir une distinction entre une question de compétence liée au consentement d'une partie et celle du droit d'une partie à ester devant la Cour conformément aux prescriptions du Statut, qui n'impliquent pas un tel consentement» (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 295, par. 36).

La Cour a poursuivi en indiquant ce qui suit :

«La question qui se pose est de savoir si, *en droit*, au moment où elle a introduit les présentes instances, la Serbie-et-Monténégro était habilitée à saisir la Cour en tant que partie au Statut. Cette question étant indépendante des vues ou des souhaits des Parties, la Cour ne serait pas, quand bien même les Parties partageraient à présent le même point de vue à cet égard, tenue pour autant de considérer ce dernier comme nécessairement exact.» (*Ibid.*; les italiques sont dans l'original.)

Et la Cour de conclure par un important *dictum* :

«Ainsi la Cour se doit-elle d'examiner la question pour tirer ses propres conclusions indépendamment du consentement des parties, ce qui n'est en aucun cas incompatible avec le principe selon lequel la compétence de la Cour est subordonnée à un tel consentement.» (*Ibid.*)

La Cour a en outre précisé le rapport entre accès et compétence dans ses arrêts rendus en les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, en indiquant :

“The Court can exercise its judicial function only in respect of those States which have access to it under Article 35 of the Statute. And only those States which have access to the Court can confer jurisdiction upon it.

It is the view of the Court that it is incumbent upon it to examine first of all the question whether the Applicant meets the conditions laid down in Articles 34 and 35 of the Statute and whether the Court is thus open to it. Only if the answer to that question is in the affirmative will the Court have to deal with the issues relating to the conditions laid down in Articles 36 and 37 of the Statute of the Court.” (*Ibid.*, p. 299, para. 46.)

3. *Did the Federal Republic of Yugoslavia Have Access to the Court in March 1993?*

16. The issue of the Federal Republic of Yugoslavia’s access to the Court was not dealt with by the Court in its 1996 Judgment, either explicitly or implicitly. There was no doubt that Bosnia and Herzegovina was a Member of the United Nations in 1993, and *ipso facto* a party to the Statute of the Court. Accordingly the Court was then open to the Applicant. The status of the Federal Republic of Yugoslavia in the United Nations remained unclear and ambiguous. The Court was *fully aware* of that situation. In its Order of 8 April 1993 on provisional measures, having referred to Security Council resolution 777 (1992) and General Assembly resolution 47/1, as well as to the letter of interpretation of 29 September 1992 by the Legal Counsel of the United Nations (paras. 16 and 17 of the Order), the Court noted that

“while the solution adopted [in the United Nations] is not free from legal difficulties, the question whether or not Yugoslavia is a Member of the United Nations and as such a party to the Statute of the Court is one which *the Court does not need to determine definitively* at the *present* stage of the proceedings” (*I.C.J. Reports 1993*, p. 14, para. 18; emphasis added).

But when has the Court definitively determined in the present case whether or not the Federal Republic of Yugoslavia was a Member of the United Nations on 20 March 1993, and as such a party to the Statute? In its 11 July 1996 Judgment on jurisdiction? I fail to see any paragraph in that Judgment dealing with this issue. As the Court plainly admits “[n]othing was stated in the 1996 Judgment about the status of the FRY in relation to the United Nations, or the question whether it could participate in proceedings before the Court” (Judgment, para. 122).

I believe that the Court avoided the determination of that question since the situation remained unclear and ambiguous and the two compe-

«La Cour ne peut exercer sa fonction judiciaire qu'à l'égard des seuls Etats auxquels elle est ouverte en vertu de l'article 35 du Statut. Et seuls les Etats auxquels la Cour est ouverte peuvent lui conférer compétence.

Aussi la Cour est-elle d'avis qu'il lui appartient d'examiner tout d'abord la question de savoir si le demandeur remplit les conditions énoncées aux articles 34 et 35 du Statut et si, de ce fait, la Cour lui est ouverte. Ce n'est que si la réponse à cette question est affirmative que la Cour aura à examiner les questions relatives aux conditions énoncées aux articles 36 et 37 du Statut de la Cour.» (*Ibid.*, p. 299, par. 46.)

3. *La République fédérale de Yougoslavie avait-elle qualité pour ester devant la Cour en mars 1993?*

16. La question de la qualité de la République fédérale de Yougoslavie pour ester devant la Cour n'a pas été traitée par cette dernière dans son arrêt de 1996, ni explicitement ni implicitement. Il ne faisait alors aucun doute que la Bosnie-Herzégovine était Membre de l'Organisation des Nations Unies en 1993 et, de ce fait, partie au Statut de la Cour. En conséquence, cette dernière était, à l'époque, ouverte au demandeur. En revanche, le statut de la République fédérale de Yougoslavie vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies demeurait incertain et ambigu. La Cour était *tout à fait consciente* de cette situation. Dans son ordonnance en indication de mesures conservatoires du 8 avril 1993, après s'être référée à la résolution 777 (1992) du Conseil de sécurité et à la résolution 47/1 de l'Assemblée générale ainsi qu'à la lettre interprétative du 29 septembre 1992 du conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies (ordonnance, par. 16 et 17), la Cour a relevé que,

«si la solution adoptée [par l'Organisation des Nations Unies] ne laiss[ait] pas de susciter des difficultés juridiques, *la Cour n'a[vait] pas à statuer définitivement* au stade *actuel* de la procédure sur la question de savoir si la Yougoslavie [était] ou non membre de l'Organisation des Nations Unies et, à ce titre, partie au Statut de la Cour» (*C.I.J. Recueil 1993*, p. 14, par. 18; les italiques sont de moi).

Or, quand la Cour a-t-elle, en la présente espèce, définitivement tranché la question de savoir si la République fédérale de Yougoslavie était ou non membre de l'Organisation des Nations Unies le 20 mars 1993 et, à ce titre, partie au Statut? Dans son arrêt rendu le 11 juillet 1996 sur la compétence? Je n'y vois aucun paragraphe traitant de cette question. Ainsi que la Cour le reconnaît sans détour, «[r]ien n'était dit dans l'arrêt de 1996 sur le statut de la RFY vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies, ni sur la question de sa capacité à participer à une procédure devant la Cour» (arrêt, par. 122).

Selon moi, si la Cour s'est gardée de trancher cette question, c'est que la situation demeurait incertaine et ambiguë et que les deux organes poli-

tent political organs of the United Nations in matters of membership, the Security Council and the General Assembly, did nothing to further clarify the membership status of the Federal Republic of Yugoslavia by the time the Court rendered its decision in 1996. So, the Court did not address the issue in order not to pre-empt (or prejudge) the position the Security Council and the General Assembly might have taken subsequently⁴.

17. The Court instead could have relied on its preliminary view expressed in paragraph 19 of its 8 April 1993 Order. In that paragraph, after quoting the text of Article 35, paragraph 2, of the Statute, it stated:

“the Court therefore considers that proceedings may validly be instituted by a State against a State which is a party to such a special provision in a treaty in force, but is not party to the Statute, and independently of the conditions laid down by the Security Council in its resolution 9 of 1946” (*I.C.J. Reports 1993*, p. 14, para. 19).

The Court then continued that “Article IX of the Genocide Convention relied on by Bosnia-Herzegovina in the present case, *could*, in the view of the Court, *be regarded prima facie* as a special provision contained in a treaty in force” (*ibid.*; emphasis added). The Court concluded, “accordingly if Bosnia-Herzegovina and Yugoslavia are both parties to the Genocide Convention, disputes to which Article IX applies are in any event *prima facie* within the jurisdiction *ratione personae* of the Court” (*ibid.*).

The text itself indicates that such a view of the Court on Article IX of the Genocide Convention in its possible relation to Article 35, para-

⁴ As an informed commentator who served as Legal Adviser of the United Kingdom’s Permanent Mission to the United Nations between 1991-1994 (writing in his personal capacity with a usual disclaimer), opined,

“the Council and Assembly have not tied themselves to any particular resolution of the matter. At some point the political momentum will exist to regularize the FRY’s position in the United Nations. There would seem to be essentially two ways of doing this. The FRY could apply for membership as the other former Yugoslav states have done. This appears to be what was envisaged by the Council and the Assembly in 1992, and in the Legal Counsel’s letter... In the alternative, the relevant organs might accept continued FRY membership without insisting on a formal application, for example by reversing the non-participation decisions of 1992 and 1993. This would probably be explicitly ‘without prejudice to questions of State succession’. It could be done by a decision of the relevant organs as a pragmatic solution to a difficult situation.” (M. C. Wood, “Participation of Former Yugoslav States in the United Nations and in Multilateral Treaties”, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 1, 1997, pp. 250-251.)

tiques compétents en matière d'adhésion à l'Organisation des Nations Unies — le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale — n'avaient rien fait, au moment où la Cour rendit sa décision en 1996, pour clarifier le statut de la République fédérale de Yougoslavie vis-à-vis de l'Organisation. La Cour s'est donc abstenue d'examiner cette question afin de ne pas préjuger de la position que le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale auraient pu adopter par la suite⁴.

17. En revanche, la Cour aurait pu se fonder sur la thèse qu'elle avait exprimée à titre préjudiciel au paragraphe 19 de son ordonnance du 8 avril 1993. Dans ce paragraphe, après avoir cité le texte du paragraphe 2 de l'article 35 du Statut, elle a indiqué que

«en conséquence la Cour estime qu'une instance peut être valablement introduite par un Etat contre un autre Etat qui, sans être partie au Statut, est partie à une telle disposition particulière d'un traité en vigueur, et ce indépendamment des conditions réglées par le Conseil de sécurité dans sa résolution 9 (1946)» (*C.I.J. Recueil 1993*, p. 14, par. 19).

La Cour a poursuivi en précisant que, «de l'avis de la Cour,... l'article IX de la convention sur le génocide, invoqué par la Bosnie-Herzégovine en l'espèce, *pourrait être considér[é] prima facie* comme une disposition particulière d'un traité en vigueur» (*ibid.*; les italiques sont de moi). Et la Cour de conclure que, «en conséquence, si la Bosnie-Herzégovine et la Yougoslavie sont toutes deux parties à la convention sur le génocide, les différends auxquels s'applique l'article IX relèvent en tout état de cause *prima facie* de la compétence *ratione personae* de la Cour» (*ibid.*).

Il ressort du texte lui-même que cette thèse formulée par la Cour au sujet de l'article IX de la convention sur le génocide et de son rapport

⁴ Ainsi que l'a indiqué un commentateur averti qui a exercé les fonctions de conseiller juridique de la mission permanente du Royaume-Uni auprès de l'Organisation des Nations Unies entre 1991 et 1994 (s'exprimant sur ce point à titre personnel avec la décharge de responsabilité habituelle),

«le Conseil et l'Assemblée n'ont pas clairement privilégié l'une ou l'autre solution à ce problème. Le moment viendra où les conditions politiques seront réunies pour régulariser la situation de la RFY vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies. Il semblerait qu'il y ait essentiellement deux moyens de le faire. La RFY, comme l'ont fait les autres Etats de l'ex-Yougoslavie, pourrait présenter une demande d'admission. C'est ce qui paraît avoir été prévu par le Conseil et l'Assemblée en 1992, ainsi que dans la lettre du conseiller juridique... L'autre solution consisterait à ce que les organes compétents acceptent la continuité de la qualité de Membre de la RFY sans exiger qu'une demande formelle soit présentée, en revenant par exemple sur les décisions de non-participation de 1992 et 1993. Cela se ferait sans doute explicitement «sans préjudice des questions de succession d'Etats», et pourrait prendre la forme d'une décision des organes compétents visant à apporter une solution pragmatique à une situation délicate.» (M. C. Wood, «Participation of Former Yugoslav States in the United Nations and in Multilateral Treaties», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 1, 1997, p. 250-251.)

graph 2, of the Statute was a provisional one (“prima facie”), and not conclusive of the matter⁵.

In these circumstances one would have expected the Court to deal with the matter in more depth in its 1996 Judgment. But since the matter was not raised by the Parties, the Court, although aware of its only prima facie view in the 1993 Order, did not determine the matter definitively. In fact, no attention was paid to the issue in the text of the 1996 Judgment.

18. The Court did not consider the issue of a “special provision in a treaty in force” until 2004 when several respondents in the *Legality of Use of Force* cases contended that Serbia and Montenegro could not rely upon the text of Article 35, paragraph 2, and that the view of the Court on this issue in its Order of 8 April 1993 was only provisional.

The Court therefore considered it appropriate, in the circumstances of the *Legality of Use of Force* cases, to examine in detail Article 35, paragraph 2, of the Statute and interpreted it, on the basis of a detailed study of the *travaux préparatoires*, concluding that

“the reference in Article 35, paragraph 2, of the Statute to ‘the special provisions contained in treaties in force’ applies only to treaties in force at the date of the entry into force of the Statute, and not to any treaties concluded since that date” (*Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, *Preliminary Objections, Judgment*, *I.C.J. Reports 2004*, p. 324, para. 113).

On this reasoning, Article 35, paragraph 2, of the Statute thus could not have provided the Federal Republic of Yugoslavia with access to the Court at any point in time for matters relating to the Genocide Convention because the Convention was not concluded until after the Court’s Statute entered into force.

19. The Court has once more recounted the intriguing history of the status of the Federal Republic of Yugoslavia vis-à-vis the United Nations (Judgment, paras. 88-99). But while in the *Legality of Use of Force* cases the Court determined that the Federal Republic of Yugoslavia “has the status of membership in the United Nations as from 1 November 2000” and that “the *sui generis* position” of the Federal Republic of Yugoslavia, referred to in the *Application for Revision* Judgment, “could not have amounted to its membership in the Organization” and, on the basis of that determination, concluded that

“Serbia and Montenegro was not a Member of the United Nations, and in that capacity a State party to the Statute of the International Court of Justice, at the time of filing its Application to institute

⁵ S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, 3rd ed., Vol. II, “Jurisdiction”, 1997, p. 630.

éventuel avec le paragraphe 2 de l'article 35 du Statut l'était à titre provisoire («*prima facie*»), et ne tranchait pas définitivement la question⁵.

Dès lors, on aurait pu s'attendre à ce que la Cour l'examinât plus en profondeur dans son arrêt de 1996. Cette question n'ayant cependant pas été soulevée par les Parties, la Cour, quoique consciente du caractère uniquement *prima facie* de sa thèse formulée dans l'ordonnance de 1993, ne l'a pas tranchée de manière définitive. En fait, elle n'a pas même été évoquée dans le texte de l'arrêt de 1996.

18. La Cour ne s'est penchée sur la question d'une «disposition particulière d'un traité en vigueur» qu'en 2004, lorsque plusieurs défendeurs en les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force* ont soutenu que la Serbie-et-Monténégro ne pouvait pas se fonder sur le texte du paragraphe 2 de l'article 35, et que la thèse formulée par la Cour sur cette question dans son ordonnance du 8 avril 1993 n'était que provisoire.

La Cour a par conséquent estimé qu'il convenait, dans le contexte des affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, d'examiner en détail le paragraphe 2 de l'article 35 du Statut et de l'interpréter, à la lumière d'un examen approfondi des travaux préparatoires. Elle a conclu que

«la référence faite au paragraphe 2 de l'article 35 du Statut aux «dispositions particulières des traités en vigueur» ne s'appliqu[ait] qu'aux traités en vigueur à la date de l'entrée en vigueur du Statut et non aux traités conclus depuis cette date» (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004*, p. 324, par. 113).

Si l'on suit ce raisonnement, le paragraphe 2 de l'article 35 du Statut ne pouvait donc à aucun moment donner à la République fédérale de Yougoslavie accès à la Cour s'agissant des questions relatives à la convention sur le génocide, dans la mesure où cette dernière n'avait été conclue qu'après l'entrée en vigueur du Statut de la Cour.

19. La Cour a, une fois encore, retracé l'étonnante histoire du statut de la République fédérale de Yougoslavie vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies (arrêt, par. 88-99). Cependant, après avoir, dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, déterminé que la République fédérale de Yougoslavie «a[vait] le statut de Membre de l'Organisation des Nations Unies depuis le 1^{er} novembre 2000» et que «la situation *sui generis*» de la République fédérale de Yougoslavie, évoquée dans l'arrêt relatif à la *Demande en revision*, «ne pouvait être regardée comme équivalant à la qualité de Membre de l'Organisation», et avoir, en se fondant sur cette décision, conclu que

«la Serbie-et-Monténégro n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies, ni en cette qualité partie au Statut de la Cour internationale de Justice, au moment où elle a déposé sa requête intro-

⁵ S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, 3^e éd., vol. II, «Jurisdiction», 1997, p. 630.

the . . . proceedings before the Court on 29 April 1999” (*Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2004, pp. 310-311, paras. 78 and 79),

in its current recount, for the purposes of the present case, the Court ends “the story” with the 2003 Judgment in the *Application for Revision* case.

20. The majority of the Court is unable to demonstrate that in the 1996 Judgment the Court determined that the Federal Republic of Yugoslavia had access to the Court. The Court itself acknowledged this fact when it observed in the Judgments rendered on 15 December 2004 in the *Legality of Use of Force* cases that “in its Judgment on Preliminary Objections of 11 July 1996 . . . [t]he question of the *status* of the Federal Republic of Yugoslavia relation to Article 35 of the Statute was *not raised* and the Court saw *no reason to examine it*” (*ibid.*, para. 82; emphasis added). Further, in those eight Judgments, it stated that

“[t]he Court did not commit itself into a definitive position on the issue of the legal status of the Federal Republic of Yugoslavia in relation to the Charter and the Statute in its pronouncements in incidental proceedings, in the cases [one of them being the present one] involving this issue which came before the Court during this [1992-2000] period” (*ibid.*, p. 309, para. 74).

21. Now the Court tells the Parties to accept the determination in the 1996 Judgment “that it had jurisdiction under the Genocide Convention is . . . to be interpreted as incorporating a determination that all the conditions relating to the capacity of the parties to appear before it had been met” (Judgment, para. 133).

It is so because, in the view of the majority, the finding of the Court that it has jurisdiction “must as a *matter of construction* be understood, by *necessary implication*, to mean that the Court at *that time perceived* the Respondent as being in a position to participate in cases before the Court” (*ibid.*, para. 132; emphasis added). The reality apparently has no relevance for the majority; what is decisive is *the perception* the Court might have had in 1996, which is now being explained *ex post* by way of *construction by implication*. I am not convinced by this strained reasoning.

22. The Respondent suggested that the Federal Republic of Yugoslavia’s capacity to appear before the Court was merely an “assumption” in the 1996 Judgment (*ibid.*, para. 134). The majority, while not denying that assumption, replies that the Federal Republic of Yugoslavia’s “capacity to appear before the Court in accordance with the Statute was an *element* in the reasoning” of the 1996 Judgment (*ibid.*, para. 135; emphasis

duisant [l']instance devant la Cour, le 29 avril 1999» (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 310-311, par. 78-79),

la Cour, en la retraçant aujourd'hui, considère que cette «histoire» se termine avec l'arrêt qu'elle a rendu en 2003 en l'affaire de la *Demande en revision*.

20. La majorité de la Cour n'est pas en mesure de démontrer que, dans son arrêt rendu en 1996, la Cour a déterminé que la République fédérale de Yougoslavie avait qualité pour agir devant elle. La Cour elle-même l'a reconnu en relevant, dans les arrêts rendus le 15 décembre 2004 en les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, que, «dans l'arrêt qu'elle rendit le 11 juillet 1996 sur les exceptions préliminaires ... [l]a question du statut de la République fédérale de Yougoslavie au regard de l'article 35 du Statut *ne fut pas soulevée* et la Cour ne vit *aucune raison de procéder à son examen*» (*ibid.*, par. 82; les italiques sont de moi). Dans ces huit arrêts, la Cour a en outre indiqué que

«[elle] n'adopta aucune position définitive sur la question du statut juridique de la République fédérale de Yougoslavie au regard de la Charte et du Statut, lorsque, dans les affaires [l'une d'entre elles étant la présente espèce] qui lui furent soumises au cours de cette période [1992-2000], la question se posa et qu'elle se prononça dans le cadre de procédures incidentes» (*ibid.*, p. 309, par. 74).

