

SEPARATE OPINION OF JUDGE OWADA

1. I voted in favour of the Judgment as a whole, including subparagraphs (2) and (3) of the operative paragraph (para. 524), which concluded that both the principal claim of Croatia and the counter-claim of Serbia, respectively alleging that the other Party had violated the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, have not been established, but voted against subparagraph (1) of the operative paragraph of the Judgment, which rejects the *ratione temporis* jurisdictional objection raised by Serbia in the present case.

2. It is to be recalled that in its earlier Judgment in the present case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)* (I.C.J. Reports 2008, p. 412) at its preliminary objections phase in 2008 (hereinafter “2008 Judgment”), the Court, while rejecting the first preliminary objection submitted by Serbia, as well as the third preliminary objection submitted by Serbia, found that “the second preliminary objection submitted by the Republic of Serbia does not, in the circumstances of the case, possess an exclusively preliminary character” (*ibid.*, p. 466, para. 146). This latter finding of the Court in subparagraph (4) of the operative paragraph 146 was made in accordance with paragraph 7 of Article 79 of the Rules of Court, amended in 1978 (which corresponds to the present Article 79, paragraph 9, of the current Rules of Court), and applicable to the present case at the time of the filing of the Application by Croatia in 1999.

3. The language employed in this finding of the 2008 Judgment is taken from the provisions of Article 79, paragraph 7, of the 1978 Rules of Court, which were first introduced in the Rules of Court in 1972 when a major revision of the Rules of Court was effected. This revision of 1972 replaced the language of the original provision of Article 62, paragraph 5, in the old Rules of Court. (The revised language of the 1972 revision had subsequently been retained unchanged at the time of the 1978 revision of the Rules of Court as its Article 79, paragraph 7, which was applicable to the present case.)

4. The original Article 62, paragraph 5, which had been consistently maintained since the days of the Permanent Court of International Justice, provided as follows:

“After hearing the parties the Court shall give its decision on the objection or shall join the objection to the merits. If the Court overrules the objection or joins it to the merits, it shall once more fix time-limits for the further proceedings.”

5. The legal effects of the change in the 1972 revision on the language of the provision in question are not so apparent from the language intro-

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE OWADA

[Traduction]

1. Je souscris dans l'ensemble au présent arrêt, et notamment aux points 2) et 3) du dispositif (par. 524), dans lesquels la Cour conclut que le bien-fondé de la demande principale de la Croatie comme de la demande reconventionnelle de la Serbie — demandes par lesquelles chacune des Parties alléguait que la Partie adverse avait violé la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide — n'a pas été établi. En revanche, j'ai voté contre le point 1) du dispositif, dans lequel la Cour rejette l'exception d'incompétence *ratione temporis* soulevée par la Serbie.

2. Il convient de rappeler que, dans le précédent arrêt qu'elle avait rendu en 2008 dans cette même affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)* (C.I.J. Recueil 2008, p. 412), au stade des exceptions préliminaires (ci-après l'«arrêt de 2008»), la Cour, tout en rejetant les première et troisième exceptions présentées par la Serbie, avait jugé que «la deuxième exception préliminaire soulevée par la République de Serbie n'a[vait] pas, dans les circonstances de l'espèce, un caractère exclusivement préliminaire» (*ibid.*, p. 466, par. 146, point 4)). Cette conclusion avait été énoncée conformément au paragraphe 7 de l'article 79 du Règlement de la Cour — tel qu'amendé en 1978 (et correspondant au paragraphe 9 de l'article 79 du Règlement actuellement en vigueur) —, qui était applicable en 1999, au moment où la Croatie avait déposé sa requête.

3. Les termes employés dans cette conclusion de l'arrêt de 2008 reprenaient ceux du paragraphe 7 de l'article 79 du Règlement en vigueur en 1978, qui avaient été introduits en 1972, dans le cadre d'une importante révision de ce texte. Cette nouvelle formulation remplaçait le libellé initial, qui figurait au paragraphe 5 de l'article 62 de l'ancien Règlement. (Elle est demeurée inchangée au moment de la révision de 1978, devenant le paragraphe 7 de l'article 79 applicable en la présente espèce.)

4. Le libellé initial du paragraphe 5 de l'article 62, quant à lui, était resté inchangé depuis l'époque de la Cour permanente de Justice internationale. Il se lisait comme suit :

«La Cour, après avoir entendu les parties, statue sur l'exception ou la joint au fond. Si la Cour rejette l'exception ou la joint au fond, elle fixe de nouveau les délais pour la suite de l'instance.»

5. A première vue, les effets juridiques de la nouvelle formulation introduite dans le cadre de la révision de 1972 n'apparaissent pas claire-

duced, especially in terms of whether it was meant to effect a substantive modification of the procedure to be followed by the Court or whether it was meant to be a purely drafting change without affecting the procedure to be followed. A careful examination of the circumstances surrounding this change, especially of the lively discussions that ensued on this issue of the joinder of the preliminary objections at the time of the Judgment in the *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)* case at its Second Phase in 1970 (see, e.g., opinions attached to that Judgment by Judges Morelli, Tanaka, and Fitzmaurice) together with the examination of the unpublished *travaux préparatoires* of the 1972 revision of the Rules of Court, leads me to the conclusion that it was those discussions which triggered this change and that the change was designed with a view to giving the Court a greater degree of flexibility in dealing with the issue of preliminary objections than had hitherto been the case, in the face of conflicting positions expressed within the membership of the Court on how to deal with the issue of the joinder of preliminary objections to the merits. As one learned author suggested, the use of the new formula “the objection does not possess, in the circumstances of the case, an exclusively preliminary character” (current Rules of Court, Art. 79, para. 9)

“[was an attempt] to satisfy those [judges] who felt that certain objections [to jurisdiction and to admissibility] do possess, at least in principle, an intrinsically preliminary character” (Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, Vol. II, p. 889).