21. Aujourd'hui, la Cour demande aux Parties d'accepter la décision à laquelle elle est parvenue dans l'arrêt de 1996, décision «selon laquelle elle avait compétence en vertu de la convention sur le génocide [et qui] doit ... être interprétée comme comprenant implicitement la conclusion que toutes les conditions relatives à la capacité des Etats à se présenter devant elle étaient remplies» (arrêt, par. 133).

S'il en est ainsi, c'est parce que, du point de vue de la majorité de la Cour, la décision de cette dernière selon laquelle elle a compétence «doit nécessairement *s'interpréter* comme signifiant *en toute logique* que la Cour *estimait à l'époque* que le défendeur avait qualité pour participer à des affaires portées devant elle» (*ibid.*, par. 132; les italiques sont de moi). Aux yeux de la majorité, la réalité est donc, semble-t-il, dépourvue de pertinence; l'élément déterminant est ce que la Cour *estimait* en 1996, et qui est à présent expliqué *ex post* comme devant *s'interpréter en toute logique*. Ce raisonnement alambiqué ne me convainc pas.

22. Le défendeur a laissé entendre que la capacité de la République fédérale de Yougoslavie de se présenter devant la Cour était, dans l'arrêt de 1996, fondée sur un simple «postulat» (*ibid.*, par. 134). La majorité, sans toutefois nier ce postulat, répond que «la capacité [de la République fédérale de Yougoslavie] de se présenter devant la Cour en vertu du Statut constitue un *élément* du raisonnement» suivi dans l'arrêt de 1996

added). That element is nowhere to be found in the 1996 Judgment. But this is of no consequence since, according to the majority, this element “can and indeed *must* be read into the judgment” (*ibid.*, para. 135, emphasis added). The majority operates a distinction between the “judicial truth” and reality. How otherwise can one understand the insistence on the maxim “*res judicata pro veritate habetur*, that is to say that the findings of a judgment are . . . to be taken as correct”, whatever doubt may be “thrown on them by subsequent events” (*ibid.*, para. 120).

23. The majority now acknowledges only one exception to the finality of the Court’s judgments, both on jurisdiction and on the merits — that of a revision procedure under the Statute. The Court, on 3 February 2003, rejected the Respondent’s request for the revision. I remain puzzled as to why then, on 12 June 2003, it allowed one of the Parties to raise additional arguments on jurisdiction during the oral proceedings on the merits of the case. Was it then not aware that such an attempt would be destined to fail since once the Court determined the “judicial truth”, it was “subject only to the provision in the Statute for revision of judgments” (Judgment, para. 139)? In my conscience I am unable to follow such an approach and, to my regret, to subscribe to the reasoning advanced by the majority.

4. *Ascertaining of the Court’s Jurisdiction de novo*

24. The Court, in my view, should have determined *de novo* whether it has or lacks jurisdiction in the present case. By revisiting the issue of its jurisdiction the Court would have acted in line with the assurances it gave to the Parties in June 2003 that it “w[ould] not give judgment on the merits in the present case unless it [was] satisfied that it ha[d] jurisdiction” (Judgment, para. 82). My point of departure is the Court’s determination that the Federal Republic of Yugoslavia became a Member of the United Nations as from 1 November 2000 (*ibid.*, para. 83, with reference to *Legality of Use of Force, I.C.J. Reports 2004*, p. 311, para. 79), and that the Federal Republic of Yugoslavia’s *sui generis* position, during 1992-2000, in the United Nations “could not have amounted to its membership in the Organization” (*I.C.J. Reports 2004*, p. 310, para. 78). The Federal Republic of Yugoslavia was thus not a party to the Statute of the Court during that period and it has become party to it only as from 1 November 2000. As such, the Federal Republic of Yugoslavia was not a party to the Statute when the Court rendered its 1993 Orders on interim measures of protection and the 1996 Judgment on jurisdiction and admissibility. What is the source of the binding nature of these Court’s decisions on the Federal Republic of Yugoslavia if not the Statute? But when they were rendered the Federal Republic of Yugoslavia was not a party to it.

(*arrêt*, par. 135; les italiques sont de moi). Or cet élément est introuvable dans ledit arrêt. Cela est cependant sans conséquence, dans la mesure où, selon la majorité, cet élément «peut — et même *doit* — ... être sous-entendu dans celui-ci» (*ibid.*, par. 135; les italiques sont de moi). La majorité établit une distinction entre la «vérité judiciaire» et la réalité. Comment expliquer autrement l'insistance sur la maxime «*res judicata pro veritate habetur*, ce qui signifie que les conclusions d'un arrêt doivent ... être considérées comme exactes», quels que soient les doutes «que des événements postérieurs feraient planer sur elles» (*ibid.*, par. 120)?

23. Aujourd'hui, la majorité ne reconnaît — tant en matière de compétence que sur le fond — qu'une seule exception au caractère définitif des arrêts de la Cour, à savoir celle d'une procédure en révision conformément au Statut. Or la Cour a, le 3 février 2003, rejeté la demande en révision du défendeur. La raison pour laquelle elle a, dans ce cas, le 12 juin 2003, autorisé l'une des Parties à présenter des arguments supplémentaires sur la compétence lors de la procédure orale sur le fond de l'affaire me laisse perplexe. La Cour n'était-elle donc pas consciente que cette tentative serait vouée à l'échec puisque, dès lors qu'elle avait déterminé la «vérité judiciaire», celle-ci demeurerait, «sous la seule réserve de la disposition du statut concernant la révision des arrêts» (*arrêt*, par. 139)? En mon âme et conscience, je ne peux souscrire à une telle approche ni, bien que je le déplore, au raisonnement formulé par la majorité.

4. Détermination de novo de la compétence de la Cour

24. Selon moi, la Cour aurait dû statuer *de novo* sur la question de savoir si elle avait ou non compétence en la présente espèce. En réexaminant la question de sa compétence, la Cour se serait conformée aux assurances qu'elles a données aux Parties en juin 2003, à savoir qu'elle «ne se prononcera[ît] sur le fond de la présente affaire qu'à condition d'avoir pu établir qu'elle a[avait] compétence» (*arrêt*, par. 82). Le point de départ de mon raisonnement est la conclusion de la Cour selon laquelle la République fédérale de Yougoslavie est devenue Membre de l'Organisation des Nations Unies le 1^{er} novembre 2000 (*ibid.*, par. 83, référence étant faite aux affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 311, par. 79) et selon laquelle la situation *sui generis* de la République fédérale de Yougoslavie vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies pendant la période 1992-2000 «ne pouvait être regardée comme équivalant à la qualité de Membre de l'Organisation» (*C.I.J. Recueil 2004*, p. 310, par. 78). La République fédérale de Yougoslavie n'était donc pas partie au Statut de la Cour durant cette période, et elle n'y est devenue partie que le 1^{er} novembre 2000. Dès lors, elle n'était pas partie au Statut lorsque la Cour a rendu ses ordonnances de 1993 en indication de mesures conservatoires ainsi que son arrêt de 1996 sur la compétence et la recevabilité de la requête. Or, n'est-ce pas précisément du Statut que découle le caractère obligatoire de ces décisions de la Cour pour la République fédérale de Yougoslavie? Et pourtant, lorsque ces décisions ont été rendues, la République fédérale de Yougoslavie n'y était pas partie.

25. The key question is whether the Federal Republic of Yugoslavia was a party to the Genocide Convention in 1993 since the Applicant claims that the Court has jurisdiction under Article IX of that Convention. It is the compromissory clause contained therein which confers jurisdiction on the Court. By being a party to the Statute of the Court a State does not *eo ipso* consent to the Court's jurisdiction. That consent is to be expressed through a different act. But being a party to the Statute is an important prerequisite for the exercise of the Court's jurisdiction and its judicial function. As the Court explained, it "can exercise its judicial function only in respect of those States which have access to it under Article 35 of the Statute" (*Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004*, p. 299, para. 46). Since the Federal Republic of Yugoslavia was not a party to the Statute until 1 November 2000, the Court should not have exercised, in 1993 or in 1996, its judicial function in relation to the Federal Republic of Yugoslavia even if it might have had jurisdiction over it. Since 1 November 2000, the date on which the Federal Republic of Yugoslavia became a Member of the United Nations, and *ipso facto* party to the Statute of the Court, there has been no bar for the Court to exercise its judicial function vis-à-vis the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro). Therefore the Court has to determine whether the Federal Republic of Yugoslavia was bound by Article IX of the Genocide Convention on 20 March 1993 when Bosnia and Herzegovina filed its Application in the present case. If that was the case, and the Federal Republic of Yugoslavia remained bound by the Genocide Convention through the period relevant to the claims of Bosnia and Herzegovina (1992-1995), all the conditions would now be fulfilled for the adjudication of the case on the merits.

26. The Court, of course, always has to satisfy itself that the requirements of its Statute are fulfilled for the exercise of its judicial function. These requirements are mandatory for the Court as a court of law. On the other side, the Court, like its predecessor the Permanent Court of International Justice, has on several occasions applied the principle that it should not penalize a defect in a procedural act which the applicant could easily remedy, or allow itself to be hampered by a mere defect of form, the removal of which depends on the party concerned (cf. *Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Jurisdiction, Judgment No. 6, 1925, P.C.I.J., Series A, No. 6*, p. 14).

In *Mavrommatis Palestine Concessions*, the Permanent Court considered whether the validity of the institution of proceedings could be disputed on the ground that the application was filed before the treaty instrument relied on by the applicant had become applicable. It stated that:

“[e]ven assuming that before that time the Court had no jurisdiction because the international obligation referred to in Article II was not yet effective, it would always have been possible for the applicant to

25. Etant donné que le demandeur affirme que la Cour a compétence en vertu de l'article IX de la convention sur le génocide, la question essentielle est de savoir si la République fédérale de Yougoslavie était partie à cette convention en 1993. C'est la clause compromissoire contenue dans cet instrument qui confère compétence à la Cour, dans la mesure où, en étant partie au Statut de cette dernière, un Etat n'accepte pas *eo ipso* sa compétence. Cette acceptation doit être exprimée dans un acte différent. Le fait d'être partie au Statut constitue cependant un préalable important à l'exercice par la Cour de sa compétence et de sa fonction judiciaire. Ainsi que la Cour l'a indiqué, elle «ne peut exercer sa fonction judiciaire qu'à l'égard des seuls Etats auxquels elle est ouverte en vertu de l'article 35 du Statut» (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, *exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004*, p. 299, par. 46). Dès lors que la République fédérale de Yougoslavie n'était pas partie au Statut avant le 1^{er} novembre 2000, la Cour n'aurait pas dû, en 1993 ou en 1996, exercer sa fonction judiciaire à son égard, quand bien même elle aurait eu compétence la concernant. Depuis le 1^{er} novembre 2000, date à laquelle la République fédérale de Yougoslavie est devenue Membre de l'Organisation des Nations Unies et, de ce fait, partie au Statut de la Cour, rien n'empêche plus cette dernière d'exercer sa fonction judiciaire vis-à-vis de la République fédérale de Yougoslavie (Serbie-et-Monténégro). La Cour doit par conséquent déterminer si la République fédérale de Yougoslavie était liée par l'article IX de la convention sur le génocide le 20 mars 1993, lorsque la Bosnie-Herzégovine a déposé sa requête en la présente espèce. Si tel était le cas, et si la République fédérale de Yougoslavie est restée liée par la convention sur le génocide tout au long de la période pertinente au regard des demandes de la Bosnie-Herzégovine (1992-1995), toutes les conditions seraient désormais remplies pour qu'il soit statué sur le fond en l'espèce.

26. Naturellement, la Cour doit toujours s'assurer, aux fins d'exercer sa fonction judiciaire, qu'il a été satisfait aux dispositions de son Statut. Celles-ci sont impératives pour la Cour en tant que juridiction. Tout comme sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale, elle a cependant appliqué à plusieurs reprises le principe selon lequel elle ne devait pas sanctionner un défaut contenu dans un acte de procédure auquel le demandeur pouvait aisément remédier, ou s'arrêter à un défaut de forme qu'il dépendrait de la seule partie intéressée de faire disparaître (voir *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, compétence, arrêt n° 6, 1925, C.P.J.I. série A/B n° 6*, p. 14).

En l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, la Cour permanente s'est penchée sur la question de savoir si la validité de l'introduction d'une instance pouvait être contestée au motif que la requête avait été déposée avant que l'instrument contractuel sur lequel le demandeur se fondait soit devenu applicable. La Cour a déclaré que,

«[m]ême si, avant cette époque, la juridiction de la Cour n'existait pas pour la raison que l'obligation internationale visée à l'article II n'était pas encore en vigueur, il aurait été toujours possible, pour la

re-submit his *application* in the same terms after the coming into force of the Treaty of Lausanne, and in that case, the argument in question could not have been advanced. Even if the grounds on which the institution of proceedings was based were defective for the reason stated, this would not be an adequate reason for the dismissal of the applicant's suit. The Court, whose jurisdiction is international, is not bound to attach to matters of form the same degree of importance which they might possess in municipal law. Even, therefore, if the application were premature because the Treaty of Lausanne had not yet been ratified, *this circumstance would now be covered* by the subsequent deposit of the necessary ratifications." (*Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 34; emphasis added.)

In *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, when dealing with the United States argument that an attempt to adjust the dispute was a prerequisite of its submission to the Court, as provided for in the compromissory clause, the Court observed that

"it does not necessarily follow that, because a State has not expressly referred in negotiations with another State to a particular treaty as having been violated by conduct of that other State, it is debarred from invoking a compromissory clause in that treaty. The United States was well aware that Nicaragua alleged that its conduct was a breach of international obligations before the present case was instituted; and it is now aware that specific articles of the 1956 Treaty are alleged to have been violated. It would make *no sense to require* Nicaragua now *to institute fresh proceedings* based on the Treaty, which it would be fully entitled to do." (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, pp. 428-429, para. 83; emphasis added.)

The Court has also applied this principle in the present case. In its 1996 Judgment, leaving aside now any potential repercussions of the Respondent's lack of access to the Court at that time on this decision, the Court, replying to the preliminary objection of the Respondent based on the argument that the Convention was not operative between Bosnia and Herzegovina and the Federal Republic of Yugoslavia prior to their mutual recognition on 14 December 1995, stated that:

"even if it were established that the Parties, each of which was bound by the Convention when the Application was filed, had only been bound as between themselves with effect from 14 December 1995, the Court could not set aside its jurisdiction on this basis, inasmuch as Bosnia and Herzegovina *might at any time file a new application*, identical to the present one, which would be *unassailable* in this

partie défenderesse, *de présenter à nouveau sa requête*, dans les mêmes termes, après l'entrée en vigueur du Traité de Lausanne; et alors on n'aurait pu lui opposer le fait en question. Même si la base de l'introduction d'instance était défectueuse pour la raison mentionnée, ce ne serait pas une raison suffisante pour débouter le demandeur de sa requête. La Cour, exerçant sa juridiction internationale, n'est pas tenue d'attacher à des considérations de forme la même importance qu'elles pourraient avoir dans le droit interne. Dans ces conditions, même si l'introduction avait été prématurée, parce que le Traité de Lausanne n'était pas encore ratifié, *ce fait aurait été couvert* par le dépôt ultérieur des ratifications requises.» (*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2*, p. 34; les italiques sont de moi.)

En l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, lorsqu'elle a examiné l'argument des Etats-Unis d'Amérique selon lequel une tentative de règlement du différend était, conformément à la clause compromissoire, une condition préalable à sa saisine, la Cour a fait observer que,

«parce qu'un Etat ne s'est pas expressément référé, dans des négociations avec un autre Etat, à un traité particulier qui aurait été violé par la conduite de celui-ci, il n'en découle pas nécessairement que le premier ne serait pas admis à invoquer la clause compromissoire dudit traité. Les Etats-Unis savaient avant l'introduction de la présente instance que le Nicaragua affirmait que leur comportement constituait une violation de leurs obligations internationales; ils savent maintenant qu'il leur est reproché d'avoir violé des articles précis du traité de 1956. Il n'y aurait *aucun sens à obliger* maintenant le Nicaragua à *entamer une nouvelle procédure* sur la base du traité — ce qu'il aurait pleinement le droit de faire.» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, *compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 428-429, par. 83; les italiques sont de moi.)

La Cour a également appliqué ce principe en la présente espèce. Dans son arrêt de 1996, laissant de côté toutes les éventuelles conséquences sur sa décision du fait qu'elle n'était pas, à l'époque, ouverte au défendeur, elle a, en répondant à l'exception préliminaire de ce dernier fondée sur l'argument selon lequel la Convention n'était pas en vigueur entre la Bosnie-Herzégovine et la République fédérale de Yougoslavie avant leur reconnaissance mutuelle du 14 décembre 1995, déclaré que,

«quand bien même il serait établi que les Parties, qui étaient liées chacune par la Convention au moment du dépôt de la requête, ne l'auraient été entre elles qu'à compter du 14 décembre 1995, la Cour ne saurait écarter sa compétence sur cette base dans la mesure où la Bosnie-Herzégovine *pourrait à tout moment déposer une nouvelle requête*, identique à la présente, qui serait de ce point de vue *inatta-*

respect” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*), p. 614, para. 26; emphasis added).

27. Applying this principle, as confirmed by the jurisprudence of the Court, to the present case, Bosnia and Herzegovina could have “resubmitted” its application “in the same terms” at any time since 1 November 2000 but “it would make no sense to require [it] now to institute fresh proceedings . . . which it would be fully entitled to do” and its Application “would be unassailable” in respect of access to the Court. And if the original Application on 20 March 1993 was premature because the Respondent was not then a party to the Statute and did not have access to the Court, “this circumstance would now be covered” by the subsequent admission of the Federal Republic of Yugoslavia to the United Nations and its becoming a party to the Statute of the Court.

28. It is true that in eight *Legality of the Use of Force* cases, once the Court had concluded that the applicant did not have access to the Court at the time of the institution of the proceedings, it determined that such conclusion made it unnecessary to consider the other preliminary objections filed by the respondent to the jurisdiction of the Court (*I.C.J. Reports 2004*, pp. 327-328, para. 127). In those cases, however, whatever title of jurisdiction the applicant might have invoked, it “could not have properly seised the Court, . . . for the simple reason that [it] did not have the right to appear before the Court” (*ibid.*, p. 299, para. 46; emphasis added). As G. Fitzmaurice wrote,

“if a tribunal has not been duly seised it is incompetent to hear the case. But it does not follow that because the tribunal is duly seised, and has therefore the seisin of the case, it possesses on that account substantive jurisdiction and competence to hear and determine it on the merits. What seisin gives is jurisdiction and competence to determine this very point.”⁶

29. In the present case, the Applicant (Bosnia and Herzegovina) had access to the Court on 20 March 1993 when it filed its Application and thus could have “properly seised the Court”. The Court therefore has competence to determine whether it has jurisdiction under Article IX of the Genocide Convention. As long as the Respondent was not a party to the Statute, the Court should not have exercised its function in relation to that State, even if it might have had jurisdiction. But now that the Respondent has been, since 1 November 2000, a party to the Statute, there is no impediment for the exercise of the Court’s function and jurisdiction in a case in which the Applicant seised it properly.

⁶ G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, 1986, Vol. II, pp. 440-441.

quable» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 614, par. 26; les italiques sont de moi).

27. Si l'on applique ce principe, tel que confirmé par la jurisprudence de la Cour, à la présente affaire, la Bosnie-Herzégovine aurait pu «présenter à nouveau» sa requête «dans les mêmes termes» à tout moment depuis le 1^{er} novembre 2000, mais «[i]l n'y aurait aucun sens à [l']obliger maintenant ... à entamer une nouvelle procédure ... ce qu'[elle] aurait pleinement le droit de faire», et sa requête «serait ... inattaquable» du point de vue de l'accès à la Cour. De plus, si la requête initiale du 20 mars 1993 était prématurée dans la mesure où le défendeur n'était pas, à l'époque, partie au Statut et n'avait pas accès à la Cour, «ce fait aurait été couvert» par l'admission ultérieure de la République fédérale de Yougoslavie au sein de l'Organisation des Nations Unies et par le fait qu'elle est devenue partie au Statut de la Cour.

28. Il est vrai que, dans les huit affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, la Cour, ayant conclu que le demandeur n'avait pas qualité pour ester devant elle au moment de l'introduction de l'instance, a jugé qu'il n'était pas nécessaire qu'elle examine les autres exceptions préliminaires à sa compétence soulevées par les différents défendeurs (*C.I.J. Recueil 2004*, p. 327-328, par. 127). Dans ces affaires, toutefois, quel que fût le titre de compétence que le demandeur aurait pu invoquer, il «n'aurait pu saisir la Cour de manière valable, ... pour la simple raison qu'[il] n'avait pas le droit d'ester devant la Cour» (*ibid.*, p. 299, par. 46; les italiques sont de moi). Ainsi que l'a écrit G. Fitzmaurice,

«lorsqu'un tribunal n'a pas été dûment saisi, il n'a pas compétence pour connaître de l'affaire. Cela ne signifie cependant pas que, dès lors que ce tribunal est dûment saisi, et que l'affaire est donc portée devant lui, il ait, de ce fait, compétence au fond, et puisse examiner et trancher l'affaire sur le fond. Ce que la saisine lui confère, c'est précisément la juridiction et la compétence pour trancher ce point particulier.»⁶

29. En la présente espèce, le demandeur (la Bosnie-Herzégovine) avait qualité pour ester devant la Cour le 20 mars 1993, lorsqu'il a déposé sa requête, et a donc pu «saisir la Cour de manière valable». Celle-ci a donc compétence pour déterminer si elle a compétence en vertu de l'article IX de la convention sur le génocide. Tant que le défendeur n'était pas partie au Statut, la Cour n'aurait pas dû exercer sa fonction judiciaire à l'égard de cet Etat, même s'il se pouvait qu'elle eût compétence. En revanche, depuis que le défendeur est devenu, le 1^{er} novembre 2000, partie au Statut, rien ne s'oppose plus à l'exercice par la Cour de sa juridiction et de sa compétence dans une affaire dont elle a été dûment saisie par le demandeur.

⁶ G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, 1986, vol. II, p. 440-441.

30. Furthermore in the *Legality of Use of Force* cases the principle that the Court should not penalize a defect in a procedural act which the Applicant could easily remedy was not resorted to because the Applicant could have hardly resubmitted its Application since it asserted in its written observations on the Respondent's preliminary objections that "it was not bound by the Genocide Convention until it acceded to that Convention (with a reservation to Article IX) in March 2001" (*I.C.J. Reports 2004*, p. 293, para. 29). Under Article 38, paragraph 2, of the Rules of the Court, "[t]he application shall specify as far as possible the legal grounds upon which the jurisdiction of the Court is said to be based". What would have been specified as a legal ground for jurisdiction in that new Application? The Applicant contended that "the position of the FRY with regard to international organizations and treaties has been a most intricate and controversial matter", so that "[o]nly a decision of this Court could bring clarity" (*ibid.*, p. 295, para. 37). The Court on this point observed that the function of a decision of the Court is "not to engage in a clarification of a controverted issue" (*ibid.*, pp. 295-296, para. 38).

31. The Court in 1996 concluded that the Federal Republic of "Yugoslavia was bound by the provisions of the [Genocide] Convention on the date of the filing of the Application in the present case, namely, on 20 March 1993" (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 610, para. 17). Before reaching that conclusion, the Court first recalled that the Socialist Federal Republic of Yugoslavia signed the Convention and later, on 29 August 1950, deposited its instrument of ratification, without reservation. Then it recalled a formal declaration adopted "[a]t the time of the proclamation of the Federal Republic of Yugoslavia, on 27 April 1992" (*ibid.*). In that declaration, it was stated that:

"The Federal Republic of Yugoslavia, continuing the State, international legal and political personality of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, shall strictly abide by all the commitments that the Socialist Federal Republic of Yugoslavia assumed internationally." (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 610, para. 17.)

The Court remaining neutral, or rather "mute", on the issue of continuity of the international legal personality, limited itself to the observation that:

"This intention thus expressed by Yugoslavia to *remain* bound by the international treaties to which the former Yugoslavia was party was confirmed in an official Note of 27 April 1992 from the Permanent Mission of Yugoslavia to the United Nations, addressed to the Secretary-General." (*Ibid.*; emphasis added.)

The word *remain* chosen by the Court in 1996, however, can describe both situations: (*a*) when there is the continuity in international legal

30. De plus, dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, le principe n'a pas été invoqué selon lequel la Cour ne devrait pas sanctionner un défaut contenu dans un acte de procédure auquel le demandeur pourrait aisément remédier; en effet, ce dernier aurait été bien en peine de présenter à nouveau sa requête, dès lors qu'il avait avancé, dans ses observations écrites sur les exceptions préliminaires soulevées par le défendeur, que «la République fédérale de Yougoslavie n'était pas liée par la convention sur le génocide avant [d'y accéder] (avec une réserve à l'article IX) en mars 2001» (*C.I.J. Recueil 2004*, p. 293, par. 29). Aux termes du paragraphe 2 de l'article 38 du Règlement de la Cour, «[l]a requête indique autant que possible les moyens de droit sur lesquels le demandeur prétend fonder la compétence de la Cour». Quel moyen de droit aurait bien pu être indiqué dans une nouvelle requête pour fonder la compétence de la Cour? Le demandeur a affirmé que «le statut de la RFY vis-à-vis des organisations internationales et des traités [était] une question des plus complexes et des plus controversées», et que, en conséquence, «[s]eule une décision de la Cour pourrait faire la lumière à cet égard» (*ibid.*, p. 295, par. 37). Sur ce point, la Cour a fait observer que, lorsqu'elle se prononçait, ce n'était pas «pour procéder à l'élucidation d'une question controversée» (*ibid.*, p. 295-296, par. 38).

31. En 1996, la Cour a conclu que la République fédérale de «Yougoslavie était liée par les dispositions de la convention [sur le génocide] à la date du dépôt de la requête en la présente affaire, le 20 mars 1993» (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 610, par. 17). Avant de parvenir à cette conclusion, la Cour a commencé par rappeler que la République fédérative socialiste de Yougoslavie avait signé la Convention, puis déposé son instrument de ratification, sans formuler de réserves, le 29 août 1950. La Cour a ensuite évoqué une déclaration formelle adoptée «[l]ors de la proclamation de la République fédérative de Yougoslavie, le 27 avril 1992» (*ibid.*), déclaration dans laquelle il était indiqué que

«[l]a République fédérative de Yougoslavie, assurant la continuité de l'Etat et de la personnalité politique et juridique internationale de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, respectera[it] strictement tous les engagements que la République fédérative socialiste de Yougoslavie a[va]it pris à l'échelon international» (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 610, par. 17).

Restant neutre, ou plutôt «muette», sur la question de la continuité de la personnalité juridique internationale de la Yougoslavie, la Cour s'est contentée d'observer que

«[l]'intention ainsi exprimée par la Yougoslavie de *demeurer* liée par les traités internationaux auxquels était partie l'ex-Yougoslavie a[va]it été confirmée dans une note officielle du 27 avril 1992 adressée au Secrétaire général par la mission permanente de la Yougoslavie auprès des Nations Unies» (*ibid.*; les italiques sont de moi).

Le terme *demeurer*, choisi par la Cour en 1996, peut toutefois être utilisé pour décrire les deux situations suivantes: a) lorsqu'il y a continuité

personality of a State, such State *remains* bound by *its* treaties; but also, (b) when a succession of a State occurs in cases of separation of parts of a State, irrespective of whether or not the predecessor State continues to exist, any treaty in force on the date of the succession of States in respect of the territory of the predecessor State *remains* binding in respect of each successor State. To be more precise, Article 34 of the 1978 Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties uses the term “continues in force”.

The Court finally observed that “it has not been contested that Yugoslavia was party to the Genocide Convention” (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 610, para. 17).

32. The Federal Republic of Yugoslavia’s claim of continuing the international legal personality of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia did not prevail⁷. In fact, by applying in October 2000 for admission to membership in the United Nations, the Federal Republic of Yugoslavia abandoned that claim. The Federal Republic of Yugoslavia thus could not have remained bound by the Genocide Convention on the basis of continuing the international legal personality of the former Yugoslavia. Has it remained bound by the Genocide Convention on the basis of *ipso jure* succession?

33. Article 34 of the 1978 Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties in its first paragraph provides:

“When a part or parts of the territory of a State separate to form one or more States, whether or not the predecessor State continues to exist:

(a) any treaty in force at the date of the succession of States in respect of the entire territory of the predecessor State continues in force in respect of each successor State so formed.”

Since the Vienna Convention was not yet in force in 1992, when the Federal Republic of Yugoslavia’s succession occurred, the question to be asked is that of the nature of the rule of *ipso jure* succession laid down by Article 34.

Article 34 of the Convention, under one single heading “Succession of States in cases of separation of parts of a State”, deals both with the dissolution of States, in which the predecessor State ceases to exist, and with the separation of part (or several parts) of the territory of a State, in which one or more new States appear but in which the predecessor State continues to exist.

Sir Francis Vallat, the former Special Rapporteur of the International

⁷ See B. Stern, “Les questions de succession d’Etats dans l’affaire relative à l’*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* devant la Cour internationale de Justice”, *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, N. Ando *et al.* (eds.), Vol. 1, 2003, pp. 285-305, and her view that “as Yugoslavia was admitted to the United Nations as a new member, any continuation of the former Yugoslavia was thus denied” [*translation by the Registry*] (p. 289).

de la personnalité juridique internationale d'un Etat, celui-ci *demeure* lié par *ses* traités; mais également, *b*) lorsque se produit une succession d'Etats dans des cas de séparation de parties d'un Etat, que l'Etat prédécesseur continue ou non d'exister, tout traité en vigueur à la date de la succession d'Etats à l'égard du territoire de l'Etat prédécesseur *demeure* obligatoire à l'égard de chaque Etat successeur. Plus précisément, l'article 34 de la convention de Vienne de 1978 sur la succession d'Etats en matière de traités emploie l'expression «reste en vigueur».

La Cour a finalement relevé qu'«il n'a[vait] pas été contesté que la Yougoslavie soit partie à la convention sur le génocide» (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 610, par. 17).

32. La thèse de la République fédérale de Yougoslavie selon laquelle elle aurait assuré la continuité de la personnalité juridique internationale de l'ex-République fédérative socialiste de Yougoslavie n'a pas été retenue⁷. De fait, en présentant, en octobre 2000, sa demande d'admission à l'Organisation des Nations Unies, la République fédérale de Yougoslavie a renoncé à cette thèse. Elle n'a donc pas pu rester liée par la convention sur le génocide au motif qu'elle aurait assuré la continuité de la personnalité juridique internationale de l'ex-Yougoslavie. Est-elle restée liée par cette convention sur la base d'une succession *ipso jure*?

33. Le paragraphe premier de l'article 34 de la convention de Vienne de 1978 sur la succession d'Etats en matière de traités dispose:

«Lorsqu'une partie ou des parties du territoire d'un Etat s'en séparent pour former un ou plusieurs Etats, que l'Etat prédécesseur continue ou non d'exister:

a) [t]out traité en vigueur à la date de la succession d'Etats à l'égard de l'ensemble du territoire de l'Etat prédécesseur reste en vigueur à l'égard de chaque Etat successeur ainsi formé.»

Dès lors que la convention de Vienne n'était pas encore en vigueur en 1992, lorsque a eu lieu la succession de la République fédérale de Yougoslavie, la question qu'il convient de se poser est celle de la nature de la règle de la succession *ipso jure* énoncée à l'article 34.

Cet article traite, sous l'intitulé unique «Succession d'Etats en cas de séparation de parties d'un Etat», aussi bien des cas de dissolution d'Etats dans lesquels l'Etat prédécesseur cesse d'exister que des cas de séparation d'une partie (ou de plusieurs parties) du territoire d'un Etat dans lesquels un ou plusieurs nouveaux Etats sont formés, mais où l'Etat prédécesseur continue d'exister.

Francis Vallat, l'ancien rapporteur spécial de la Commission du droit

⁷ Voir B. Stern, «Les questions de succession d'Etats dans l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide devant la Cour internationale de Justice», *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, N. Ando *et al.* (dir. publ.), vol. 1, 2003, p. 285-305, et la thèse de cet auteur selon laquelle «la Yougoslavie a été admise comme nouveau Membre des Nations Unies, toute continuation avec l'ex-Yougoslavie étant ainsi niée» (p. 289).

Law Commission (ILC) and the Expert Consultant of the Vienna Codification Conference, explained that, while the 1972 Draft Articles contemplated the application of the principle of continuity in the event of dissolution and that of the “clean slate” for the new State emerging from a secession, the ILC ultimately decided — in the light of the comments by States on the Draft Articles — to make the two categories subject to one single régime, that of the *ipso jure* succession. It found that there is a,

“legal nexus between the new State and the territory which had existed prior to the succession, and that it would therefore be contrary to the doctrine of the sanctity of treaties to apply the ‘clean slate’ principle except in special circumstances”⁸.

The “special circumstances”, according to the Commission, were those which characterized the secessions effected in conditions similar to those of decolonization, but not cases of dissolution of States⁹.

In its Commentary, the ILC, as regards to dissolution, stated that:

“It considered that today every dissolution of a State which results in the emergence of new individual States should be treated on the same basis for the purpose of the continuance in force of treaties. The Commission concluded that although some discrepancies might be found in State practice, still that practice was sufficiently consistent to support the formulation of a rule which, with the necessary qualifications, would provide that treaties in force at the date of the dissolution should remain in force *ipso jure* with respect to each State emerging from the dissolution. The fact that the situation may be regarded as one of ‘separation of part or parts of a State’ rather than one of ‘dissolution’ does not alter this basic conclusion.”¹⁰

At the Conference, the discussions focused on the question whether the principle of *ipso jure* succession applies to secession or, as the case may be, to secession effected in circumstances similar to those of decolonization, for which certain delegations preferred the “clean slate” principle¹¹. Other delegations proposed that the principle of *ipso jure* succession should be extended to include the latter cases also. Many of them indi-

⁸ United Nations Conference on Succession of States in Respect of Treaties, Vol. II, 47th Meeting, p. 104, para. 36.

⁹ *Ibid.*, p. 105, para. 1.

¹⁰ *Yearbook of the International Law Commission*, 1974, Vol. II, Part One, p. 265, para. 25.

¹¹ United Nations Conference on Succession of States in Respect of Treaties, Vol. II, 40th, 42nd, 47th and 49th Meetings, pp. 50 *et seq.*

international (CDI) et expert consultant lors de la conférence de codification de Vienne, a précisé que, bien qu'il ait été envisagé, dans les projets d'articles de 1972, d'appliquer le principe de continuité dans le cas d'une dissolution et celui de la «table rase» au nouvel Etat né d'une sécession, la CDI avait finalement décidé — à la lumière des commentaires formulés par les Etats sur les projets d'articles — d'appliquer un régime unique aux deux catégories, à savoir celui de la succession *ipso jure*. La CDI a estimé que

«le lien juridique entre le nouvel Etat et le territoire qui existait avant la succession continuait en principe d'exister et qu'il serait donc contraire à la doctrine de l'inviolabilité des traités d'appliquer le principe de la «table rase», si ce n'est dans des circonstances particulières»⁸.

Les «circonstances particulières» caractérisaient, selon la Commission, les sécessions ayant eu lieu dans des conditions similaires à celles de la décolonisation, et non dans les cas de dissolution d'Etats⁹.

Dans son commentaire, la CDI a indiqué, au sujet de la dissolution, qu'elle estimait

«qu'aujourd'hui tous les cas de dissolution d'un Etat ayant pour effet de donner naissance à de nouveaux Etats distincts [devaient] être mis sur le même pied aux fins du maintien en vigueur des traités. La CDI a conclu que, bien que l'on puisse relever quelques divergences dans la pratique des Etats, cette pratique était assez uniforme pour justifier la formation d'une règle qui disposerait, avec les réserves nécessaires, que les traités en vigueur à la date de la dissolution devraient rester en vigueur *ipso jure* à l'égard de chacun des Etats issus de la dissolution. Le fait que la situation [puisse] être considérée comme un cas de «séparation d'une ou de plusieurs parties d'un Etat» plutôt que comme un cas de «dissolution» ne porte pas atteinte à cette conclusion fondamentale.»¹⁰

Lors de la conférence, les débats portèrent surtout sur la question de savoir si le principe de la succession *ipso jure* était applicable à la sécession ou, le cas échéant, à la sécession se produisant dans des circonstances similaires à celles de la décolonisation, hypothèse dans laquelle certaines délégations privilégiaient le principe de la «table rase»¹¹. D'autres délégations proposaient que le principe de la succession *ipso jure*

⁸ Conférence des Nations Unies sur la succession d'Etats en matière de traités, vol. II, 47^e séance, p. 104, par. 36.

⁹ *Ibid.*, p. 105, par. 1.

¹⁰ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1974, vol. II, première partie, p. 276, par. 25.

¹¹ Conférence des Nations Unies sur la succession d'Etats en matière de traités, vol. II, 40^e, 42^e, 47^e et 49^e séances, p. 50 et suiv.

cated that, in their view, the “clean slate” principle only applies in the event of decolonization.

Although the discussions reveal certain divergences regarding the application of the rule of *ipso jure* succession to treaties to all the very diverse situations covered by Article 34, the nucleus of this provision concerning the dissolution of States has not met with any serious objection. Therefore, in my view, the rule of *ipso jure* succession to treaties for cases involving the dissolution of a State may be considered a rule of customary international law¹².

34. The former Socialist Federal Republic of Yugoslavia agreed that the rule of *ipso jure* succession, codified in Article 34 of the Vienna Convention, at least for cases of the dissolution of a State (while for cases of secession it was rather a step in the progressive development of international law), shall be the rule to be applied for future cases of succession of States by signing and later, on 28 April 1980, ratifying the Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties. Perhaps then it could hardly contemplate that a decade later the issue of succession would become so relevant to its case. It is true that the Vienna Convention did not enter into force until 6 November 1996, and by virtue of its Article 7, paragraph 1, applies only in respect of a succession of States which has occurred after its entry into force.

All five successor States of the former Yugoslavia notified of their succession to the Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties and are thus parties to it. Serbia and Montenegro did so on 12 March 2001, the same date that it notified of its succession to a great number of conventions deposited with the Secretary-General of the United Nations, and selected from the treaties and conventions deposited with him just one instrument, the Genocide Convention, in relation to which it deposited concurrently its instrument of accession with a reservation to Article IX.

35. There can be no doubt that this decision to notify of the accession

¹² A. Zimmermann, in his 960-page *Habilitationsschrift, Staatennachfolge in völkerrechtliche Verträge: Zugleich ein Beitrag zu den Möglichkeiten und Grenzen völkerrechtlicher Kodifikation* (2000), summarizing his analysis, concluded that:

“With regard to the principle of universal succession for instances of both, separation or dismemberment, as laid down in Article 34 of the Vienna Convention ..., a distinction has to be drawn. With regard to complete *dismemberments* of a State, that principle had already in 1978 been strongly rooted in State practice. With regard to *separations*, however, it has to be qualified as one of the novelties of the convention, since in most previous cases the States concerned had applied the *clean slate* rule.” (*Op. cit.*, p. 860; emphasis in original.)

s'applique également à ces derniers cas. Nombre de délégations précisèrent que, selon elles, le principe de la «table rase» ne s'appliquait que dans le cadre de la décolonisation.

Bien que les débats mettent en lumière certaines divergences quant à l'application de la règle de la succession *ipso jure* aux traités à l'ensemble des situations fort différentes visées par l'article 34, l'élément central de cette disposition relatif à la dissolution d'Etats ne suscita aucune objection sérieuse. Par conséquent, la règle de la succession *ipso jure* aux traités dans les cas de dissolution d'un Etat peut, selon moi, être considérée comme une règle de droit international coutumier¹².

34. En signant la convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités, puis en la ratifiant le 28 avril 1980, l'ex-République fédérative socialiste de Yougoslavie a convenu que la règle de la succession *ipso jure*, codifiée par l'article 34 de la convention de Vienne, devait, au moins dans les cas de dissolution d'un Etat, constituer à l'avenir la règle applicable en matière de succession d'Etats (tandis que, dans les cas de sécession, il s'agissait plutôt d'une étape dans le développement progressif du droit international). Sans doute la RFSY pouvait-elle difficilement imaginer à l'époque que, dix ans plus tard, elle serait aussi directement concernée par la question de la succession. Cela étant, la convention de Vienne n'est entrée en vigueur que le 6 novembre 1996 et, en vertu du paragraphe premier de son article 7, elle ne s'applique que dans le cas d'une succession d'Etats qui s'est produite après cette date.