However, the issue of the legal effect of the solution adopted upon the Court’s procedure at the merits stage has been left unresolved as a “puzzle” not spelled out in the revised formulation of the Rule:

“The puzzle which the new Rule sets is whether the effect of the new formulation is to abolish completely the option of joining an objection to the merits, in that way wiping out a virtually consistent case law itself corresponding to a widely felt need, or whether the holding in a judgment that the objection does not, in the circumstances possess an exclusively preliminary character simply means that at that stage it is not accepted as a preliminary objection. In that event such a finding could be the equivalent of joining it to the merits, perhaps in the technical sense of a plea in bar, if the party raising that objection were to be so minded, and requiring the Court to reach a decision on it before discussing the merits, which nonetheless would have been fully aired in the written pleadings.” (*Ibid.*, pp. 889-890.)

6. An authoritative interpretation given by the Court on this point in subsequent decisions involving this issue came with the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (*I.C.J. Reports 1986*, p. 14), and the case

ment, en particulier quant au point de savoir si celle-ci avait pour objet de modifier sur le fond la procédure devant être suivie par la Cour, ou s'il ne s'agissait que d'une modification purement formelle, sans incidence sur la procédure à suivre. Un examen attentif des circonstances ayant entouré cette revision — notamment les débats animés qu'avait suscités la question de la jonction au fond des exceptions préliminaires au moment de l'arrêt rendu en 1970, dans la deuxième phase de l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)* (voir, par exemple, les opinions jointes à cet arrêt par MM. les juges Morelli, Tanaka et Fitzmaurice) — ainsi que des travaux préparatoires non publiés de ladite revision me portent à conclure que ce sont les débats en question qui ont été à l'origine de la modification du Règlement, et ce, dans le but de donner à la Cour davantage de souplesse dans le traitement des exceptions préliminaires, compte tenu des positions divergentes que les membres de la Cour avaient exprimées à cet égard. Ainsi qu'un éminent auteur l'a précisé, la nouvelle formulation — «cette exception n'a pas dans les circonstances de l'espèce un caractère exclusivement préliminaire» (paragraphe 9 de l'article 79 du Règlement actuel) — visait à

«donner satisfaction [aux juges] qui considéraient que certaines exceptions [d'incompétence ou d'irrecevabilité] revêtent bel et bien, du moins en principe, un caractère intrinsèquement préliminaire» (Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, vol. II, p. 889).

Le nouveau libellé étant silencieux sur ce point, une «incertitude» quant à l'effet juridique de la solution ainsi adoptée sur la procédure de la Cour au stade de l'examen au fond en a cependant résulté :

«L'incertitude qu'engendre la nouvelle disposition du Règlement réside dans la question de savoir si cette formulation a pour effet d'exclure totalement la possibilité de joindre une exception au fond, faisant ainsi table rase d'une jurisprudence quasi constante qui répondait à un besoin largement ressenti, ou si le fait de conclure dans un arrêt qu'une exception n'a pas, au vu des circonstances, un caractère exclusivement préliminaire signifie simplement que, à ce stade, elle n'est pas accueillie en tant qu'exception préliminaire. Dans cette seconde hypothèse, cela pourrait revenir à joindre cette exception au fond, sous la forme, par exemple, d'une fin de non-recevoir si telle est l'intention de la partie qui l'a soulevée, ce qui obligerait la Cour à se prononcer sur cette question avant d'examiner le fond de l'affaire, et ce, bien que celui-ci ait été entièrement révélé dans la procédure écrite.» (*Ibid.*, p. 889-890.)

6. Dans les affaires des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)* (C.I.J. Recueil 1986, p. 14) et de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)* (C.I.J. Recueil 1998, p. 275), la Cour a par

concerning *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)* (*I.C.J. Reports 1998*, p. 275). The Judgment in the former case summarizes the rationale of the change in the new Rule on this point as follows:

“in particular where the Court, if it were to decide on the objection, ‘would run the risk of adjudicating on questions which appertain to the merits of the case or of prejudging their solution’ [*Panevezys-Saldutiskis Railway, P.C.I.J., Series A/B, No. 75*, p. 56]. If this power was exercised, there was always a risk, namely that the Court would ultimately decide the case on the preliminary objection, after requiring the parties fully to plead the merits, — and this did in fact occur (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, I.C.J. Reports 1970*, p. 3). The result was regarded in some quarters as an unnecessary prolongation of an expensive and time-consuming procedure.

.....