Ayant tous notifié leur succession à la convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités, les cinq Etats successeurs de l'ex-Yougoslavie y sont parties. La Serbie-et-Monténégro l'a fait le 12 mars 2001, date à laquelle elle a également notifié sa succession à un grand nombre de traités et de conventions déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies; parmi ces instruments, elle n'en a retenu qu'un seul — la convention sur le génocide — à l'égard duquel elle a déposé un instrument d'adhésion, assorti d'une réserve à l'article IX.

35. A n'en pas douter, cette décision de la Serbie-et-Monténégro consis-

¹² A. Zimmermann a conclu ainsi, en la résumant, son analyse de neuf cent soixante pages intitulée *Habilitationsschrift, Staatennachfolge in völkerrechtliche Verträge: Zugleich ein Beitrag zu den Möglichkeiten und Grenzen völkerrechtlicher Kodifikation* (2000):

«Pour ce qui concerne le principe de succession universelle dans les cas de séparation ou de démembrement, ainsi que l'article 34 de la convention de Vienne le prévoit ..., une distinction doit être établie. S'agissant des *démembrements* complets d'Etats, ce principe était déjà, en 1978, profondément enraciné dans la pratique des Etats. S'agissant des *séparations*, en revanche, il doit être considéré comme l'une des innovations de la convention, dans la mesure où, dans la plupart des cas antérieurs, les Etats concernés avaient appliqué la règle de la *table rase*.» (*Op. cit.*, p. 860; les italiques sont dans l'original.)

to the Genocide Convention, with a reservation to Article IX and not succession (where no reservation is allowed) was motivated by the considerations relating to the present case. It was intended to prevent a claim that Serbia and Montenegro had obligations under the Genocide Convention prior to June 2001 (in particular, substantive obligations in the period of 1992-1995, relevant for the claims of Bosnia and Herzegovina). This decision was also intended to avoid the jurisdiction of the Court under Article IX, not only for that period, but also for the future until the reservation was eventually withdrawn. Bosnia and Herzegovina timely objected to the Federal Republic of Yugoslavia's notification of accession to the Genocide Convention with a reservation to Article IX.

That single notification of accession, in my view, was totally inconsistent with the succession by the Federal Republic of Yugoslavia — notified the very same day to the United Nations Secretary-General as accession to the Genocide Convention — to the Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties, which in Article 34 provides that the treaties of the predecessor State continue in force in respect of each successor State. By the latter notification of succession, the Federal Republic of Yugoslavia became a contracting State of the Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties as of April 1992. That Convention entered into force on 6 November 1996. Although not formally applicable to the process of the dissolution of the former Yugoslavia, which occurred in the 1991-1992 period, in light of the fact that the former Yugoslavia consented to be bound by the Vienna Convention already in 1980, and the Federal Republic of Yugoslavia has been a contracting State to that Convention since April 1992, one would not expect, by analogy to Article 18 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, a State which, through notification of its accession, expresses its consent to be considered as bound by the Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties to act in a singular case inconsistently with the rule contained in Article 34 of that Convention, while in a great number of other cases to acting in full conformity with that rule. These considerations, taken together, lead me to the conclusion that the Court should not attach any legal effect to the notification of accession by the Federal Republic of Yugoslavia to the Genocide Convention, and should instead consider it bound by that Convention on the basis of the operation of the customary rule of *ipso jure* succession codified in Article 34 as applied to cases of the dissolution of a State.

36. Since I consider the Respondent to be party to the Genocide Convention since April 1992 and party to the Statute of the Court since 1 November 2000, both conditions (of access and jurisdiction) being thus fulfilled, I can agree with proceeding to the adjudication of the case on its merits.

tant à notifier son adhésion à la convention sur le génocide, assortie d'une réserve à l'article IX, et non sa succession (qui ne permet aucune réserve), a été motivée par des considérations relatives à l'espèce. Cette décision avait pour objet d'éviter qu'il ne soit allégué que la Serbie-et-Monténégro aurait eu, avant le mois de juin 2001, des obligations en vertu de la convention sur le génocide (et notamment, au titre de la période 1992-1995, des obligations de fond pertinentes au regard des demandes de la Bosnie-Herzégovine). Cette décision visait également à se soustraire à la juridiction de la Cour en vertu de l'article IX, non seulement au titre de cette période, mais également à l'avenir, jusqu'au moment où cette réserve serait finalement retirée. La Bosnie-Herzégovine s'est, en temps voulu, opposée à la notification d'adhésion à la convention sur le génocide formulée par la République fédérale de Yougoslavie avec une réserve à l'article IX.

Cette unique notification d'adhésion était, selon moi, en contradiction totale avec la succession de la République fédérale de Yougoslavie — notifiée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies le même jour que l'adhésion à la convention sur le génocide — à la convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités, laquelle, dans son article 34, dispose que les traités de l'Etat prédécesseur restent en vigueur à l'égard de chaque Etat successeur. Par cette notification de succession, la République fédérale de Yougoslavie est devenue, à compter d'avril 1992, un Etat partie à la convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités. Cet instrument est entré en vigueur le 6 novembre 1996. Bien qu'il ne soit pas formellement applicable au processus de dissolution de l'ex-Yougoslavie — lequel s'est produit au cours des années 1991-1992 —, l'on pourrait s'attendre, dès lors que l'ex-Yougoslavie a consenti à être liée par cette convention dès 1980 et que la République fédérale de Yougoslavie y est devenue partie en avril 1992, à ce que, par analogie avec l'article 18 de la convention de Vienne sur le droit des traités, un Etat qui, par la notification de son adhésion, exprime son consentement à être considéré comme lié par la convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités ne se comporte pas, dans un cas particulier, de manière incohérente avec la règle énoncée à l'article 34 de cette convention, alors même que, dans un grand nombre d'autres cas, il agit en parfaite conformité avec cette règle. L'ensemble de ces observations me portent à conclure que la Cour ne devrait accorder aucun effet juridique à la notification d'adhésion à la convention sur le génocide formulée par la République fédérale de Yougoslavie, et devrait au contraire considérer que cette dernière est liée par ladite Convention en vertu de l'application aux cas de dissolution d'un Etat de la règle coutumière de succession *ipso jure* codifiée par l'article 34.

36. Dès lors que je considère le défendeur comme étant partie à la convention sur le génocide depuis avril 1992 et au Statut de la Cour depuis le 1^{er} novembre 2000, les deux conditions (d'accès et de compétence) étant donc remplies, je peux accepter qu'il soit statué sur le fond de l'affaire.

II. THE MERITS

A. Interpretation of the Genocide Convention

37. In order to determine what kind of obligations the Genocide Convention imposes on its parties it is necessary to interpret its provisions. That interpretation is to be performed in good faith in accordance with the *ordinary meaning to be given to the terms of the Convention read in their context and in the light of its object and purpose*. Further, as the Court recalls, recourse may be had to supplementary means of interpretation which include the preparatory work of the Convention and the circumstances of its conclusion in order either to confirm the meaning resulting from “terms — context — object — purpose” interpretation or to remove the ambiguities, obscurity or manifestly absurd or unreasonable result (cf. Judgment, para. 160).

38. Applying these rules of interpretation, I largely agree with the majority’s analysis of the provisions contained in Articles V, VI and VII of the Convention. With respect to some other Articles, however, I am unable to fully share the Court’s interpretation of certain aspects of the relevant provisions. Before elaborating on my understanding of these issues I consider it important to state my views on the purpose of the Convention.

39. The Genocide Convention belongs to the growing corpus of international criminal law. Its purpose is to oblige States parties to prevent the most serious crime — genocide, which is considered to constitute a crime under international law — from being committed and, where it has been committed, to punish its perpetrators. It provides a legal definition of the prohibited act (i.e., genocide), imposes obligations on the States parties to the Convention to make that crime punishable under their domestic law, as well as to make punishable conspiracy, incitement and attempt to commit genocide and complicity in genocide. The States parties have an obligation to provide effective penalties for perpetrators of the crime and to enact the necessary legislation to give effect to the provisions of the Convention (including those relating to the competence of their national courts to try the alleged perpetrators). The Convention also contains a provision on the extradition of the alleged perpetrators.

1. Article I

40. I now turn to my reading of Article I of the Genocide Convention. In Article I, the Parties confirm that genocide, whether committed in time of peace or in time of war, is a crime under international law. The States in the same Article undertake to prevent such crime and to punish the perpetrators in the event that such crime has been committed.

Article I thus, in addition to expressing a legally binding agreement of the States parties that genocide constitutes a crime under international

II. FOND

A. Interprétation de la convention sur le génocide

37. Pour déterminer la nature des obligations que la convention sur le génocide impose aux Etats parties, il est nécessaire d'interpréter ses dispositions. Cette interprétation doit se faire de bonne foi, conformément au *sens ordinaire qu'il convient de donner aux termes de la Convention, lus dans leur contexte, et à la lumière de l'objet et du but de cet instrument*. De plus, ainsi que la Cour le rappelle, il peut être recouru à des moyens complémentaires d'interprétation, tels que les travaux préparatoires de la Convention et les circonstances dans lesquelles celle-ci a été conclue, que ce soit pour confirmer le sens établi à partir de l'interprétation des «termes, contexte, objet et but», ou pour éliminer des ambiguïtés, des points obscurs, ou encore un résultat manifestement absurde ou déraisonnable (cf. arrêt, par. 160).

38. L'application de ces règles d'interprétation m'amène à souscrire largement à l'analyse faite par la majorité de la Cour des dispositions contenues dans les articles V, VI et VII de la Convention. En revanche, je ne peux partager pleinement l'interprétation que fait la Cour de différents aspects des dispositions pertinentes de certains autres articles. Avant de développer mon interprétation en la matière, j'estime important d'indiquer mes vues concernant l'objet de la Convention.

39. La convention sur le génocide s'inscrit dans le corpus grandissant des règles du droit pénal international. Son objet est d'imposer aux Etats parties de prévenir la perpétration du crime le plus grave — le génocide, lequel est considéré comme un crime en vertu du droit international — et, lorsqu'il a été commis, d'en punir les auteurs. La Convention donne une définition juridique de l'acte prohibé (c'est-à-dire du génocide) et impose aux Etats parties l'obligation de rendre punissables dans leur droit interne non seulement ce crime lui-même, mais aussi l'entente en vue de le commettre, l'incitation à le commettre, la tentative de génocide et la complicité dans le génocide. Les Etats parties ont l'obligation de prévoir des sanctions efficaces pour les auteurs du crime et d'adopter la législation nécessaire pour assurer l'application des dispositions de la Convention, y compris celles relatives à la compétence de leurs tribunaux nationaux pour juger les auteurs présumés. La Convention contient également une disposition relative à l'extradition de ces derniers.

1. L'article premier

40. J'en viens maintenant à mon interprétation de l'article premier de la convention sur le génocide. Les Etats parties y affirment que le génocide, qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre, est un crime en vertu du droit international et s'engagent à prévenir ce crime et, dans l'hypothèse où il aurait été commis, à en punir les auteurs.

Outre qu'il exprime de leur part un accord juridiquement contraignant sur le fait que le génocide constitue un crime en vertu du droit inter-

law, contains *two obligations for the States parties*: (1) to prevent the commission of a crime and (2) to punish the perpetrators.

Imposition of the duty of punishment in relation to the crime of genocide implies that this Article contemplates genocide as a crime committed by a person entailing that person's individual criminal responsibility. I cannot imagine that the States parties would have agreed to a duty of one State to "punish" another State for having committed genocide.

41. I am so far in agreement with what the Court states in paragraphs 146 to 151 of the Judgment. But then the Court goes on to the issue "whether the Parties are also under an obligation, by virtue of the *Convention*, not to commit genocide themselves" (Judgment, para. 166; emphasis added). The Court cannot but recognize "that such an obligation is not expressly imposed by the actual terms of the *Convention*" (*ibid.*). It further states that Article I "does not *expressis verbis* require States to refrain from themselves committing genocide. However, . . . taking into account the established purpose of the *Convention*, the effect of Article I is to prohibit States from themselves committing genocide." (*Ibid.*) The Court concludes that "the obligation to prevent genocide necessarily implies the prohibition of the commission of genocide" (*ibid.*). I have doubts whether this is "the ordinary meaning" of the term "prevention" even if interpreted in light of the object and purpose of the *Convention*, which basically is an international criminal law convention. Clearly, under international law, States are not free to commit such atrocities which may amount to genocide. I fully agree on this point with the Court. The other issue is how States, which elaborated and adopted the *Genocide Convention*, intended to achieve this noble aim, "to liberate mankind from such an odious scourge" (in the words of the *Convention's* Preamble). The majority takes the view that the obligation of States not to commit genocide is necessarily implied by the obligation to prevent genocide because any other reading would be paradoxical (*ibid.*). The majority further reasons that, because the act of genocide is included in the list of punishable acts in Article III, its interpretation of Article I "must also apply to the other acts enumerated in Article III" (*ibid.*, para. 167). The majority provides no support for this view from the *travaux préparatoires*; it rather refers to "one unusual feature of the wording of Article IX" (Judgment, para. 168), which includes within the jurisdiction of the Court not only disputes relating to the interpretation and application of the *Convention*, but also disputes relating to the "fulfilment of the . . . *Convention*, including those relating to the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in Article III" (*ibid.*, para. 146). But that is the compromissory clause, which is usually not the source of substantive obligations. The majority infers, from that compromissory clause, that

national, l'article premier énonce donc *deux obligations incombant aux Etats parties*: 1) celle de prévenir la commission d'un crime et 2) celle d'en punir les auteurs.

Le fait que cet article impose l'obligation de punir les auteurs du crime de génocide implique que celui-ci y est considéré comme un crime commis par une personne et mettant en cause la responsabilité pénale individuelle de cette personne. Je ne puis imaginer que les Etats parties aient accepté de faire obligation à un Etat de «punir» un autre Etat pour avoir commis un génocide.

41. Je souscris à ce que la Cour déclare aux paragraphes 146 à 151 de l'arrêt. Mais elle se demande ensuite «si les parties à la Convention sont aussi tenues, en vertu *de celle-ci*, de ne pas elles-mêmes commettre de génocide» (arrêt, par. 166; les italiques sont de moi). La Cour ne peut pas ne pas reconnaître «qu'une telle obligation n'est pas expressément imposée par les termes mêmes de la Convention» (*ibid.*). Elle indique en outre que l'article premier «n'impose pas *expressis verbis* aux Etats de s'abstenir de commettre eux-mêmes un génocide...», ajoutant cependant que, «eu égard à l'objet de la Convention tel que généralement accepté, l'article premier a pour effet d'interdire aux Etats parties de commettre eux-mêmes un génocide» (*ibid.*). Et la Cour de conclure que «l'obligation de prévenir le génocide implique nécessairement l'interdiction de le commettre» (*ibid.*). Je doute qu'il s'agisse là du «sens ordinaire» du terme «prévention», même interprété à la lumière de l'objet et du but de la Convention, laquelle est avant tout une convention de droit pénal international. Certes, en vertu du droit international, il est clair que les Etats ne sont pas libres de commettre des atrocités susceptibles de constituer un génocide. Sur ce point, je partage sans réserve l'opinion de la Cour. Néanmoins, la question est de savoir de quelle manière les Etats qui ont élaboré et adopté la convention sur le génocide entendaient atteindre le noble objectif que celle-ci s'était fixé, consistant à «libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux» (selon les termes du préambule de la Convention). La majorité de la Cour défend la thèse selon laquelle l'obligation des Etats de ne pas commettre le génocide résulte nécessairement de l'obligation de le prévenir, dans la mesure où toute autre interprétation serait paradoxale (*ibid.*). La majorité soutient en outre que, dès lors que le génocide figure dans la liste des actes punissables énoncés à l'article III, l'interprétation qu'elle fait de l'article premier «doit aussi s'appliquer aux autres actes énumérés à l'article III» (*ibid.*, par. 167). La majorité ne se fonde aucunement sur les travaux préparatoires pour étayer cette thèse; elle évoque au contraire «une particularité du libellé de l'article IX» (arrêt, par. 168), lequel prévoit la compétence de la Cour non seulement à l'égard des différends relatifs à l'interprétation et à l'application de la Convention, mais aussi à l'égard de ceux relatifs à «l'exécution de la ... Convention, y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III» (*ibid.*, par. 146). Cependant, il s'agit là de la clause compromissoire, laquelle ne donne généralement pas naissance à des obligations de fond. La majorité déduit de cette clause compromissoire que

“[t]he responsibility of a party for genocide and the other acts enumerated in Article III arises from its failure to comply with the obligations imposed by the other provisions of the Convention, and in particular . . . with Article III read with Articles I and II” (*Judgment*, para. 169).

42. My understanding of the intention of the States when they elaborated and adopted the Genocide Convention is different. In my view, they intended to achieve the above-mentioned noble aim as set forth in the Preamble by imposing an absolute duty on States parties to hold criminally liable individuals who commit such an odious act and to punish them “whether they are constitutionally responsible rulers, public officials or private individuals” (Article IV of the Convention). A State as an abstract entity cannot act without a concrete person undertaking an act. Subjecting individuals, including those who exercise governmental authority, to international criminal responsibility is arguably an effective way of achieving the goal of the Convention because a State can only act through the conduct of individuals. This exposure to criminal prosecution makes it less likely that such individuals would disregard the obligations of the Genocide Convention, particularly since they may not assert an “act of State” defence to such violations (see paragraph 48, below).

43. Coming back to the text of Article I and its interpretation, it may be useful to take into account the text of the Preamble, since it forms part of the context. The Preamble refers to the declaration made by the General Assembly in its resolution 96 (I) of 11 December 1946 that:

“genocide is a crime under international law which the civilized world condemns, and for the commission of which principals and accomplices — whether private individuals, public officials or statesmen, and whether the crime is committed on religious, racial, political or any other grounds — are punishable”.

It should be recalled that the proposal of the United Kingdom representative in the Sixth Committee, Sir Hartley Shawcross, to replace paragraph 3 of the original draft resolution with the text that the General Assembly “[d]eclares that genocide is an international crime, for the commission of which principals and accessories, *as well as States*, are individually responsible” (United Nations doc. A/C.6/83; emphasis added), was not accepted.

Following the intervention of the French delegate, who referred to the fact that the French legal system did not provide for the criminal responsibility of States, the Chair of the Subcommittee of the Sixth Committee entrusted with the task of preparing a draft resolution explained that “the question of fixing State responsibility, as distinguished from the responsibility of private individuals, public officials, or statesmen, was a matter

«[I]a responsabilité d'une partie pour génocide ou tout autre acte énuméré à l'article III naît de son manquement aux obligations que lui imposent les autres dispositions de la Convention, et notamment ... l'article III, lu conjointement avec les articles I et II» (*arrêt*, par. 169).

42. Mon interprétation de l'intention des Etats lorsqu'ils ont élaboré et adopté la convention sur le génocide est différente. Selon moi, ils entendaient atteindre le noble objectif évoqué plus haut et énoncé dans le préambule en imposant aux Etats parties l'obligation absolue de tenir pour pénalement responsables les personnes qui commettent cet acte odieux et de les punir, «qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers» (Convention, art. IV). Un Etat, en tant qu'entité abstraite, ne peut agir sans qu'une personne physique accomplisse un acte. Le fait d'assujettir des personnes, y compris celles qui exercent une autorité gouvernementale, à une responsabilité pénale internationale est, sans doute, un moyen efficace d'atteindre l'objectif de la Convention, dans la mesure où un Etat ne peut agir qu'à travers la conduite de personnes. Que ces dernières s'exposent à des poursuites pénales a pour conséquence qu'elles sont moins enclines à ne pas respecter les obligations de la convention sur le génocide, dès lors, notamment, qu'elles ne sauraient se prévaloir d'un «fait de l'Etat» pour se défendre d'avoir commis de telles violations (voir paragraphe 48 ci-dessous).

43. Pour en revenir au texte de l'article premier et à son interprétation, il peut être utile de s'intéresser au libellé du préambule, lequel fait en effet partie du contexte. Le préambule se réfère à la déclaration faite par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 96 (I) en date du 11 décembre 1946, selon laquelle

«le génocide est un crime de droit des gens que le monde civilisé condamne, et pour lequel les auteurs principaux et leurs complices, qu'ils soient des personnes privées, des fonctionnaires ou des hommes d'Etat, doivent être punis, qu'ils agissent pour des raisons raciales, religieuses, politiques ou pour d'autres motifs».

Il convient de rappeler que la proposition du représentant du Royaume-Uni à la Sixième Commission, sir Hartley Shawcross, fut rejetée; celle-ci consistait à remplacer le paragraphe 3 du projet de résolution initial par le texte indiquant que l'Assemblée générale «[d]éclare que le génocide est un crime international dont les auteurs principaux et les complices, *de même que les Etats*, sont individuellement responsables» (Nations Unies, doc. A/C.6/83; les italiques sont de moi).

Suite à l'intervention du délégué de la France, qui avait évoqué le fait que la responsabilité pénale des Etats était inconnue dans l'ordre juridique français, la présidence de la sous-commission de la Sixième Commission à laquelle avait été confiée la tâche de préparer un projet de résolution précisa que «la question de déterminer la responsabilité des Etats, distincte de la responsabilité des particuliers, des fonctionnaires ou des

more properly to be considered at such time as a convention on the subject of genocide is prepared” (United Nations doc. A/C.6/120).

44. The text of resolution 96 (I) provides no support for the position that when the General Assembly asked the United Nations Economic and Social Council (ECOSOC) “to undertake the necessary studies, with a view to drawing up a draft convention on the crime of genocide”, it contemplated that such a draft convention should also cover genocide as a crime committed by the State itself. Rather, several passages in the resolution, such as “[t]he punishment of the crime of genocide is a matter of international concern”; or “genocide is a crime under international law . . . for the commission of which principals and accomplices — whether private individuals, public officials or statesmen . . . — are punishable”; or, further, “[i]nvites the Member States to enact the necessary legislation for the prevention and punishment”; or, finally, “[r]ecommands that international co-operation be organized between States with a view to facilitating the speedy prevention and punishment of the crime of genocide”, indicate that what was intended was proclaiming genocide as a crime under international law and inducing the enactment of its prohibition in internal criminal laws of the States parties which would provide a necessary legal basis for the punishment of its perpetrators irrespective of the position they may have held in the State at the time of the commission of the crime.

45. All of the above leads me to the conclusion that genocide in Article I of the Convention is conceived as a crime of individuals, and not of a State. The States parties have the obligation to prevent the commission of such crime and, if it was committed, to punish the perpetrators.

2. Article II

46. Article II contains a legal definition *stricto sensu* of the crime of genocide. It is a crime which requires a specific intent (*dolus specialis*) “to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such”. Article II describes the act itself but not its perpetrators.

3. Article III

47. Article III makes punishable not only the act of genocide itself but also four forms of participation in the crime (conspiracy, direct and public incitement, attempt and complicity). The “punishability” of the prohibited acts, as envisaged in Article III, provides a solid basis for the view that this Article is limited — *ratione personae* — to individuals and does not include States. Otherwise one would have to accept that States are subject to punishment *quod non*. The notion of punishment is linked with

hommes d'Etat, était un problème qu'il convenait mieux d'examiner au moment où l'on prépar[er]ait une convention relative au crime de génocide» (Nations Unies, doc. A/C.6/120).

44. Le texte de la résolution 96 (I) n'étaye en rien la thèse selon laquelle, lorsque l'Assemblée générale demanda au Conseil économique et social de l'Organisation des Nations Unies «d'entreprendre les études nécessaires en vue de rédiger un projet de convention sur le crime de génocide», elle envisageait que ce projet porte également sur le génocide en tant que crime commis par l'Etat lui-même. Bien au contraire, plusieurs passages de la résolution — tels que «[l]a répression du crime de génocide est une affaire d'intérêt international», «le génocide est un crime de droit des gens ... pour lequel les auteurs principaux et leurs complices, qu'ils soient des personnes privées, des fonctionnaires ou des hommes d'Etat, doivent être punis», «[i]nvite les Etats Membres à prendre les mesures législatives nécessaires pour prévenir et réprimer [ce crime]», ou encore «[r]ecommande d'organiser la collaboration internationale des Etats en vue de prendre rapidement des mesures préventives contre le crime de génocide et d'en faciliter la répression» — attestent que l'intention était de proclamer que le génocide était un crime en vertu du droit international et d'inciter les Etats parties à inscrire son interdiction dans leur droit pénal interne, lequel fournirait ainsi la base juridique nécessaire pour en punir les auteurs, quelles qu'aient pu être leurs fonctions au sein de l'Etat au moment de la commission du crime.

45. L'ensemble des développements qui précèdent me conduisent à conclure que le génocide, au sens de l'article premier de la Convention, est conçu comme un crime commis par des personnes et non par des Etats. Les Etats parties ont l'obligation de prévenir la perpétration de ce crime et, s'il était commis, d'en punir les auteurs.

2. L'article II

46. L'article II contient une définition juridique *stricto sensu* du crime de génocide. Il s'agit d'un crime qui nécessite l'intention spécifique (*dolus specialis*) «de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel». L'article II décrit l'acte lui-même, mais pas ses auteurs.

3. L'article III

47. L'article III indique que doivent être punis non seulement l'acte de génocide lui-même mais également quatre formes de participation à ce crime (l'entente en vue de le commettre, l'incitation directe et publique à le commettre, la tentative de génocide et la complicité dans le génocide). Le fait que les actes prohibés doivent être «punis», ainsi que le prévoit l'article III, étaye fermement la thèse selon laquelle cet article est limité *ratione personae* aux seules personnes et n'inclut pas les Etats. Dans le

criminal responsibility, which has not been accepted as applicable to States.

4. Article IV

48. Article IV of the Convention is limited only to individuals and their personal responsibility for genocide (“[p]ersons committing genocide . . . shall be punished . . .”). Moreover they may be held criminally responsible for the act irrespective of the position they may have held. Article IV provides that “[p]ersons committing genocide . . . shall be punished, whether they are constitutionally responsible rulers, public officials or private individuals”. No defence based on an act of State can successfully shield an individual from being held criminally accountable for his involvement in genocide.

The text of Article IV — for the purposes of its interpretation — is thus quite unambiguous: it does not contemplate the responsibility of a State. This conclusion is reinforced by the fact that the United Kingdom amendment to include the criminal responsibility of a State in the text of this provision was rejected. In the Sixth Committee, the United Kingdom proposed to amend draft Article V, as submitted by the *Ad Hoc* Committee on Genocide of ECOSOC (now Article IV of the Convention), to state:

“*Criminal responsibility* for any act of genocide as specified in Articles II and IV shall extend not only to all private persons or associations, but also to *States*, governments, or organs or authorities of the state or government, by whom such acts are committed. Such *acts committed by* or on behalf of *States* or governments constitute a breach of the present Convention.” (United Nations doc. A/C.6/236 and Corr.1, in *Official Records of the General Assembly, Part I, Sixth Committee, Annexes*, 1948, p. 24; emphasis added.)

The United Kingdom amendment was rejected by 24 votes to 22.

The Court’s observation that “the responsibility of a State for acts of its organs” is not “excluded by Article IV of the Convention, which contemplates the commission of an act of genocide by ‘rulers’ or ‘public officials’” (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 616, para. 32) does not alter the conclusion that the responsibility of a State for genocide is not contemplated in Article IV. The subject-matter of Article IV is rather the State’s duty to punish the perpetrator of genocide irrespective of the position that person may have within the State.

5. Article VI

49. Article VI is concerned with the jurisdiction in which “[p]ersons

cas contraire, il faudrait accepter que les Etats puissent être punis, ce qui n'est pas le cas. Or la notion de répression est liée à la responsabilité pénale, qui n'est pas considérée comme pouvant être engagée par un Etat.

4. *L'article IV*

48. L'article IV de la Convention ne vise que les individus et leur responsabilité personnelle pour génocide («[l]es personnes ayant commis le génocide ... seront punies...»). Les intéressés peuvent en outre être tenus pour pénalement responsables de l'acte en question, quelles que soient les fonctions qu'ils aient pu occuper. Ainsi, l'article IV dispose que «[l]es personnes ayant commis le génocide ... seront punies, qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers». Aucune défense fondée sur un fait de l'Etat ne saurait permettre à une personne de ne pas être tenue pour pénalement responsable d'avoir participé à un génocide.

Le texte de l'article IV — aux fins de son interprétation — est donc dépourvu de la moindre ambiguïté: il ne prévoit pas la responsabilité de l'Etat. Cette conclusion est corroborée par le fait que l'amendement du Royaume-Uni visant à inclure la responsabilité pénale de l'Etat dans le texte de cette disposition a été rejeté. Au sein de la Sixième Commission, le Royaume-Uni avait en effet proposé d'amender comme suit le projet d'article V (devenu l'article IV de la Convention), tel que présenté par le comité spécial du génocide du Conseil économique et social:

«Seront *pénalement responsables* de tout acte de génocide spécifié aux articles II et IV non seulement tous les particuliers ou associations, mais également les *Etats*, les gouvernements, ou les organes ou autorités de l'Etat ou du gouvernement, qui auront commis de tels actes. Ces actes, *lorsqu'ils seront commis par des Etats* ou des gouvernements, ou en leur nom, constitueront une violation de la présente convention.» (Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, première partie, Sixième Commission, annexes*, doc. A/C.6/236 et Corr.1, 1948, p. 24; les italiques sont de moi.)

L'amendement du Royaume-Uni fut rejeté par 24 voix contre 22.

L'observation formulée par la Cour selon laquelle «la responsabilité d'un Etat pour le fait de ses organes» n'est pas «exclue par l'article IV de la convention, qui envisage la commission d'un acte de génocide par des «gouvernants» ou des «fonctionnaires»» (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 616, par. 32) ne modifie pas la conclusion selon laquelle la responsabilité d'un Etat pour génocide n'est pas envisagée à l'article IV. Ce dernier vise en réalité l'obligation pour un Etat de punir l'auteur du génocide, quelles que soient les fonctions que cette personne occupe au sein de l'Etat.

5. *L'article VI*

49. L'article VI porte sur la juridiction devant laquelle «[l]es personnes

charged with genocide . . . shall be tried". Such persons shall primarily be tried "by a competent tribunal of the State in the territory of which the act was committed".

The Article also contemplates international prosecution of the offender by providing that he or she shall be tried "by such international penal tribunal as may have jurisdiction with respect to those Contracting Parties which shall have accepted its jurisdiction".

It is useful to recall that the United Kingdom submitted an amendment to draft Article VII (now Article VI of the Convention). It suggested the deletion of the draft article "because, in the first place, there is no international criminal court and secondly, the reference to national courts is unnecessary in view of Article VI" (Article V of the Convention). Instead, the following text was proposed by the United Kingdom:

"Where the act of genocide as specified by articles II and IV is, or is alleged to be the act of the State or government itself or of any organ or authority of the State or government, the matter shall, at the request of any other party to the present Convention, be referred to the International Court of Justice, whose decision shall be final and binding. Any acts or measures found by the Court to constitute acts of genocide shall be immediately discontinued or rescinded and if already suspended shall not be resumed or reimposed." (United Nations doc. A/C.6/236 and Corr.1, in *Official Records of the General Assembly, Part I, Sixth Committee, Annexes*, 1948, p. 25.)

The United Kingdom amendment was not adopted. The amendment was withdrawn in view of the objections, in particular by the United States, that it "was not in order, in that it amounted to a proposal to go back on a decision already taken" referring to the defeat of the United Kingdom amendment to draft Article V (Article IV of the Convention), (see para. 48 of this opinion) (United Nations doc. A/633, *Official Records of the General Assembly, Part I, Sixth Committee*, 99th meeting, p. 392). The United Kingdom delegate (Fitzmaurice) eventually withdrew this amendment in favour of the joint amendment submitted by Belgium and the United Kingdom to draft Article X (Article IX of the Convention) (see *ibid.*, p. 394). Fitzmaurice later acknowledged that "[t]he debate had clearly shown the Committee's desire to confine the provisions of Article VII (now Article VI of the Convention) to the responsibility of individuals" (United Nations doc. A/C.6/SR.103, p. 430).

6. Article IX

50. Article IX is the key provision for the purposes of the present case. Its text reads as follows:

"Disputes between the Contracting Parties relating to the interpre-

accusées de génocide ... seront traduites». Ces personnes seront avant tout traduites devant «les tribunaux compétents de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis».

L'article VI prévoit également que soient engagées des poursuites internationales contre les auteurs en disposant qu'ils seront traduits «devant la cour criminelle internationale qui sera compétente à l'égard de celles des parties contractantes qui en auront reconnu la juridiction».

Il convient de rappeler que le Royaume-Uni avait proposé un amendement au projet d'article VII (devenu l'article VI de la Convention). Il suggérait que ce projet d'article soit supprimé «parce que ... il n'exist[ait] pas de cour pénale internationale et, ... en raison de l'article VI [article V de la Convention], il [était] inutile de faire mention des tribunaux nationaux». Le Royaume-Uni proposait de le remplacer par le texte suivant :

«Lorsque l'un des actes de génocide spécifiés aux articles II et IV sera le fait de l'Etat ou du gouvernement lui-même ou d'un organe ou autorité quelconque de l'Etat ou du gouvernement, ou qu'il sera présenté comme tel, l'affaire, à la demande de toute autre partie à la présente Convention, sera soumise à la Cour internationale de Justice, dont la décision sera définitive et obligatoire. Tous actes, toutes mesures dont la Cour jugera qu'ils constituent des actes de génocide seront respectivement interrompus ou annulés immédiatement; si leur exécution a déjà été suspendue, ces actes ne seront pas repris ni ces mesures imposées à nouveau.» (Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, première partie, Sixième Commission, annexes*, doc. A/C.6/236 et Corr.1, 1948, p. 25.)

L'amendement du Royaume-Uni ne fut pas adopté. Il fut retiré en raison de l'objection — formulée en particulier par les Etats-Unis d'Amérique — selon laquelle il «n'[était] pas recevable, étant donné qu'il équival[ait] à une motion tendant à revenir sur une décision déjà prise», argument qui faisait référence à l'échec de l'amendement au projet d'article V (l'article IV de la Convention) proposé par le Royaume-Uni (voir présente opinion, par. 48) (Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, première partie, Sixième Commission*, 99^e séance, doc. A/633, p. 392). Le délégué du Royaume-Uni (Fitzmaurice) retira finalement cet amendement au profit de l'amendement commun au projet d'article X (l'article IX de la Convention) présenté par la Belgique et le Royaume-Uni (voir *ibid.*, p. 394). Par la suite, Fitzmaurice reconnut que «[d]urant les débats, il était apparu clairement que la Commission désirait limiter les dispositions de l'article VII [devenu l'article VI de la Convention] à la responsabilité des individus» (Nations Unies, doc. A/C.6/SR.103, p. 430).

6. L'article IX

50. L'article IX est la disposition essentielle aux fins de la présente espèce. Il se lit comme suit :

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

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

This jurisdictional clause is, as Judge Oda put it,

“unique as compared with the compromissory clauses found in other multilateral treaties which provide for submission to the International Court of Justice of such disputes between the Contracting Parties as relate to the *interpretation or application* of the treaties in question” (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 627, para. 5; emphasis in the original).

In fact the draft Convention, as prepared by the *Ad Hoc* Committee and submitted to the Sixth Committee, contained the usual compromissory clause, which contemplated the compulsory jurisdiction of the Court for disputes “relating to the interpretation, or application of the present Convention”.

What is the meaning of the additional words: “or fulfilment of the present Convention, including those relating to the responsibility of a State for genocide”?

(a) *Disputes relating to the fulfilment of the Convention*

51. The addition of the word “fulfilment” does not appear to the Court to be significant (Judgment, para. 168). I agree on this point. A review of the *travaux préparatoires* convinces me that the word “fulfilment” adds nothing legally relevant to the obligation to apply the Convention. By applying the Convention in good faith, a State party contributes to the fulfilment of the purpose of the Convention to prevent genocide, which purpose is clearly stated in the Preamble (“to liberate mankind from such an odious scourge”, i.e., the crime of genocide) and in Article I. It was in connection with this undertaking that the word “fulfilment” was used for the first time in drafting the Genocide Convention (see the Belgian amendment, United Nations doc. A/C.6/252).

52. In my view the addition of the formulation “fulfilment of the present Convention” in the compromissory clause does not add anything to the substantive obligations of the parties to the Convention and does not expand the jurisdiction *ratione materiae* of the Court in comparison with the concept of “application of the Convention” as it appears in Article IX (and in a great number of jurisdictional or compromissory clauses in other instruments). It merely places an additional emphasis on one aspect of the Convention, namely its overall purpose to prevent the “odious scourge” of genocide.

tation, l'application ou l'exécution de la présente convention, y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III, seront soumis à la Cour internationale de Justice, à la requête d'une partie au différend.» (Les italiques sont de moi.)

Ainsi que le juge Oda l'a indiqué, cette clause de juridiction est

«unique si on la compare aux clauses compromissaires d'autres traités multilatéraux qui prévoient la soumission à la Cour internationale de Justice des différends entre les parties contractantes ayant trait à leur *interprétation* ou *application*» (C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 627, par. 5; les italiques sont dans l'original).

En fait, le projet de convention, tel qu'élaboré par le comité spécial et présenté à la Sixième Commission, contenait la clause compromissoire habituelle, laquelle prévoyait la compétence obligatoire de la Cour pour des différends «relatifs à l'interprétation ou à l'application de la présente convention».

Quel est donc le sens des termes qui y ont été ajoutés: «ou l'exécution de la présente convention, y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide»?

a) *Différends relatifs à l'exécution de la Convention*

51. L'adjonction du terme «exécution» n'apparaît pas significative à la Cour (arrêt, par. 168). Je partage ce point de vue. A la lumière des travaux préparatoires, je suis convaincu que ce terme n'ajoute aucun élément juridiquement pertinent à l'obligation d'appliquer la Convention. En effet, en appliquant cet instrument de bonne foi, un Etat partie contribue à la réalisation de son but qui est de prévenir le génocide, but clairement énoncé dans le préambule («libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux», à savoir le crime de génocide) et à l'article premier. C'est en rapport avec cet engagement que le terme «exécution» a été utilisé pour la première fois dans la rédaction de la convention sur le génocide (voir l'amendement de la Belgique, Nations Unies, doc. A/C.6/252).

52. A mon sens, l'adjonction de l'expression «exécution de la présente Convention» à la clause compromissoire n'ajoute rien aux obligations de fond des parties à la Convention et n'étend pas la compétence *ratione materiae* de la Cour qui résulte de la notion d'«application de la Convention» figurant à l'article IX (ainsi que dans un grand nombre de clauses attributives de compétence ou compromissaires d'autres instruments). Elle met simplement un accent supplémentaire sur l'un des aspects de la Convention, à savoir son but général, qui est de prévenir ce «fléau aussi odieux» qu'est le génocide.

(b) *Disputes relating to the responsibility of a State for genocide*

53. It remains to deal with that part of the compromissory clause in Article IX which contemplates “disputes . . . including those relating to the responsibility of a State for genocide or any of the other acts enumerated in Article III” as falling within the jurisdiction of the Court.

The French version of this clause differs slightly. It reads as follows: “les différends . . . y compris ceux relatifs à la responsabilité d’un Etat en matière de génocide ou de l’un quelconque des autres actes énumérés à l’article III” (emphasis added).

This particular provision raises a number of issues, specifically that of its meaning. It can be interpreted in at least three different ways.

54. First, the provision can be understood as simply contemplating the jurisdiction of the Court to determine the responsibility of a State for the breach of one its obligations under the Convention. The jurisdiction of the Court with respect to the application of a treaty however also includes jurisdiction to determine the consequences for a State resulting from its non-compliance with treaty obligations, i.e., its international responsibility (cf. *Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9*, p. 21). Therefore “it would be superfluous to add [the formula into the compromissory clause] unless the Parties had something else in mind” (*Corfu Channel (United Kingdom v. Albania), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 24). The principle of effectiveness in treaty interpretation, although not provided for *as such* in the Vienna Convention on the Law of Treaties on which the Court routinely relies, suggests that such interpretation would be too narrow. The *travaux préparatoires*, revealing a rather lengthy and sometimes confused debate (see paragraphs 57 and 58 below), reaffirm that such interpretation should not be retained.