The solution of considering all preliminary objections immediately and rejecting all possibility of a joinder to the merits had many advocates and presented many advantages. In the *Panevezys-Saldutiskis Railway* case, the Permanent Court defined a preliminary objection as one ‘submitted for the purpose of excluding an examination by the Court of the merits of the case, and being one upon which the Court can give a decision without in any way adjudicating upon the merits’ (*P.C.I.J., Series A/B, No. 76*, p. 22). If this view is accepted then of course every preliminary objection should be dealt with immediately without touching the merits, or involving parties in argument of the merits of the case . . . However that does not solve all questions of preliminary objections, which may, as experience has shown, be to some extent bound up with the merits. The final solution [was thus] adopted in 1972, and maintained in the 1978 Rules . . .” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 30, paras. 39-40.)

7. Although this explanation of the rationale for the change would seem to fall short of giving a complete answer to the “puzzle”, it is my considered view that what all this amounts to in the context of the present case is that under the new 1978 Rule of Article 79, paragraph 7 (currently Article 79, paragraph 9), the Court, by declaring in the operative part of its 2008 Judgment with its binding force upon the Parties that “the second preliminary objection submitted by the Republic of Serbia does not, in the circumstances of the case, possess an exclusively preliminary character” (2008 Judgment, p. 466, para. 146, subpara. (4)), is in effect making a decision binding on the Parties, as well as on the Court itself, that “because [the issues raised in the preliminary objection in question] con-

la suite donné sur ce point — qui y était examiné — une interprétation faisant autorité. Ainsi, dans l'arrêt qu'elle a rendu dans la première de ces deux affaires, la logique qui sous-tend la modification apportée au Règlement est résumée comme suit :

«en particulier lorsque en statuant sur les exceptions elle risquait «soit de trancher des questions qui appartiennent au fond de l'affaire, soit d'en préjuger la solution» [*Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, C.P.J.I. série A/B n° 75, p. 56]. Si elle exerçait cette faculté, il y avait toujours un danger, à savoir que la Cour ne se prononce en définitive que sur la base de l'exception préliminaire, et cela après avoir imposé aux parties un débat exhaustif sur le fond — et c'est bien ce qui est arrivé dans les faits (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase*, C.I.J. Recueil 1970, p. 3). Pour certains, on ne faisait ainsi que prolonger inutilement une procédure longue et coûteuse.

.....

[La solution] qui consistait à examiner immédiatement toutes les exceptions préliminaires et à écarter toute possibilité de jonction au fond avait de nombreux partisans et présentait bien des avantages. Dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, la Cour permanente a défini l'exception préliminaire comme celle qui est «présentée afin d'exclure l'examen par la Cour du fond de l'affaire, ... la Cour pouvant statuer sur ladite exception sans se prononcer en aucune façon sur le fond de l'affaire» (C.P.J.I. série A/B n° 76, p. 22). Si l'on accepte cette manière de voir, il est évident que chaque exception préliminaire doit être examinée immédiatement sans aborder le fond, ni obliger les parties à plaider au fond... Cela ne règle cependant pas tous les problèmes que posent les exceptions préliminaires vu qu'elles peuvent, comme l'expérience l'a montré, se rattacher jusqu'à un certain point au fond. La solution [a donc été] retenue en 1972 et conservée dans le Règlement de 1978...» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 30, par. 39-40.)

7. Cette explication de la logique sous-tendant la modification du Règlement ne semble pas lever entièrement l'«incertitude» susmentionnée. Après mûre réflexion, je suis cependant d'avis que, dans le contexte de la présente espèce et au regard de la nouvelle disposition figurant au paragraphe 7 de l'article 79 du Règlement (devenu le paragraphe 9 de l'article 79), par sa décision énoncée dans le dispositif de l'arrêt de 2008 — avec la force obligatoire que celui-ci revêt à l'égard des Parties — selon laquelle «la deuxième exception préliminaire soulevée par la République de Serbie n'a pas, dans les circonstances de l'espèce, un caractère exclusivement préliminaire» (arrêt de 2008, p. 466, par. 146, point 4) du dispositif, la Cour a en réalité décidé — de manière contraignante pour les

tain both preliminary aspects and other aspects relating to the merits, they will have to be dealt with at the stage of the merits” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 31, para. 41).

8. More specifically in the context of the present case, the 2008 Judgment explains the reasons for this decision as follows:

“As set out above, Serbia’s preliminary objection, as stated in its final submission 2 (*a*), is presented as relating both to the jurisdiction of the Court and to the admissibility of the claim. The title of jurisdiction relied on by Croatia is Article IX of the Genocide Convention, and the Court has established above that Croatia and Serbia were both parties to that Convention on the date on which proceedings were instituted (2 July 1999). Serbia’s contention is however that the Court has no jurisdiction under Article IX, or that jurisdiction cannot be exercised, so far as the claim of Croatia concerns ‘acts and omissions that took place prior to 27 April 1992’, i.e., that the Court’s jurisdiction is limited *ratione temporis*. Serbia advanced two reasons for this: first, because the earliest possible point in time at which the Convention could be found to have entered into force between the FRY and Croatia was 27 April 1992; and secondly, because ‘the Genocide Convention including the jurisdictional clause contained in its Article IX cannot be applied with regard to acts that occurred *before* Serbia came into existence as a State’, and could thus not have become binding upon it. Serbia therefore contended that acts or omissions which took place before the FRY came into existence cannot possibly be attributed to the FRY.” (2008 Judgment, p. 457, para. 121; emphasis in the original.)