55. Second, the clause under consideration can also be understood as empowering this Court to determine that a State has committed genocide, which is the crime “singled out for special condemnation and opprobrium”, “horrific in its scope”, constituting a “crime against all of humankind”¹³. But that interpretation would implicate the criminal responsibility of States in international law — a concept previously rejected by a significant majority of States, and more recently abandoned by the ILC, in finalizing the Articles on

¹³ ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, IT-98-33-A, Judgment of the Appeals Chamber, 19 April 2004, para. 36.

b) *Différends relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide*

53. Il nous reste à examiner cette partie de la clause compromissaire de l'article IX qui dispose que les «différends ... y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III» relèvent de la compétence de la Cour.

La version anglaise de cette clause est légèrement différente. Elle se lit comme suit: «disputes ... including those relating to the responsibility of a State for genocide or any of the other acts enumerated in Article III» (les italiques sont de moi).

Cette disposition soulève un certain nombre de questions, à commencer par celle de son sens. Elle peut être interprétée d'au moins trois manières.

54. Premièrement, cette disposition peut être comprise comme prévoyant la compétence de la Cour aux seules fins d'établir la responsabilité d'un Etat pour violation de l'une des obligations lui incombant en vertu de la Convention. La compétence de la Cour s'agissant de l'application d'un traité englobe néanmoins aussi sa compétence aux fins d'établir les conséquences pour un Etat du non-respect des obligations lui incombant en vertu du traité en question, à savoir sa responsabilité internationale (*Usine de Chorzów, compétence, arrêt n° 8, 1927, C.P.J.I. série A n° 9, p. 21*). Dès lors, «il aurait été superflu d'ajouter [cette expression dans la clause compromissaire], à moins que dans l'esprit des Parties ce point visât quelque chose de plus» (*Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 23-24*). Bien que la convention de Vienne sur le droit des traités — sur laquelle la Cour s'appuie régulièrement — ne prévoie pas *en tant que tel* le principe de l'effet utile aux fins de l'interprétation des traités, celui-ci tend à indiquer qu'une telle interprétation serait par trop restrictive. Les travaux préparatoires, qui démontrent que les débats ont été relativement longs et parfois confus (voir paragraphes 57 et 58 ci-dessous), viennent d'ailleurs confirmer qu'une telle interprétation ne devrait pas être retenue.

55. Deuxièmement, la clause considérée peut aussi être comprise comme conférant compétence à la Cour pour établir qu'un Etat a commis un génocide, crime qui se «singularise par la réprobation particulière et l'opprobre», crime «horrible de par son ampleur» et qui constitue un «crime contre le genre humain dans son intégralité»¹³. Une telle interprétation impliquerait toutefois que les Etats puissent être pénalement responsables en vertu du droit international, notion déjà rejetée par une importante majorité d'Etats, et plus récemment abandonnée par la CDI

¹³ TPIY, *Le procureur c. Radislav Krstić*, affaire IT-98-33-A, chambre d'appel, arrêt du 19 avril 2004, par. 36.

Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts between 1998 and 2001.

56. Third, the clause can also be understood as the power of the Court to determine that in a particular case a State has to bear the consequences of the crime of genocide, committed by an individual found to be criminally liable, because a certain relationship existed between the individual perpetrator of the genocide and the State in question. In other words, the Court has been given jurisdiction to determine the responsibility of a State for genocide under the rules of international law, on the basis of attribution to the State of the genocidal acts perpetrated by persons. It seems to me that this interpretation is the most plausible considering not only the English text of Article IX (“the responsibility of a State for genocide”), but also its French text (“la responsabilité d’un Etat en matière de génocide”), and the sometimes confused debate on the draft in the Sixth Committee in November 1948.

57. The deliberations and revisions underlying the Sixth Committee’s drafting process despite their tempered confusion, lend support to this third and favoured construction. The drafting history of Article IX of the Convention reveals that the United Kingdom and Belgian delegations originated this text. It emerged after previous, unsuccessful attempts by both States to revise other provisions. The United Kingdom failed to gather sufficient support for its amendments to draft Article V (Article IV of the Convention) to extend criminal responsibility “also to States, governments or organs or authorities of the state or government” (for the text of the amendment, see paragraph 48 above), and to draft Article VII (Article VI of the Convention) (for the text of the amendment, see paragraph 49 above). Likewise, Belgium did not succeed in putting through its amendment to the United Kingdom amendment to draft Article VII. Following these non-successes, the two delegations submitted a joint amendment to draft Article X (now Article IX of the Convention), proposing the following text for that Article (original in English and French):

“Any dispute between the High Contracting Parties relating to the interpretation, application or fulfilment of the present Convention, including disputes relating to the responsibility of a State for any of the acts enumerated in Articles II and IV, shall be submitted to the International Court of Justice at the request of any of the High Contracting Parties.” (United Nations doc. A/C.6/258, p. 28.)

In French the text reads as follows:

“Tout différend entre les Hautes Parties contractantes relatif à l’interprétation, l’application ou l’exécution de la présente Convention, y compris les différends relatifs à la responsabilité d’un Etat dans les actes énumérés aux articles II et IV, sera soumis à la Cour

lors de la finalisation, entre 1998 et 2001, des articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite.

56. Troisièmement, cette clause peut également être comprise comme désignant la faculté qu'a la Cour d'établir que, dans une affaire donnée, un Etat doit assumer les conséquences du crime de génocide commis par un individu considéré comme pénalement responsable, et ce en raison de l'existence d'une relation particulière entre l'individu auteur du génocide et l'Etat en question. En d'autres termes, la Cour se serait vu attribuer compétence aux fins d'établir la responsabilité d'un Etat pour génocide en vertu des règles du droit international, sur le fondement de l'attribution à l'Etat des actes génocides perpétrés par des individus. Cette interprétation me semble la plus plausible non seulement au regard du texte anglais de l'article IX («the responsibility of a State for genocide»), mais également de la version française («la responsabilité d'un Etat en matière de génocide»), ainsi que du débat parfois confus sur le projet de convention au sein de la Sixième Commission en novembre 1948.

57. En dépit de leur relative confusion, les délibérations et révisions qui ont émaillé le processus rédactionnel de la Sixième Commission étayaient cette troisième interprétation, plus plausible. Il ressort de l'histoire rédactionnelle de l'article IX de la Convention que les délégations du Royaume-Uni et de la Belgique sont à l'origine de ce texte, lequel a vu le jour après plusieurs tentatives infructueuses des deux Etats de reviser d'autres dispositions. Le Royaume-Uni n'était pas parvenu à obtenir un soutien suffisant pour que soit adopté son amendement aux projets d'article V (article IV de la Convention) visant à étendre la responsabilité pénale aux «Etats, [aux] gouvernements, ou [aux] organes ou autorités de l'Etat ou du gouvernement» (pour le texte de l'amendement, voir paragraphe 48 ci-dessus), et d'article VII (article VI de la Convention) (pour le texte de l'amendement, voir paragraphe 49 ci-dessus). De la même manière, la Belgique n'était pas parvenue à faire adopter son amendement à l'amendement du Royaume-Uni au projet d'article VII. Compte tenu de ces tentatives infructueuses, les deux délégations présentèrent un amendement commun à l'article X (devenu l'article IX de la Convention), qui se lisait comme suit (le texte original est en anglais et en français):

«Tout différend entre les Hautes Parties contractantes relatif à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente Convention, y compris les différends relatifs à la responsabilité d'un Etat dans les actes énumérés aux articles II et IV, sera soumis à la Cour internationale de Justice, à la requête d'une Haute Partie contractante.» (Nations Unies, doc. A/C.6/258, p. 28.)

En anglais, le texte se lisait comme suit:

«Any dispute between the High Contracting Parties relating to the interpretation, application or fulfilment of the present Convention, including disputes relating to the responsibility of a State for any of the acts enumerated in Articles II and IV, shall be submitted to the

internationale de Justice, à la requête d'une Haute Partie contractante." (United Nations doc. A/C.6/258, p. 28.)

58. The ensuing debate in the Sixth Committee reveals the following pertaining to the joint amendment:

- (i) It was discussed at the moment when the reference to "a competent international tribunal" for the trial of persons charged was deleted from draft Article VII, so that the only jurisdiction then contemplated was a domestic tribunal of the State in the territory in which the act was committed. The reference to "such international penal tribunal as may have jurisdiction with respect to those Contracting Parties which shall have accepted its jurisdiction" was inserted into Article VI of the Convention only at a late stage in the work of the Sixth Committee, well after the debate on draft Article X (now Article IX of the Convention) was over and decisions on various amendments, including the joint United Kingdom/Belgian amendment, had been made.
- (ii) It was in this setting that some delegations were ready to accept the joint United Kingdom/Belgian amendment. The French delegate who had earlier opposed the United Kingdom amendment to draft Article V seeking to extend criminal responsibility to States, said in the debate on the joint United Kingdom/Belgian amendment to draft Article X that:

"[i]t would certainly have been preferable to provide for such punishment [of the genocide] on the direct basis of criminal law instead of confining its scope to States alone on the basis of civil law; but, inadequate as it was, the joint amendment was preferable to the absence of any text confirming competence to an international court" (United Nations doc. A/C.6/SR.103, p. 431).

Similarly,

"[t]he delegation of Brazil was prepared to accept the joint amendment, provided the second part of Article X of the draft remained deleted, so that it would conform to article VII, from which mention of a competent international tribunal had been deleted" (*ibid.*, p. 432).

Similar views were expressed by Uruguay (*ibid.*, p. 433).
- (iii) The responsibility of a State, envisaged by the co-authors of the joint amendment, was not a criminal one. Fitzmaurice, as the United Kingdom's representative, replying to the Canadian delegate's request for clarification, said "that the responsibility envisaged by the joint Belgian and United Kingdom amendment was the international responsibility of States following a violation of the convention". As he explained, "[t]hat was civil responsibility, not criminal responsibility" (*ibid.*, p. 440).
- (iv) There were several preliminary votes before the vote on the joint

International Court of Justice at the request of any of the High Contracting Parties.» (Nations Unies, doc. A/C.6/258, p. 28.)

58. Les débats qui se déroulèrent ensuite au sein de la Sixième Commission révèlent ce qui suit au sujet de l'amendement commun :

i) Celui-ci fut débattu lorsque la référence à une «Cour criminelle internationale» pour juger les personnes accusées fut supprimée du projet d'article VII, de sorte que la seule juridiction alors envisagée était celle de l'Etat sur le territoire duquel l'acte serait commis. La référence à «la Cour criminelle internationale qui sera compétente à l'égard de celles des parties contractantes qui en auront reconnu la juridiction» ne fut inscrite à l'article VI de la Convention qu'à un stade tardif des travaux de la Sixième Commission, bien après que le débat relatif au projet d'article X (devenu l'article IX de la Convention) eut été achevé et que la question de divers amendements eut été tranchée, y compris celle de l'amendement commun du Royaume-Uni et de la Belgique.

ii) C'est dans ce contexte que certaines délégations étaient prêtes à accepter l'amendement commun du Royaume-Uni et de la Belgique. Le délégué français, qui s'était auparavant opposé à l'amendement du Royaume-Uni au projet d'article V visant à étendre la responsabilité pénale aux Etats, indiqua, lors du débat sur l'amendement commun du Royaume-Uni et de la Belgique au projet d'article X, que,

[c]ertes, il eût mieux valu organiser cette représentation directement sur le plan pénal, au lieu d'en restreindre la portée aux seuls Etats dans le domaine civil, mais, si insuffisant qu'il soit, l'amendement commun est préférable à l'absence de tout texte attributif de compétence à une juridiction internationale» (Nations Unies, doc. A/C.6/SR.103, p. 431).

De la même manière,

[l]a délégation du Brésil [était] prête à accepter l'amendement commun, à condition que la suppression de la seconde partie de l'article X du projet soit maintenue, pour le mettre en harmonie avec l'article VII, dans lequel la mention d'un tribunal international compétent a été éliminée» (*ibid.*, p. 432).

Des vues similaires furent exprimées par l'Uruguay (*ibid.*, p. 433).

iii) La responsabilité de l'Etat envisagée par les coauteurs de l'amendement commun n'était pas une responsabilité pénale. Fitzmaurice, en sa qualité de représentant du Royaume-Uni, indiqua, en réponse à la demande de clarification formulée par le délégué canadien, «que la responsabilité envisagée dans l'amendement commun de la Belgique et du Royaume-Uni [était] la responsabilité internationale des Etats à la suite d'une violation de la convention», ajoutant qu'il s'agissait là «d'une responsabilité civile et non pas d'une responsabilité pénale» (*ibid.*, p. 440).

iv) Plusieurs votes préliminaires eurent lieu avant que ne soit mis aux

amendment as a whole. First, the Sixth Committee, by 30 votes to 9 with 8 abstentions, adopted the Indian amendment to substitute the words “at the request of any of the parties to the dispute” for the words “at the request of any of the High Contracting Parties” in the joint amendment (United Nations doc. A/C.6/SR.104, p. 447).

Second, by 27 votes to 10 with 8 abstentions, the proposal to delete the word “fulfilment” from the joint amendment was rejected (*ibid.*).

Third, the deletion of the words “including disputes relating to the responsibility of a State for any of the acts enumerated in Articles II and IV” from the joint amendment was rejected by a close vote of 19 votes to 17, with 8 abstentions (*ibid.*).

Finally, the joint amendment of the United Kingdom and Belgium, as amended by India, was adopted by 23 votes to 13, with 8 abstentions (*ibid.*).

- (v) The drafting committee of the Sixth Committee introduced a few stylistic emendations¹⁴ to the joint amendment and renumbered it as Article IX (United Nations doc. A/C.6/289 and Corr.1).
- (vi) India then again attempted unsuccessfully to delete the words “including those relating to the responsibility of a State for genocide or any of the other acts enumerated in Article III” (for the Indian amendment, see United Nations doc. A/C.6/299). The United Kingdom, Belgium and the United States proposed an alternative draft of Article IX. It read as follows (English and French being the original texts):

“Disputes between Contracting Parties relating to the interpretation, application or implementation of this Convention, including *disputes arising from a charge by a Contracting Party that the crime of genocide or any other of the acts enumerated in Article III has been committed within the jurisdiction of another Contracting Party*, shall be submitted to the International Court of Justice at the request of one of the parties to the dispute.” (United Nations doc. A/C.6/305; emphasis added.)

In French:

“Les différends entre Parties contractantes relatifs à l’interprétation, l’application ou l’exécution de la présente Convention, y compris *ceux résultant de l’allégation par une Partie contractante que le crime de génocide ou l’un quelconque des autres actes énumérés à l’article III a été commis dans la juridiction d’une autre Partie*”

¹⁴ The Drafting Committee deleted the words “Any” at the very beginning of the text and “High” before “Contracting Parties”; substituted “those” for “disputes” after the word “including”; and used the language “for genocide or any of the other acts enumerated in Article III” instead of “for any of the acts enumerated in articles II and IV”.

voix l'amendement commun dans son ensemble. Tout d'abord, la Sixième Commission, par 30 voix contre 9 et 8 abstentions, adopta l'amendement de l'Inde tendant à remplacer, dans l'amendement commun, les termes «à la requête d'une Haute Partie contractante» par les termes «à la requête d'une partie au différend» (Nations Unies, doc. A/C.6/SR.104, p. 447).

Ensuite, par 27 voix contre 10 et 8 abstentions, la proposition de suppression du mot «exécution» figurant dans l'amendement commun fut rejetée (*ibid.*).

Puis, la suppression de l'expression «y compris les différends relatifs à la responsabilité d'un Etat dans les actes énumérés aux articles II et IV» contenue dans l'amendement commun fut rejetée par une courte majorité de 19 voix contre 17 et 8 abstentions (*ibid.*).

Enfin, l'amendement commun du Royaume-Uni et de la Belgique, tel que modifié selon la proposition de l'Inde, fut adopté par 23 voix contre 13, avec 8 abstentions (*ibid.*).

- v) Le comité de rédaction de la Sixième Commission y apporta quelques modifications stylistiques¹⁴ et le rebaptisa article IX (Nations Unies, doc. A/C.6/289 et Corr.1).
- vi) L'Inde essaya de nouveau, sans succès, d'obtenir la suppression de l'expression «y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III» (pour l'amendement de l'Inde, voir Nations Unies, doc. A/C.6/299). Le Royaume-Uni, la Belgique et les Etats-Unis proposèrent un autre projet d'article IX, lequel se lisait comme suit (les versions française et anglaise étant les textes originaux):

«Les différends entre Parties contractantes relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente Convention, y compris ceux résultant de l'allégation par une Partie contractante que le crime de génocide ou l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III a été commis dans la juridiction d'une autre Partie contractante, seront soumis à la Cour internationale de Justice, à la requête d'une partie au différend.» (Nations Unies, doc. A/C.6/305; les italiques sont de moi.)

Et en anglais:

«Disputes between Contracting Parties relating to the interpretation, application or implementation of this Convention, including disputes arising from a charge by a Contracting Party that the crime of genocide or any other of the acts enumerated in Article III has been committed within the jurisdiction of another Contracting

¹⁴ Le comité de rédaction remplaça les mots «Tout différend» par «Les différends» au tout début du texte et supprima «Hautes» avant «Parties contractantes», remplaça «y compris les différends» par «y compris ceux» et, enfin, utilisa l'expression «de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III» en lieu et place de «dans les actes énumérés aux articles II et IV».

contractante, seront soumis à la Cour internationale de Justice, à la requête d'une partie au différend." (Nations Unies, doc. A/C.6/305; les italiques sont de moi.)

The three co-authors of this amendment did not consider it to be an amendment of substance, but only "an alternative drafting", the object of which "was the deletion of the word 'responsibility', which appeared ambiguous to certain delegations" (United Nations doc. A/C.6/SR.131, p. 687). They were of the view that the Indian amendment "was an amendment of substance" and it was "for the Indian representative alone to ask for a reconsideration of Article IX" (*ibid.*). After a prolonged debate, the Chairman of the Sixth Committee¹⁵

"ruled that the amendment concerned the substance of the article. Thus it was provided in article IX that those disputes, among others, which concerned the responsibility of a State for genocide or for any of the acts enumerated in article III, should be submitted to the International Court of Justice." (*Ibid.*, p. 690.)

He continued that

"According to the joint amendment [of Belgium, the United Kingdom and the United States], on the other hand, the disputes would not be those which concerned the responsibility of the State but those which resulted from an accusation to the effect that the crime had been committed in the territory of one of the contracting parties." (*Ibid.*)

He concluded, "[t]hat being so, the Committee could not consider the joint amendment of Belgium, the United Kingdom and the United States or the Indian amendment unless it decided in favour of reconsideration of article IX" (*ibid.*).

That ruling of the Chairman remained unchallenged. The Chairman then put to the vote a motion for reconsideration of Article IX. The motion was not adopted, having failed to obtain the required two-thirds majority (16 votes in favour of reconsideration, 13 against and 11 abstentions) (*ibid.*, p. 690).

59. In light of the drafting history of Article IX of the Genocide Convention, and in light of the ruling of the Chairman of the Sixth Committee on the joint United Kingdom, Belgian and United States proposal (United Nations doc. A/C.6/305), it is difficult to conclude that the jurisdiction of the Court under Article IX would also cover a charge "that the crime of genocide or any other of the acts enumerated in article III has been committed".

60. The Court has no criminal jurisdiction. One may wonder how a Court conceived as a judicial organ for the adjudication of inter-State

¹⁵ R. J. Alfaro, who later became Judge (1959-1964) and Vice-President (1961-1964) of the International Court of Justice.

Party, shall be submitted to the International Court of Justice at the request of one of the parties to the dispute.» (United Nations doc. A/C.6/305; emphasis added.)

Les trois coauteurs de cet amendement ne le considéraient pas comme un amendement de fond, mais simplement comme «une variante», dont l'objet était «d'éliminer le mot «responsabilité» qui para[issait] ambigu à certaines délégations» (Nations Unies, doc. A/C.6/SR.131, p. 687). Ils estimaient que l'amendement de l'Inde constituait «une modification de fond» du texte et «qu'il appart[enait] aux représentants de l'Inde seuls de demander un nouvel examen de l'article IX» (*ibid.*). Après un débat prolongé, le président de la Sixième Commission¹⁵

«décid[a] que cet amendement port[ait] sur le fond même de l'article. En effet, l'article IX prévo[yai]t que ser[ai]ent soumis à la Cour internationale de Justice, entre autres, les différends relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un des actes énumérés à l'article III.» (*Ibid.*, p. 690.)