9. Among the reasons for the decision of the Court on this point, though the 2008 Judgment (paras. 120 *et seq.*) does not exhaustively refer to all the elements raised by the Parties in the context of the second preliminary objection of Serbia, it specifies, referring to one of the relevant elements, as follows:

“In its preliminary objections Serbia contended that ‘[a]cts or omissions which took place before the FRY came into existence cannot possibly be attributed to the FRY’; it denies that Croatia has been able to demonstrate that the FRY was a State *in statu nascendi*, and argues that that concept is ‘evidently not appropriate for this case’. At the hearings it argued that the requirements of Article 10, paragraph 2, of the ILC Articles on State Responsibility are not fulfilled in respect of the claims made by Croatia against Serbia in the present case. It contended that Croatia has been unable to specify an identifiable ‘insurrectional or other movement’ in the territory of the SFRY

Parties comme pour elle-même — que, « puisqu[e les questions soulevées dans l'exception préliminaire en cause] comport[aient] à la fois des aspects préliminaires et des aspects de fond, elles devr[aient] être réglées au stade du fond » (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 31, par. 41).

8. Les raisons de cette décision, dans les circonstances de la présente affaire, sont énoncées comme suit dans l'arrêt de 2008 :

« Ainsi qu'exposé ci-dessus, l'exception préliminaire énoncée à l'alinéa 2 a) des conclusions finales de la Serbie est présentée comme une exception à la fois d'incompétence de la Cour et d'irrecevabilité de la demande. La base de compétence invoquée par la Croatie est l'article IX de la convention sur le génocide, et la Cour a établi plus haut que la Croatie et la Serbie étaient toutes deux parties à ladite Convention à la date de l'introduction de l'instance (le 2 juillet 1999). La Serbie soutient toutefois que la Cour n'a pas compétence en vertu de l'article IX ou qu'elle ne saurait exercer cette compétence pour autant que la demande de la Croatie a trait à des « actes ou omissions antérieurs au 27 avril 1992 », ce qui revient à dire que la compétence de la Cour est limitée *ratione temporis*. A cet égard, la Serbie a fait valoir deux arguments, le premier étant que la date à laquelle la Convention aurait pu, au plus tôt, entrer en vigueur entre la RFY et la Croatie était le 27 avril 1992, et le second, que « la convention sur le génocide, y compris la clause juridictionnelle contenue à l'article IX, ne saurait s'appliquer à des actes intervenus *avant* que la Serbie n'ait commencé à exister en tant qu'Etat » et ne saurait donc, avant ce moment, être devenue obligatoire pour elle. La Serbie a donc soutenu que les actes ou omissions antérieurs à la naissance de la RFY ne sauraient en aucun cas être attribués à cette dernière. » (Arrêt de 2008, p. 457, par. 121 ; les italiques sont dans l'original.)

9. Quoique les éléments avancés par les Parties au sujet de la deuxième exception de la Serbie n'aient pas tous été examinés dans l'arrêt de 2008 (par. 120 et suiv.), la Cour y a précisé ce qui suit au sujet de l'un d'entre eux :

« Dans ses exceptions préliminaires, la Serbie soutient que « [l]es actes ou omissions antérieurs à la naissance de la RFY ne sauraient en aucun cas être attribués à cette dernière » ; elle estime que la Croatie n'a pas été en mesure de démontrer que la RFY était un Etat *in statu nascendi* et fait valoir que cette notion « ne trouve à l'évidence pas à s'appliquer en l'espèce ». A l'audience, elle a fait valoir que les demandes présentées contre elle par la Croatie en la présente espèce ne satisfaisaient pas aux conditions posées au paragraphe 2 de l'article 10 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat. Elle soutient que la Croatie n'a pas été en mesure de désigner un « mou-

as one that established the FRY which would fall within the definition of that Article.

In so far as Article 10, paragraph 2, of the ILC Articles on State Responsibility reflects customary international law on the subject, *it would necessarily require the Court, in order to determine if that rule is applicable to the present case and for purposes of a possible application, to enter into an examination of factual issues concerning the events leading up to the dissolution of the SFRY and the establishment of the FRY.* The Court notes further that for it to determine whether, prior to 27 April 1992, the FRY was a State *in statu nascendi* for purposes of the rule invoked would similarly involve enquiry into disputed matters of fact. *It would thus be impossible to determine the questions raised by the objection without to some degree determining issues properly pertaining to the merits.*" (2008 Judgment, p. 459, paras. 126-127; emphasis added.)

10. It is based on these reasonings that the 2008 Judgment concludes:

"[i]n order to be in a position to make any findings on each of these issues [of the Court's jurisdiction to determine whether breaches of the Genocide Convention were committed in the light of the facts that occurred prior to the date on which the FRY came into existence as a separate State and of admissibility of the claim in relation to those facts], *the Court will need to have more elements before it*" (*ibid.*, p. 460, para. 129; emphasis added).

11. In view of these circumstances, it is my opinion that the present Judgment has failed to carry out the task assigned to the Court by this instruction of the 2008 Judgment. While the Judgment expends more than 40 paragraphs in this section on jurisdiction and admissibility, much of it dealing with an extensive discussion on *what Article IX is not about*, such as the general issue of genocide under general international law, which obviously cannot confer title to jurisdiction under the Convention upon the Court, it has not addressed in substance all the issues that it should be concerned with, such as the analysis from the legal and factual points of view, of the doctrine of State succession in respect of international responsibility as argued by the Parties in support of or against the exercise of jurisdiction *ratione temporis* by the Court within the scope of the compromissory provision of Article IX of the Convention. These are the issues that the Court declared that it could not go into at the stage of preliminary objections but which should be examined in the context of the merits of the case, to the extent necessary for the purpose of determining the scope of the jurisdiction *ratione temporis* conferred by the Parties upon the Court under Article IX. In my view, this examination is the sole relevant point that has been assigned to the Court to examine at this stage, in order to ascertain the legal basis for the existence *vel non* of the

vement insurrectionnel ou autre» identifiable, sur le territoire de la RFSY, qui aurait créé la RFY et qui répondrait à la définition donnée par cet article.

Pour autant que le paragraphe 2 de l'article 10 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat reflète le droit international coutumier en la matière, *la Cour aura nécessairement, pour déterminer si cette règle est applicable en l'espèce et, le cas échéant, pour l'appliquer, à se livrer à un examen des points de fait relatifs aux événements qui ont conduit à la dissolution de la RFSY et à la création de la RFY*. La Cour relève en outre que, pour déterminer si, avant le 27 avril 1992, la RFY était un Etat *in statu nascendi* au sens de la règle invoquée, il lui faudrait également examiner des questions de fait en litige. *Il serait donc impossible de trancher les questions soulevées par cette exception sans statuer, jusqu'à un certain point, sur des éléments qui relèvent à proprement parler du fond.*» (Arrêt de 2008, p. 459, par. 126-127; les italiques sont de moi.)

10. C'est ce raisonnement qui a conduit la Cour, dans son arrêt de 2008, à conclure que,

«pour qu[elle] puisse se prononcer sur chacune de ces questions [relatives à sa compétence pour déterminer si des violations de la convention sur le génocide ont été commises, à la lumière des faits antérieurs à la date à laquelle la RFY a commencé à exister en tant qu'Etat distinct et à la recevabilité de la demande concernant ces faits], elle devra[it] disposer de davantage d'éléments» (*ibid.*, p. 460, par. 129; les italiques sont de moi).

11. Au vu de ce qui précède, je considère que la Cour ne s'est pas, dans le présent arrêt, acquittée de la tâche qu'elle s'était assignée en 2008. Quoique plus de quarante paragraphes de l'arrêt soient consacrés à la section portant sur la compétence et la recevabilité — une grande partie de ces développements ayant d'ailleurs trait à des questions *sans rapport avec l'article IX*, comme celle du génocide au regard du droit international général, lequel ne saurait évidemment être attributif de compétence en vertu de la Convention —, la Cour n'y traite pas sur le fond tous les aspects auxquels elle aurait dû s'intéresser; elle ne se livre notamment pas à l'analyse, d'un point de vue juridique et factuel, de la doctrine de la succession d'Etats en matière de responsabilité internationale, qui a été examinée par les Parties pour étayer ou contester l'exercice de sa compétence *ratione temporis* dans le cadre de la clause compromissoire énoncée à l'article IX de la Convention. Or telles sont précisément les questions dont la Cour avait indiqué qu'elles ne pouvaient être examinées au stade des exceptions préliminaires, mais qui devaient l'être lors de la phase du fond dans la mesure où elles permettaient de déterminer l'étendue de la compétence *ratione temporis* que les Parties lui avaient conférée au titre de l'article IX. Selon moi, il s'agissait là du seul examen pertinent auquel la Cour se devait de procéder à ce stade aux fins d'établir juridiquement

consent of the parties under the Convention, which alone constitutes the basis for conferring jurisdiction on the Court in relation to this second objection of the Respondent.

12. In dealing with those core issues of jurisdiction *ratione temporis* raised by the Respondent in its second preliminary objection, the present Judgment refers to three distinct arguments advanced by the Applicant at the merits phase of the present case. They are (a) the contention that the Genocide Convention, providing for *erga omnes* obligations, has retroactive effect; (b) the contention that what came to emerge as the Federal Republic of Yugoslavia (hereinafter “FRY”) during the period 1991-1992 was an entity *in statu nascendi* born out of the then existing Socialist Federal Republic of Yugoslavia (hereinafter “SFRY”) in the sense of Article 10, paragraph 2, of the ILC Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (hereinafter “ILC Articles on State Responsibility”); and, (c) as an alternative to (b) above, the contention that the law of State succession in respect of international responsibility is applicable under the specific circumstances of the situation surrounding the SFRY and the FRY, where a special link existed between the SFRY and the FRY.