Il précisa que

«tandis que d'après l'amendement commun [de la Belgique, du Royaume-Uni et des Etats-Unis], il ne s'agirait pas de différends portant sur la responsabilité de l'Etat mais résultant d'une accusation aux termes de laquelle l'acte criminel a été commis sur le territoire d'une des parties contractantes» (*ibid.*).

Le président conclut que «[l]a Commission ne pourra[it] donc prendre en considération l'amendement commun de la Belgique, du Royaume-Uni et des Etats-Unis, ainsi que l'amendement de l'Inde, que si elle se pronon[çait] en faveur d'un nouvel examen de l'article IX» (*ibid.*).

Sa décision ne fut pas contestée. Il mit ensuite aux voix une motion tendant à ce que l'article IX fasse l'objet d'un nouvel examen. Celle-ci ne fut pas adoptée, n'ayant pas obtenu la majorité requise des deux tiers (16 voix pour, 13 contre et 11 absentions) (*ibid.* p. 690).

59. A la lumière de l'histoire rédactionnelle de l'article IX de la convention sur le génocide et de la décision du président de la Sixième Commission relative à la proposition commune de la Belgique, du Royaume-Uni et des Etats-Unis (Nations Unies, doc. A/C.6/305), il est difficile de conclure que la compétence de la Cour en vertu de l'article IX vaut également dans l'hypothèse où il est allégué que «le crime de génocide ou l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III a été commis».

60. La Cour n'a pas de compétence pénale. Comment — peut-on se demander — une cour conçue comme un organe judiciaire chargé de tran-

¹⁵ R. J. Alfaro devint par la suite juge (1959-1964), puis vice-président (1961-1964) de la Cour internationale de Justice.

disputes, with no criminal jurisdiction, whose procedure (Rules of Court) is not tailored to the requirements (or needs) of a criminal case, and which has no Rules of Evidence, could determine that a crime (i.e., genocide, requiring specific intent (*dolus specialis*)) has been committed. Is it possible for the commission of a crime to be established within a procedure which provides for no appeal? These are, in my view, important considerations which militate against construing Article IX of the Convention so as to enable charges by one State that another has committed genocide to be brought within the Court's jurisdiction.

7. *Conclusions on the interpretation of the Convention*

61. Having analysed and interpreted different provisions of the Genocide Convention it is now appropriate to draw the relevant conclusions. They are, in my view, as follows:

- (i) The Convention was intended as an instrument for the prevention and punishment of the crime of genocide.
- (ii) Genocide, as a crime under international law, is construed in the Convention as a criminal offence whose perpetrators bear individual criminal responsibility and shall thus be punished irrespective of their position.
- (iii) The Convention does *not* conceive genocide as a criminal act of a State¹⁶.
- (iv) The Convention establishes a number of obligations for the States parties. These are the following obligations:
 - (a) to prevent genocide (Art. I);
 - (b) to punish the perpetrator(s) of genocide (Arts. I and IV);
 - (c) to enact the necessary legislation (Art. V);
 - (d) to exercise jurisdiction by a competent tribunal of a territorial State (Art. VI);
 - (e) to extradite the perpetrator(s) (Art. VII).
- (v) The failure of a State to comply with one of the above obligations stemming from the Convention constitutes an unlawful act and entails the international responsibility of a State. The jurisdiction of the Court under Article IX of the Convention encompasses the determination of whether a State has complied with the above obligations, and of the international responsibility of a State for the breach of any of the above obligations (see point (iv) (a) to (e) above).
- (vi) The jurisdiction of the Court, as a consequence of the addition of

¹⁶ One should not lose sight of the fact that the Convention was drafted in the aftermath of the Nuremberg Tribunal. That Tribunal said that “[c]rimes against international law are committed by men, not by abstract entities” (*France et al. v. Goering et al.*, (1946) 22 *IMT*, p. 466).

cher des différends interétatiques, dépourvue de compétence pénale, dont la procédure (le Règlement de la Cour) n'est pas adaptée aux exigences (ou besoins) d'une affaire pénale, et qui ne dispose pas d'un règlement de preuve, peut-elle établir qu'un crime (à savoir, le génocide, lequel nécessite une intention spécifique (*dolus specialis*)) a été commis? Peut-on établir qu'un crime a été commis dans le cadre d'une procédure ne prévoyant aucune possibilité de recours? Il s'agit-là, selon moi, de questions importantes qui vont à l'encontre d'une interprétation de l'article IX de la Convention selon laquelle la Cour aurait compétence pour connaître d'accusations de génocide formulées par un Etat à l'encontre d'un autre Etat.

7. Conclusions concernant l'interprétation de la Convention

61. Après avoir analysé et interprété diverses dispositions de la convention sur le génocide, il convient à présent de tirer les conclusions pertinentes. Celles-ci sont, selon moi, les suivantes :

- i) La Convention a été conçue comme un instrument visant à la prévention et à la répression du crime de génocide.
- ii) Le génocide, en tant que crime en vertu du droit international, est présenté dans la Convention comme un crime engageant la responsabilité pénale individuelle de ses auteurs, lesquels doivent, partant, être punis quelle que soit la fonction qu'ils occupent.
- iii) La Convention *ne* conçoit *pas* le génocide comme un acte criminel commis par un Etat¹⁶.
- iv) La Convention établit un certain nombre d'obligations pour les Etats parties, qui sont tenus :
 - a) de prévenir le génocide (art. I);
 - b) de punir les personnes ayant commis le génocide (art. I et IV);
 - c) de prendre les mesures législatives nécessaires (art. V);
 - d) d'assurer l'exercice de la juridiction d'un tribunal compétent de l'Etat territorial (art. VI);
 - e) d'extrader les auteurs (art. VII).
- v) Le fait pour un Etat de ne pas se conformer à l'une des obligations susmentionnées découlant de la Convention est un acte illicite qui engage sa responsabilité internationale. En vertu de l'article IX, la Cour a compétence pour établir qu'un Etat s'est ou non conformé aux obligations susmentionnées, et qu'il a engagé sa responsabilité internationale pour manquement à l'une quelconque d'entre elles (voir point iv) a) à e) ci-dessus).
- vi) La compétence de la Cour, en raison de l'ajout des mots «y compris

¹⁶ L'on ne doit pas perdre de vue que la Convention a été rédigée au lendemain du procès de Nuremberg. Le Tribunal a indiqué que «[c]e sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes» (*France et consorts c. Göring et consorts*, *TMI* (1946), vol. 22, p. 466).

the words “including those [disputes] relating to the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in article III” into the compromissory clause in Article IX, is broader and it includes the power of the Court to determine international “responsibility of a State for genocide” on the basis of attribution to the State of the criminal act of genocide perpetrated by a person. This Court, however, is not the proper forum in which to make a legally binding pronouncement that a *crime* of genocide was committed. Such a finding is to be made within the framework of a criminal procedure which also provides for a right of appeal. This Court has no criminal jurisdiction and its procedure is *not* a criminal one.

B. Comments on Some of the Court’s Findings

1. The obligation to prevent

62. The Court has found that the Respondent breached its obligation to prevent genocide under Article I of the Genocide Convention. In order to reach this conclusion, it first qualified this obligation as a kind of “due diligence” obligation (Judgment, para. 430) and identified “the capacity to *influence* effectively the action of persons likely to commit, or already committing, genocide” (*ibid.*; emphasis added) as a relevant criterion for “assessing whether a State has duly discharged the obligation concerned” (*ibid.*). The Court considered that “the FRY was in a position of influence, over the Bosnian Serbs” (*ibid.*, para. 434). Although the Court “has not found that the information available to the Belgrade authorities indicated, as a matter of certainty, that genocide was imminent . . ., they could hardly have been unaware of the serious risk of it” (Judgment, para. 436). The scale of the tragic events, “though it could not have been foreseen with certainty, *might* at least have been *surmised*” (*ibid.*, para. 438; emphasis added). The Court found that since “the Respondent has not shown that it took any initiative to prevent what happened”, it “violated its obligation to prevent the Srebrenica genocide” (*ibid.*). It does not matter for the Court whether the Respondent “definitely had the power to prevent the genocide; it is sufficient that it had the means to do so and that it manifestly refrained from using them” (*ibid.*). The Court does not specify what kind of “means” it has in mind, but has apparently contemplated the Federal Republic of Yugoslavia’s influence over the Bosnian Serbs.

63. What is conspicuous in this part of the Judgment is the fact that scarcely any attention is paid to the arguments of the Parties. I feel compelled to offer my views on the issues they have raised.

64. Serbia and Montenegro argued that “the Genocide Convention can only apply when the State concerned has territorial jurisdiction or

[les différends] relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III» à la clause compromissaire de l'article IX, est plus large et implique que celle-ci a le pouvoir d'établir la «responsabilité [internationale] d'un Etat en matière de génocide» sur la base de l'attribution à cet Etat de l'acte criminel de génocide perpétré par un individu. Toutefois, la Cour n'est pas l'instance adéquate pour établir par une décision juridiquement contraignante qu'un *crime* de génocide a été commis. Une telle décision doit être rendue dans le cadre d'une procédure pénale prévoyant également un droit de recours. La Cour n'est pas une juridiction pénale et sa procédure *n'est pas* pénale.

B. Commentaires sur certaines conclusions de la Cour

1. L'obligation de prévenir

62. La Cour a jugé que le défendeur avait violé l'obligation lui incombant de prévenir le génocide en vertu de l'article premier de la convention sur le génocide. Pour parvenir à cette conclusion, elle a tout d'abord qualifié cette obligation d'obligation de «*due diligence*» (arrêt, par. 430) et jugé que «la capacité ... à *influencer* effectivement l'action des personnes susceptibles de commettre, ou qui sont en train de commettre, un génocide» (*ibid.*; les italiques sont de moi) était un critère pertinent pour «apprécier si un Etat s'[était] correctement acquitté de l'obligation en cause» (*ibid.*). La Cour a estimé que «la RFY se trouvait, à l'égard des Serbes de Bosnie ..., dans une position d'influence» (*ibid.*, par. 434). Bien qu'elle «n'a[ît] pas ... jugé que les informations dont disposaient les autorités de Belgrade indiquaient de manière certaine l'imminence du génocide ..., ces dernières ne pouvaient pas ne pas être conscientes du risque sérieux qui existait à cet égard» (arrêt, par. 436). L'ampleur de ces tragiques événements «était sinon prévisible avec certitude, du moins *souçonnable*» (*ibid.*, par. 438; les italiques sont de moi). La Cour a jugé que, dans la mesure où «le défendeur n'a[vait] établi l'existence d'aucune initiative à des fins préventives», il «a[vait] violé son obligation de prévenir le génocide de Srebrenica» (*ibid.*). La Cour n'estime pas nécessaire qu'il soit prouvé que le défendeur «[ait eu] le pouvoir d'empêcher certainement le génocide; il suffit qu'il ait eu des moyens d'agir en ce sens, et qu'il se soit manifestement abstenu de les mettre en œuvre» (*ibid.*). La Cour ne précise pas quel type de «moyens» elle vise, mais a, semble-t-il, pris en compte l'influence de la République fédérale de Yougoslavie sur les Serbes de Bosnie.

63. Ce qui est flagrant dans cette partie de l'arrêt, c'est qu'il n'est pour ainsi dire accordé aucune attention aux arguments des Parties. Je me sens donc contraint d'exprimer mon point de vue sur les questions soulevées par celles-ci.

64. La Serbie-et-Monténégro a fait valoir que «la convention sur le génocide ne p[ouvait] s'appliquer que lorsque l'Etat concerné exer[çait] une

control in the areas in which the breaches of the Convention are alleged to have occurred” (CR 2006/16, p. 15). It further points out that:

“[t]he duties to mobilize the domestic law of Contracting States, and to prevent and punish acts of genocide committed by individuals, are inevitably related to the exercise of legislative and enforcement jurisdiction within State territory, or areas under the control of the State. The principles of State responsibility require an ability to exercise control over the area concerned.” (*Ibid.*, p. 19.)

Bosnia and Herzegovina quoted from the Judgment of the Court on the jurisdiction in the present case “that the obligation each State thus has to prevent and to punish the crime of genocide is not territorially limited by the Convention” (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 616, para. 31). But Bosnia and Herzegovina also acknowledged that a State has to exercise at least some control over the territory or activities in question when it stated:

“In short, the question that needs to be asked is the following: did the Respondent, *in relation to the territory of Bosnia and Herzegovina*, exercise *functions, powers or activities* which would have enabled it to prevent or halt the genocide, or at least attempt to do so? It is obvious that if . . . the reply to that question were to be affirmative, it would then follow that the obligation to act in order to prevent and halt the genocide was fully applicable to the Respondent.” (CR 2006/34, p. 7; emphasis added.)

65. In my view, the dictum of the Court that “the obligation each State thus has to prevent and to punish the crime of genocide is not territorially limited by the Convention” has to be interpreted in a reasonable way.

First, as the Court now rightly states, “the duty to prevent genocide and the duty to punish its perpetrators . . . are . . . two distinct yet connected obligations, each of which must be considered in turn” (Judgment, para. 425). Second, with respect to the territorial scope of these two obligations, I shall start with the obligation of punishment for which one finds a clearer answer in the text of the Convention and in the *travaux préparatoires* leading to its adoption. That obligation *is* territorially limited, as the Court *now* rightly notes (Judgment, para. 184). The principle of universality for the obligation of punishment, originally envisaged in Article VII of the Secretariat draft, was abandoned by the *Ad Hoc* Committee in its draft Article VII, which opted for the principle of territoriality, complemented with the jurisdiction of a competent international tribunal to be established. This solution was, in principle, retained in Article VI of the Genocide Convention. Thus, strictly speaking, the Convention imposes the *obligation* to punish on the State in whose territory the crime of genocide was committed. On the other side, the practice of

compétence territoriale dans les régions où les violations de la convention se seraient produites» (CR 2006/16, p. 15). Elle a par ailleurs souligné que :

«[L]es obligations des Parties contractantes de faire appel à leur droit interne ainsi que de prévenir et de punir les actes de génocide perpétrés par des particuliers se rattachent inévitablement à l'exercice de la compétence législative et coercitive sur le territoire de l'Etat en question, ou dans les zones relevant de son contrôle. Pour que les principes de la responsabilité des Etats puissent s'appliquer, il faut que l'Etat en cause ait la capacité d'exercer son contrôle sur le territoire concerné» (*ibid.*, p. 19).

La Bosnie-Herzégovine a cité un passage de l'arrêt de la Cour sur la compétence en la présente espèce, selon lequel «l'obligation qu'a ainsi chaque Etat de prévenir et de réprimer le crime de génocide n'est pas limitée territorialement par la Convention» (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 616, par. 31). Elle a cependant reconnu, dans le passage qui suit, qu'un Etat devait au moins exercer un certain contrôle sur les territoires ou les activités en question :

«En somme, la question correcte à poser est la suivante: le défendeur exerçait-il, *par rapport au territoire de la Bosnie-Herzégovine, des fonctions, pouvoirs ou activités* qui lui auraient permis de prévenir le génocide ou de l'arrêter, ou tout au moins de s'engager dans cette action? Il est évident que, si ... la réponse à cette question devait être positive, il s'ensuivrait que l'obligation d'agir pour prévenir et arrêter le génocide était parfaitement applicable au défendeur.» (CR 2006/34, p. 7; les italiques sont de moi.)

65. Il me semble que le prononcé de la Cour selon lequel «l'obligation qu'a ainsi chaque Etat de prévenir et de réprimer le crime de génocide n'est pas limitée territorialement par la Convention» doit être interprété avec mesure.

Premièrement, ainsi que la Cour l'indique aujourd'hui à juste titre, «l'obligation de prévenir le génocide et celle d'en punir les auteurs [sont] deux obligations distinctes, quoique reliées entre elles, qui doivent être examinées successivement» (arrêt, par. 425). Deuxièmement, s'agissant de la portée territoriale de ces deux obligations, j'évoquerai en premier lieu celle de punir, laquelle est expliquée plus clairement par le texte de la Convention et les travaux préparatoires ayant mené à son adoption. Cette obligation *est* territorialement limitée, ainsi que la Cour le relève *aujourd'hui* à juste titre (arrêt, par. 184). Le principe de l'universalité de l'obligation de punir, initialement envisagé à l'article VII du projet du Secrétariat, fut abandonné par le comité spécial, dont le projet d'article VII retint finalement le principe de la territorialité, associé à la juridiction d'un tribunal international compétent appelé à être créé. Cette solution fut reprise dans son principe à l'article VI de la convention sur le génocide. Ainsi, *stricto sensu*, la Convention impose une *obligation* de punir à l'Etat sur le territoire duquel le crime de génocide a été commis.

States clearly confirms that they recognize a State's *right* to exercise its criminal jurisdiction when the crime of genocide was committed outside its territory, irrespective of the nationality of the alleged perpetrator(s) and victims. Regardless of how desirable it may be that a State exercises its criminal jurisdiction to punish genocide, this does not transform such a right into a State obligation, unless of course, the genocide was committed in its territory.

66. Turning now to the obligation of prevention, the debate in the Sixth Committee is not very illuminating. Not surprisingly the leading author on genocide wrote that “[p]erhaps the most intriguing phrase in Article I is the obligation upon States to prevent and punish genocide”. He continued that:

“while the final Convention has much to say about punishment of genocide, there is little to suggest what prevention of genocide really means. Certainly, nothing in the debates about Article I provides the slightest clue as to the scope of the obligation to prevent.”¹⁷

The Court itself acknowledges that while “the Convention includes fairly detailed provisions concerning the duty to punish (Articles III to VII), it reverts to the obligation of prevention, stated as a *principle* in Article I, only in Article VIII” (Judgment, para. 426; emphasis added).

The latter Article affirms the possibility for a State to bring to the attention of the competent organs of the United Nations a situation which such State views as amounting to genocide or involving a risk leading to genocide. But, unfortunately, the Article does not establish a firm obligation for the competent organ to act. It is for these United Nations organs to consider what action would be appropriate for the prevention or suppression of genocide, or situations which may degenerate into it. Any such action is to be based on the Charter of the United Nations.

Article VIII is primarily aimed at the Security Council, which bears “primary responsibility for the maintenance of international peace and security” and is authorized under the Charter to decide what measures shall be taken to maintain or restore international peace and security. The other organ possibly contemplated under Article VIII of the Genocide Convention is the General Assembly.

When they adopted the Genocide Convention, States expressed in its Preamble their conviction that, “in order to liberate mankind from such an odious scourge [i.e., genocide], international co-operation is required”.

Article VIII of the Convention gives a normative expression to this

¹⁷ W. A. Schabas, *Genocide in International Law*, 2000, p. 72.

Mais la pratique des Etats confirme par ailleurs clairement que ceux-ci reconnaissent le *droit* d'un Etat d'exercer sa juridiction pénale lorsque le crime de génocide a été commis en dehors de son territoire, quelle que soit la nationalité des auteurs et des victimes présumés. Aussi souhaitable qu'il soit qu'un Etat puisse exercer sa juridiction pénale pour réprimer le génocide, cela ne transforme pas ce droit en une obligation à sa charge, à moins, bien sûr, que le génocide ait été commis sur son territoire.

66. S'agissant à présent de l'obligation de prévention, les débats au sein de la Sixième Commission ne sont guère éclairants. Il n'est guère surprenant que l'auteur le plus fécond sur la question du génocide ait écrit que «la phrase la plus étonnante de l'article premier est sans doute celle énonçant l'obligation qui incombe aux Etats de prévenir et réprimer le génocide». Et celui-ci d'ajouter que,

«alors que le texte final de la Convention traite abondamment de la répression du génocide, il ne contient que peu d'éléments permettant de savoir ce que recouvre réellement la prévention du génocide. Et rien dans les débats relatifs à l'article premier ne fournit la moindre indication quant à la portée de l'obligation de prévenir.»¹⁷

La Cour elle-même reconnaît que, si «la Convention comporte ... des dispositions plus ou moins détaillées concernant l'obligation de répression (les articles III à VII), elle ne revient sur l'obligation de prévenir, au-delà de son affirmation *de principe* à l'article premier, qu'à l'article VIII» (arrêt, par. 426; les italiques sont de moi).