13. With respect to the arguments advanced by the Applicant in its contentions (a) and (b), the Judgment offers a careful analysis in substance, and has come out with the conclusion that there is no valid basis, as a matter of law, that can provide the Court with jurisdiction *ratione temporis* to entertain the present case, in so far as it relates to acts that took place before 27 April 1992, the date on which the Respondent declared its independence to become a party to the Genocide Convention. It must be noted that these conclusions of the Court have been reached as a matter of a legal analysis of the claimed principles of law applicable to the present case, without going into a detailed analysis of the surrounding facts relating to the alleged events as claimed by the Applicant.

14. With regard to arguments advanced by the Applicant in its contention (c), by contrast, the Judgment has refrained from engaging in a parallel legal analysis into the validity in international law of the claimed principles as a source of the applicable law.

15. It is interesting to observe that the substantive examination of the facts surrounding the events which took place during the period prior to 27 April 1992 reveals, subsequently in a section which follows the section on jurisdiction and admissibility where the Judgment has somewhat categorically concluded without any examination of these facts and therefore in my view without offering any factual or legal basis for so concluding, that “to the extent that the dispute concerns acts said to have occurred before [27 April 1992], it also falls within the scope of Article IX” (Judgment, para. 117). It seems surprising that the Judgment came to this conclusion without even a preliminary examination of “the facts that occurred prior to the date on which the FRY came into existence as a separate State”, as prescribed by the 2008 Judgment (2008 Judgment, p. 460, para. 129).

l'existence ou non du consentement des Parties au titre de la Convention, consentement qui constituait la seule base de compétence susceptible de lui permettre de connaître de la deuxième exception préliminaire du défendeur.

12. Dans le cadre de son examen de ces questions essentielles de compétence *ratione temporis* soulevées par le défendeur dans sa deuxième exception préliminaire, la Cour, dans le présent arrêt, fait mention de trois arguments différents qui ont été avancés par le demandeur lors de la phase du fond. Il s'agit de *a*) l'argument selon lequel la convention sur le génocide, qui énonce des obligations *erga omnes*, a un effet rétroactif; *b*) l'argument selon lequel ce qui allait devenir la République fédérale de Yougoslavie (ci-après la «RFY») dans les années 1991-1992 était une entité *in statu nascendi* issue de la République fédérative socialiste de Yougoslavie (ci-après la «RFSY»), au sens du paragraphe 2 de l'article 10 des Articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (ci-après les «Articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat»); et *c*), subsidiairement au *b*) ci-dessus, l'argument selon lequel le droit de la succession d'Etats en matière de responsabilité internationale est applicable au vu des circonstances particulières de la présente espèce, un lien spécial existant entre la RFSY et la RFY.

13. En ce qui concerne les arguments *a*) et *b*), la Cour les a examinés de manière approfondie dans son arrêt, concluant qu'il n'existait aucun fondement juridique valable qui puisse lui conférer compétence *ratione temporis* pour connaître de la présente affaire dans la mesure où celle-ci a trait aux actes antérieurs au 27 avril 1992, date à laquelle le défendeur a déclaré son indépendance et est devenu partie à la convention sur le génocide. Il convient de relever que la Cour est parvenue à ces conclusions sur la base d'une analyse juridique des principes de droit qui avaient été invoqués, sans s'intéresser en détail aux éléments factuels entourant les événements allégués par le demandeur.

14. S'agissant de l'argument *c*), en revanche, la Cour ne s'est pas livrée à pareil examen juridique de la validité, au regard du droit international, des principes invoqués en tant que sources du droit applicable en la présente espèce.

15. Chose notable, les faits qui ont entouré les événements antérieurs au 27 avril 1992 sont l'objet d'un examen au fond plus loin dans l'arrêt, après la section consacrée à la compétence et à la recevabilité, dans laquelle la Cour a conclu de manière quelque peu catégorique — en l'absence de tout examen de cette nature et donc, selon moi, de toute base factuelle ou juridique pour parvenir à pareille conclusion — que «le différend entr[ait] également dans le champ [de l']article [IX] dans la mesure où il se rapporte à des actes qui seraient antérieurs» au 27 avril 1992 (arrêt, par. 117). Il paraît surprenant que la Cour soit parvenue à cette conclusion sans même procéder à un examen préliminaire des «faits antérieurs à la date à laquelle la RFY a commencé à exister en tant qu'Etat distinct», comme cela était prescrit par l'arrêt de 2008 (arrêt de 2008, p. 460, par. 129).

16. Indeed, even a cursory examination of the material contained in Section V of the Judgment dealing with the “Consideration of the Merits of the Principal Claim” persuades us that all of the requirements mentioned in the three-stage process listed in paragraph 112 have to be examined in order for the Court to be able to decide on the applicability *vel non* of the law of State succession in respect of international responsibility as a plausible basis for establishing the jurisdiction of the Court to determine whether Serbia is responsible for violations of the Convention. If one examines each of these requirements in the context of the facts of the case, it seems clear that the attempt of the Applicant has to fail at the first stage of this process, to the extent that the acts relied on by Croatia, even assuming that they were committed by the SFRY, were found not to fall within the category of acts contrary to the Convention. As this is the legal basis on which the Judgment has come to its final conclusion on the merits of this case, it can only do so after it has satisfied itself that it has jurisdiction on the basis of an examination of all relevant facts and law raised by the Respondent in its second preliminary objection. Nevertheless, the Judgment came to this final decision on the merits after declaring, *ex cathedra*, that it has jurisdiction *ratione temporis* on the ground that “to the extent that the dispute concerns acts said to have occurred before [27 April 1992], it also falls within the scope of Article IX and . . . the Court therefore has jurisdiction to rule upon the entirety of Croatia’s claim” (Judgment, para. 117).

17. In justification of this conclusion of the Court on the jurisdictional objection *ratione temporis* raised by Serbia, the Judgment makes a reference to the doctrine of State succession in respect of international responsibility as relevant (*ibid.*, paras. 106 *et seq.*). It is true that the Judgment tries to disassociate itself from any position that might look like an endorsement of this doctrine, even on a *prima facie* basis or on the basis of plausibility. Moreover, the Judgment continues to base its whole argument on a highly debatable position of the Court in its earlier Judgment on preliminary objections relating to the scope and the legal implications of the declaration made by the FRY on 27 April 1992. This is an issue in respect of which I hold a dissenting view to the position taken by the Court in its 2008 Judgment (2008 Judgment, p. 451, para. 111) and confirmed in the present Judgment (para. 76) as it is in contradiction with the jurisprudence established by the Court in the cases concerning the *Legality of Use of Force* (see, for example, *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 279).

In spite of the Judgment’s seemingly careful approach to the question of the doctrine of State succession in respect of international responsibility and in spite of its formal disclaimer, it would seem difficult to interpret the following thesis that lies crucially at the heart of the logic of the Judgment as anything else than an effort to link the logic of the Judgment, in whatever neutral a manner as it may be, with this doctrine, as a factor relevant for providing the Court with the jurisdiction *stricto sensu* under the Convention by consent, either through some consent, implied, of the

16. De fait, même en parcourant rapidement les éléments exposés dans la section V de l'arrêt, consacrée à l'«Examen au fond de la demande principale», l'on se rend compte que chacune des trois exigences du processus décrit au paragraphe 112 doit être examinée pour que la Cour puisse décider de l'applicabilité *vel non* du droit de la succession d'Etats en matière de responsabilité internationale en tant que base de compétence plausible aux fins de déterminer si la Serbie est responsable de violations de la Convention. Or si chacune de ces exigences est appréciée au regard des faits de l'espèce, force est de constater que la tentative du demandeur ne peut qu'échouer dès la première étape dudit processus puisque les actes invoqués par la Croatie, même à supposer qu'ils aient été commis par la RFSY, ont été considérés comme n'entrant pas dans la catégorie des actes contraires à la Convention. Etant donné que telle est la base juridique qui a permis à la Cour de parvenir à sa conclusion définitive sur le fond de la présente affaire, elle ne pouvait le faire qu'après s'être assurée qu'elle avait compétence en examinant tous les éléments factuels et juridiques pertinents soulevés par le défendeur dans sa deuxième exception préliminaire. Et pourtant, la Cour est parvenue à sa décision définitive au fond après s'être déclarée, *ex cathedra*, compétente *ratione temporis* en indiquant que «le différend entr[ait] également dans le champ [de l']article [IX] dans la mesure où il se rapporte à des actes qui seraient antérieurs [au 27 avril 1992], et qu'elle a[vait] compétence pour connaître de la demande de la Croatie dans son ensemble» (arrêt, par. 117).

17. Pour justifier sa conclusion concernant l'exception d'incompétence *ratione temporis* soulevée par la Serbie, la Cour se réfère à la théorie de la succession d'Etats en matière de responsabilité internationale (*ibid.*, par. 106 et suiv.); il est vrai qu'elle s'efforce de ne pas donner l'impression de souscrire à cette théorie, même *prima facie* ou à l'aune du critère de plausibilité. De surcroît, elle continue de fonder l'intégralité de son raisonnement sur la position hautement contestable qu'elle avait énoncée dans son arrêt sur les exceptions préliminaires au sujet de la portée et des effets juridiques de la déclaration faite par la RFY le 27 avril 1992. Sur ce point, mes vues divergent de celles de la Cour (arrêt de 2008, p. 451, par. 111), telles que confirmées dans le présent arrêt (par. 76), car celles-ci sont en contradiction avec la jurisprudence qui avait été établie dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force* (voir, par exemple, *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, *exceptions préliminaires*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 279).

En dépit de l'apparente prudence que manifeste la Cour au sujet de la théorie de la succession d'Etats en matière de responsabilité internationale et de son refus exprès de se prononcer à cet égard, il paraît difficile de considérer le raisonnement reproduit ci-après — qui est au cœur même de la logique qui sous-tend l'arrêt — autrement que comme une tentative d'établir un lien, même de la manière la plus neutre qui soit, avec la théorie en question, en ce que celle-ci constitue un élément permettant de fournir à la Cour la base de compétence consensuelle *stricto sensu* au titre de la

Parties, or through the operation of rules of general international law under Article IX. After an examination of the current state of the law of State succession in respect of international responsibility, the Judgment goes on to say that:

“It is true that whether or not the Respondent State succeeds, as Croatia contends, to the responsibility of its predecessor State for violations of the Convention is governed not by the terms of the Convention but by rules of general international law. *However, that does not take the dispute regarding the third issue outside the scope of Article IX.* As the Court explained in its 2007 Judgment in the *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro* case,

‘[t]he jurisdiction of the Court is founded on Article IX of the Genocide Convention, and the disputes subject to that jurisdiction are those ‘relating to the interpretation, application or fulfilment’ of the Convention, but it does not follow that the Convention stands alone. In order to determine whether the Respondent breached its obligations under the Convention, as claimed by the Applicant, and, if a breach was committed, to determine its legal consequences, the Court will have recourse not only to the Convention itself, but also to the rules of general international law on treaty interpretation and on responsibility of States for internationally wrongful acts.’ (*I.C.J. Reports 2007 (I)*, p. 105, para. 149.)