Ce dernier article affirme la possibilité pour un Etat de porter à l'attention des organes compétents de l'Organisation des Nations Unies une situation qu'il considère comme constitutive d'un génocide ou comme risquant de mener à un génocide. Malheureusement, l'article n'impose pas expressément d'obligation d'agir à l'organe compétent. Il incombe à ces organes de l'Organisation des Nations Unies d'examiner quelles actions seraient appropriées pour prévenir ou faire cesser le génocide ou les situations risquant de dégénérer en génocide. Toute action de cette nature doit néanmoins être fondée sur la Charte des Nations Unies.

L'article VIII concerne essentiellement le Conseil de sécurité, qui a «la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales» et qui est autorisé, aux termes de la Charte, à décider des mesures à prendre pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales. L'autre organe qui pourrait être visé par l'article VIII de la convention sur le génocide est l'Assemblée générale.

Lorsqu'ils ont adopté la convention sur le génocide, les Etats ont indiqué dans son préambule qu'ils étaient convaincus que «pour libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux [à savoir le génocide] la coopération internationale [était] nécessaire».

L'article VIII de la Convention traduit en termes normatifs cette

¹⁷ W. A. Schabas, *Genocide in International Law*, 2000, p. 72.

conviction by contemplating a role for the competent United Nations organs in the prevention and suppression of acts of genocide. This is understandable since one of the purposes of the United Nations, as stated in Article I of the Charter, is “[t]o be a centre for harmonizing the actions of nations in the attainment of [their] common ends”, among them the maintenance of international peace and security, the promotion and encouragement of respect for human rights, and fundamental freedom for all.

But if Article VIII does not impose a legal obligation on the competent organs to act, can the obligation of prevention in Article I be interpreted as requiring a State to act *outside* of its territory in order to prevent or suppress the acts of genocide? I have serious doubts. Such a broad construction of this obligation would mean that preventative action undertaken by one State in the territory of another should be viewed as lawful. But in practice, unilateral or plurilateral actions undertaken without the authorization of the Security Council still remain controversial. At present, only actions authorized by the Council are undoubtedly lawful and legitimate.

67. This said, however, I am convinced that under Article I of the Genocide Convention the State does have an obligation to prevent genocide outside its territory to the extent that it exercises jurisdiction outside its territory, or exercises control over certain persons in their activities abroad. This obligation exists in addition to the unequivocal duty to prevent the commission of genocide within its territory.

68. In this case, it has not been established that the Federal Republic of Yugoslavia exercised jurisdiction in the areas surrounding Srebrenica where atrocious mass killings took place. Nor has it been established that it exercised control over the perpetrators who conducted these killings outside the territory of the Federal Republic of Yugoslavia.

The plan to execute as many as possible of the military aged Bosnian Muslim men present in the Srebrenica enclave was devised and implemented by the Bosnian Serbs following the takeover of Srebrenica in July 1995. That was the factual finding of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)¹⁸. It has not been established as a matter of fact before this Court that the Federal Republic of Yugoslavia authorities knew in advance of this plan. In such a situation they could not have prevented the terrible massacres in Srebrenica.

Thus, to my regret, I cannot support the conclusion of my colleagues in the majority, although I understand the motives, which, at the end of the day, may have led them to reaching it.

¹⁸ ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, IT-98-33-T, Judgment of the Trial Chamber, 2 August 2001, para. 87.

conviction en conférant aux organes compétents de l'Organisation des Nations Unies un rôle dans la prévention et la cessation des actes de génocide, ce qui est compréhensible puisque l'un des objets de l'Organisation des Nations Unies, ainsi qu'indiqué à l'article premier de la Charte, est d'«[ê]tre un centre où s'harmonisent les efforts des nations vers [leurs] fins communes», notamment en maintenant la paix et la sécurité internationales et en développant et encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous.

Cependant, si l'article VIII n'impose pas aux organes compétents une obligation juridique d'agir, peut-on interpréter l'obligation de prévention figurant à l'article premier comme imposant à un Etat d'agir *en dehors* de son territoire afin de prévenir et de réprimer les actes de génocide? J'en doute fort. Une interprétation aussi large de cette obligation signifierait qu'une action préventive menée par un Etat sur le territoire d'un autre Etat serait considérée comme licite. Or, en pratique, les actions, unilatérales ou multilatérales, menées sans l'autorisation du Conseil de sécurité demeurent controversées. A l'heure actuelle, seules les actions autorisées par le Conseil sont incontestablement licites et légitimes.

67. Cela étant, je suis néanmoins convaincu que, aux termes de l'article premier de la convention sur le génocide, l'Etat a bien l'obligation de prévenir le génocide en dehors de son territoire dans la mesure où il exerce sa juridiction en dehors de son territoire, ou un contrôle sur certaines personnes dans le cadre des activités qu'elles mènent à l'étranger. Cette obligation vient s'ajouter à l'obligation non équivoque de prévenir la perpétration du génocide sur son propre territoire.

68. En l'espèce, il n'a pas été établi que la République fédérale de Yougoslavie exerçait sa juridiction dans les zones aux alentours de Srebrenica, zones où d'atroces massacres ont eu lieu. Il n'a pas non plus été établi qu'elle exerçait un contrôle sur les personnes ayant commis ces crimes en dehors de son territoire.

Le projet d'exécuter le plus grand nombre possible d'hommes musulmans de Bosnie en âge de porter les armes se trouvant dans l'enclave de Srebrenica a été conçu et mis en œuvre par les Serbes de Bosnie après la prise de l'enclave de Srebrenica en juillet 1995. Telle a été la conclusion de fait formulée par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY)¹⁸. Il n'a pas été factuellement établi devant la Cour que les autorités de la République fédérale de Yougoslavie auraient eu à l'avance connaissance de ce projet. Elles ne pouvaient, dès lors, prévenir les terribles massacres de Srebrenica.

Ainsi ne puis-je, à mon grand regret, me prononcer en faveur de la conclusion formulée par la majorité de mes collègues, et ce bien que je comprenne les raisons qui ont pu, en fin de compte, les y conduire.

¹⁸ TPIY, *Le procureur c. Krstić*, affaire IT-98-33-T, jugement du 2 août 2001, par. 87.

2. *The responsibility for non-compliance with the Orders indicating provisional measures*

69. In the part of this opinion in which I dealt with the Court's jurisdiction, I took the position that the Federal Republic of Yugoslavia was not a party to the Statute of the Court during the 1992-2000 period and has become party to it only as from 1 November 2000 (paras. 25-36 above). In my view, these facts have implications both for the 1993 Orders on interim measures of protection, and for the 1996 Judgment on jurisdiction and admissibility because their binding nature is based on the Statute (Arts. 41 and 59). I have already explained my views on the problematic implications for the 1996 Judgment since it was rendered when the Federal Republic of Yugoslavia was not party to the Statute, and the consequent need to determine the jurisdiction of the Court *de novo* (paras. 16-25 above). It remains to offer a few observations on the Orders indicating provisional measures.

70. One of the conditions for indicating the requested measures is that the provisions invoked by the Applicant appear, *prima facie*, to afford a basis on which the jurisdiction of the Court *might* be established. Article IX of the Genocide Convention "appear[ed] to the Court to afford a basis on which the jurisdiction of the Court might be founded" (*I.C.J. Reports 1993*, p. 16, para. 26).

Orders on provisional measures, rendered on the *prima facie* ascertainment of the Court's jurisdiction, produce their effects from the moment of their notification to the Parties and remain in force until the Court either by a judgment on preliminary objections finds that it has no jurisdiction to entertain the case or finds the Application inadmissible, or renders its judgment on the merits, i.e. until the final judgment in the case is delivered (Art. 41 of the Statute). In its Judgment in the *Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran)* case, once the Court found that it lacked jurisdiction in the case, it observed that it followed from this finding that the Order on the provisional measures rendered earlier "ceased to be operative [upon the delivery of this Judgment] and that the Provisional Measures lapsed at the same time" (*I.C.J. Reports 1952*, p. 114)¹⁹ This statement seems to indicate that the lapse of the provisional measures was prospective; they were not invalidated or declared void *ab initio*. Similarly, in the *Southern Bluefin Tuna* case, the Arbitral Tribunal having found itself without jurisdiction to rule on the merits decided "that provisional measures in force by Order of the International Tribunal for the Law of the Sea . . . [were] revoked from the day of the signature of [the

¹⁹ In the *Nuclear Tests* cases, the Court, having found that the claims no longer had any object and it was therefore not called upon to give a decision thereon, with respect to Orders indicating provisional measures repeated the same formula (*I.C.J. Reports 1974*, p. 272, para. 61 and pp. 477-478, para. 64).

2. *Responsabilité pour non-respect des ordonnances en indication de mesures conservatoires*

69. Dans la partie de la présente opinion que j'ai consacrée à l'examen de la compétence de la Cour, j'ai défendu la thèse selon laquelle la République fédérale de Yougoslavie n'était pas partie au Statut de la Cour pendant la période allant de 1992 à 2000 et ne l'était devenue que le 1^{er} novembre 2000 (voir par. 25-36 ci-dessus). Cette réalité n'est pas, selon moi, dépourvue de conséquences tant sur les ordonnances en indication de mesures conservatoires de 1993 que sur l'arrêt de 1996 relatif à la compétence et à la recevabilité, dès lors que le caractère obligatoire de ces décisions est fondé sur le Statut (art. 41 et 59). J'ai d'ores et déjà exprimé mes vues s'agissant des difficultés qui en découlent à mon sens pour l'arrêt de 1996, ce dernier ayant été rendu alors que la République fédérale de Yougoslavie n'était pas partie au Statut; j'ai alors évoqué la nécessité qui en découlait de déterminer *de novo* la compétence de la Cour (voir par. 16-25). Il me reste à formuler quelques observations concernant les ordonnances en indication de mesures conservatoires.

70. L'une des conditions pour indiquer les mesures demandées est que les dispositions invoquées par le demandeur semblent, *prima facie*, constituer une base sur laquelle la compétence de la Cour *pourrait* être fondée. L'article IX de la convention sur le génocide «sembl[ait] ..., de l'avis de la Cour, constituer une base sur laquelle la compétence de [cette dernière] pourrait être fondée» (*C.I.J. Recueil 1993*, p. 16, par. 26).

Les ordonnances en indication de mesures conservatoires, qui sont rendues sur la base d'une détermination *prima facie* de la compétence de la Cour, produisent leurs effets à partir du moment où elles sont notifiées aux parties et restent en vigueur jusqu'à ce que la Cour soit décidée, par un arrêt sur les exceptions préliminaires, qu'elle n'a pas compétence pour connaître de l'affaire ou que la requête est irrecevable, soit se prononce sur le fond; autrement dit, elles restent en vigueur jusqu'à ce que l'arrêt définitif en l'affaire soit rendu (Statut, art. 41). Dans son arrêt en l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran)*, la Cour, après avoir jugé qu'elle n'avait pas compétence en l'espèce, précisa qu'il s'ensuivait que l'ordonnance en indication de mesures conservatoires qu'elle avait rendue auparavant «cess[ait] de produire ses effets [dès le prononcé de l'arrêt] et que les mesures conservatoires [étaient] en même temps frappées de caducité» (*C.I.J. Recueil 1952*, p. 114)¹⁹. Cette déclaration semble indiquer que les mesures conservatoires étaient désormais frappées de caducité, mais qu'elles n'étaient pas infirmées ou déclarées nulles *ab initio*. De la même manière, en l'affaire du *Thon à nageoire bleue*, le tribunal arbitral, s'étant déclaré incompétent pour statuer au fond, jugea «que les mesures conservatoires indiquées

¹⁹ En l'affaire des *Essais nucléaires*, après avoir jugé que les demandes n'avaient plus d'objet et qu'il ne lui fallait par conséquent plus rendre de décision les concernant, la Cour, s'agissant des ordonnances en indication de mesures conservatoires, reprit la même formule (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 272, par. 61, et p. 477-478, par. 64).

Award”²⁰. The Tribunal explained that the Order prescribing provisional measures “cease[d] to have effect as of the date of the signing of [the] Award”²¹ and added that “[h]owever, revocation of the Order . . . does not mean that the Parties may disregard the effects of that Order”²².

71. The Orders of the Court of 8 April and 13 September 1993 have produced their effects. Rendered on the prima facie ascertainment of jurisdiction, the Parties were to comply with the provisional measures indicated therein. The 1993-1995 period is relevant for the consideration of the compliance with these measures. At that time, the Federal Republic of Yugoslavia claimed to be a Member of the United Nations and, on that basis, party to the Statute. Despite the fact that this claim subsequently did not prevail, at the time the Orders were rendered the Federal Republic of Yugoslavia should have perceived itself as bound by those Orders. The Federal Republic of Yugoslavia was not party to the Statute until 1 November 2000 when it was admitted to membership in the United Nations. Formally, therefore, it had no legal obligations under the Statute during the period from 27 April 1992 through 31 October 2000. For that reason, I believe that the text of the Judgment would have been more accurate had it employed alternative language, avoiding the term “obligation” (Judgment, paras. 435 and 471 (7)). But since the Orders produced their effects, and the Federal Republic of Yugoslavia’s authorities did not, during the relevant period of 1993-1995, take the requirements of those Orders seriously into account, I agree with the conclusions of the majority that the Respondent failed to comply with some of the provisional measures. I have therefore voted in favour of paragraph 7 of the operative clause.

* * *

CONCLUDING REMARKS

72. The Judgment closes a particularly lengthy case. Its intriguing procedural history which started almost 14 years ago is summarized in the *qualités* of the Judgment. The complexity of this case is further reflected in the most extensive written pleadings in the Court’s history. Views were expressed that the case had awaited adjudication for too long. In the meantime, the Trial and Appeals Chambers of the ICTY have rendered a great number of judgments on which both Parties relied in the present proceedings. The Court has given serious consideration to the ICTY’s judgments and to the evidence produced in the trials before its Chambers

²⁰ *International Law Reports*, Vol. 119, p. 556, para. 72.

²¹ *Ibid.*, p. 554, para. 66.

²² *Ibid.*, p. 555, para. 67.

par l'ordonnance du Tribunal international du droit de la mer ... [étaient] rapportées à partir de la date de la signature de la sentence»²⁰. Le tribunal précisa que l'ordonnance en indication de mesures conservatoires «cess[ait] de produire effet à compter de la date de la signature de la sentence»²¹, ajoutant que, «[t]outefois, le fait que l'ordonnance soit rapportée ... ne signifiait pas que les parties puissent ne pas tenir compte de ses effets»²².

71. Les ordonnances de la Cour du 8 avril et du 13 septembre 1993 ont produit leurs effets. Elles ont été rendues sur la base d'une détermination *prima facie* de la compétence de la Cour, et les Parties étaient tenues de se conformer aux mesures conservatoires qui y étaient indiquées. La période pertinente aux fins d'apprécier le respect de ces mesures est celle allant de 1993 à 1995. A l'époque, la République fédérale de Yougoslavie prétendait être Membre de l'Organisation des Nations Unies et, de ce fait, partie au Statut. Quoique cette thèse n'ait pas été retenue par la suite, la République fédérale de Yougoslavie, au moment où les ordonnances ont été rendues, aurait dû s'estimer liée par elles. La République fédérale de Yougoslavie n'est devenue partie au Statut que le 1^{er} novembre 2000, lorsqu'elle a été admise au sein de l'Organisation des Nations Unies. Formellement, elle n'avait par conséquent, pendant la période comprise entre le 27 avril 1992 et le 31 octobre 2000, aucune obligation juridique découlant du Statut. Pour cette raison, je considère que le texte de l'arrêt aurait été plus précis s'il avait été formulé autrement, sans employer le terme «obligation» (arrêt, par. 435 et 471, point 7)). Ce nonobstant, dès lors que les ordonnances ont produit leurs effets et que les autorités de la République fédérale de Yougoslavie n'ont pas, au cours de la période pertinente allant de 1993 à 1995, pris sérieusement en compte leurs prescriptions, je souscris aux conclusions de la majorité selon lesquelles le défendeur ne s'est pas conformé à certaines des mesures conservatoires. J'ai donc voté en faveur du paragraphe 7 du dispositif.

* * *

OBSERVATIONS FINALES

72. Le présent arrêt met un terme à une affaire particulièrement longue. L'étonnant historique de sa procédure, laquelle a débuté il y a près de quatorze ans, est résumé dans les qualités de l'arrêt. La complexité de cette affaire ressort par ailleurs du fait qu'elle a donné lieu aux écritures les plus volumineuses de l'histoire de la Cour. D'aucuns ont estimé que son règlement judiciaire avait pris trop de temps. Dans l'intervalle, les chambres de première instance et d'appel du TPIY ont rendu un grand nombre de décisions sur lesquelles les deux Parties se sont fondées en la présente instance. La Cour a examiné ces décisions avec attention, ainsi

²⁰ *International Law Reports*, vol. 119, p. 556, par. 72.

²¹ *Ibid.*, p. 554, par. 66.

²² *Ibid.*, p. 555, par. 67.

to which the Parties referred. Without the work accomplished by the ICTY, it would have been much more difficult for the Court to discharge its role in the present case. Cases involving the “responsibility of a State for genocide” are too serious to be adjudicated simply on the basis of the allegations by the Parties.

73. As the Court observes, “the duality of responsibility continues to be a constant feature of international law” (Judgment, para. 173). This Court and the ICTY have two different missions but one common objective.

The ICTY has to determine the personal guilt and individual criminal responsibility of those indicted for the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes. It has no jurisdiction over States as such and thus cannot make any pronouncement on the responsibility of States for the many serious atrocities committed during the Balkan wars since 1991.

The International Court of Justice has no jurisdiction over the individual perpetrators of those serious atrocities. Article IX of the Genocide Convention confers on the Court jurisdiction to determine whether the Respondent complied with its obligations under the Genocide Convention. In making this determination in the present case, the Court was entitled to draw legal consequences from the judgments of the ICTY, particularly those which dealt with charges of genocide or any of the other acts proscribed in Article III. Only if the acts of the persons involved in the commission of such crimes were attributable to the Respondent could its responsibility have been entailed.

The activity of the Court has thus complemented the judicial activity of the ICTY in fulfilling the Court’s role in the field of State responsibility for genocide, over which the ICTY has no jurisdiction. Hopefully, the activities of these two judicial institutions of the United Nations, the Court remaining the principal judicial organ of the Organization, contribute in their respective fields to their common objective — the achievement of international justice — however imperfect it may be perceived.

(Signed) Peter TOMKA.

que les éléments de preuve présentés dans le cadre des procédures devant les chambres du Tribunal auxquels les Parties se sont référées. Sans le travail accompli par le TPIY, il aurait été bien plus difficile pour la Cour de s'acquitter de sa mission en la présente espèce. Une affaire mettant en cause la « responsabilité d'un Etat pour génocide » est en effet trop grave pour être tranchée sur la seule base des allégations des Parties.

73. Ainsi que la Cour le fait observer, la « dualité en matière de responsabilité continue à être une constante du droit international » (arrêt, par. 173). La Cour et le TPIY ont deux missions différentes mais un objectif commun.

Il incombe au TPIY de déterminer la culpabilité personnelle et la responsabilité pénale individuelle des personnes accusées du crime de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre. Le TPIY n'a pas compétence à l'égard des Etats en tant que tels, et ne peut donc se prononcer sur la responsabilité de ces derniers à raison des nombreuses atrocités qui ont été commises à partir de 1991 au cours des guerres dans les Balkans.

La Cour internationale de Justice, quant à elle, n'a pas compétence à l'égard des personnes ayant commis ces atrocités. L'article IX de la convention sur le génocide lui confère compétence pour déterminer si le défendeur s'est conformé aux obligations lui incombant en vertu de cette convention. En se prononçant sur ce point en la présente affaire, la Cour était fondée à tirer des conséquences juridiques des décisions du TPIY, en particulier de celles relatives aux accusations de génocide ou de tout autre acte prohibé par l'article III. Ce n'était que si les actes des personnes ayant participé à la commission de tels crimes étaient attribuables au défendeur que sa responsabilité pouvait être engagée.

Le travail de la Cour, laquelle s'est acquittée de sa mission dans le domaine de la responsabilité des Etats en matière de génocide, domaine dans lequel le TPIY n'a pas compétence, est donc venu compléter l'activité judiciaire de ce dernier. Il est à espérer que, si imparfaits qu'ils puissent paraître, les travaux de ces deux institutions judiciaires de l'Organisation des Nations Unies, la Cour demeurant son organe judiciaire principal, contribueront, dans leurs domaines respectifs, à leur objectif commun : l'administration de la justice internationale.

(Signé) Peter TOMKA.