The Court considers that the rules on succession that may come into play in the present case fall into the same category as those on treaty interpretation and responsibility of States referred to in the passage just quoted.” (Judgment, para. 115; emphasis added.)

18. This statement, however, is in conflict with the following statement in the 2008 Judgment which explains why the Court in that case decided that:

“In so far as Article 10, paragraph 2, of the ILC Articles on State Responsibility reflects customary international law on the subject, it would necessarily require the Court, in order to determine if that rule is applicable to the present case and for purposes of a possible application, to enter into an examination of factual issues concerning the events leading up to the dissolution of the SFRY and the establishment of the FRY. The Court notes further that for it to determine whether, prior to 27 April 1992, the FRY was a State *in statu nascendi* for purposes of the rule invoked would similarly involve enquiry into disputed matters of fact. It would thus be impossible to determine the questions raised by the objection without to some degree determining issues properly pertaining to the merits.” (2008 Judgment, p. 459, para. 127.)

While this passage is referring more specifically to the issue of Article 10, paragraph 2, of the ILC Articles on State Responsibility, and not

Convention, soit par consentement implicite des Parties, soit par l'effet des règles du droit international général dans le cadre de l'article IX. Après avoir examiné l'état du droit de la succession d'Etats en matière de responsabilité internationale, la Cour poursuit en effet comme suit :

« Certes, la question de savoir si, comme le soutient la Croatie, l'Etat défendeur succède à la responsabilité de son Etat prédécesseur pour violation de la Convention est régie non pas par celle-ci, mais par les règles du droit international général. *Cela n'a néanmoins pas pour effet d'exclure du champ de l'article IX le différend relatif au troisième point.* C'est ce qu'a expliqué la Cour dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2007 en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro* :

« Que la Cour tire sa compétence de l'article IX de la Convention et que les différends qui relèvent de cette compétence portent sur « l'interprétation, l'application ou l'exécution » de la Convention n'a pas nécessairement pour conséquence que seule doive entrer en ligne de compte cette Convention. Afin de déterminer si, comme le soutient le demandeur, le défendeur a violé l'obligation qu'il tient de la Convention et, s'il y a eu violation, d'en déterminer les conséquences juridiques, la Cour fera appel non seulement à la Convention proprement dite, mais aussi aux règles du droit international général qui régissent l'interprétation des traités et la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. » (*C.I.J. Recueil 2007 (I)*, p. 105, par. 149.)

La Cour considère que les règles de succession susceptibles d'entrer en jeu en l'espèce sont du même ordre que celles qui régissent l'interprétation des traités et la responsabilité de l'Etat et dont il est question dans le passage précité. » (Arrêt, par. 115; les italiques sont de moi.)

18. Or ce raisonnement de la Cour est en contradiction avec celui qu'elle avait suivi dans son arrêt de 2008 :

« Pour autant que le paragraphe 2 de l'article 10 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat reflète le droit international coutumier en la matière, la Cour aura nécessairement, pour déterminer si cette règle est applicable en l'espèce et, le cas échéant, pour l'appliquer, à se livrer à un examen des points de fait relatifs aux événements qui ont conduit à la dissolution de la RFSY et à la création de la RFY. La Cour relève en outre que, pour déterminer si, avant le 27 avril 1992, la RFY était un Etat *in statu nascendi* au sens de la règle invoquée, il lui faudrait également examiner des questions de fait en litige. Il serait donc impossible de trancher les questions soulevées par cette exception sans statuer, jusqu'à un certain point, sur des éléments qui relèvent à proprement parler du fond. » (Arrêt de 2008, p. 459, par. 127.)

Bien que, dans ce passage, la Cour se réfère plus particulièrement à la question du paragraphe 2 de l'article 10 des Articles de la CDI sur la respon-

to the issue of State succession in respect of international responsibility, nevertheless the same logic should apply to the examination of the parallel contentions raised by Croatia in defence of its claim for jurisdiction and admissibility in relation to the events prior to 27 April 1992, the date on which the Respondent became bound by the Genocide Convention as a party to it. The Court in that 2008 Judgment clearly states that “for [the Court] to determine whether, prior to 27 April 1992, the FRY was a State *in statu nascendi* for purposes of the rule invoked would similarly involve enquiry into disputed matters of fact” and that “[i]t would thus be *impossible to determine the questions raised by the objection without to some degree determining issues properly pertaining to the merits*” (*ibid.*; emphasis added).

19. I have no disagreement of substance with the general statement in the 2007 Judgment as quoted above (para. 17). However, it is abundantly clear from the context of that passage that the purpose of this statement is totally different from what the present Judgment is trying to argue in the paragraph in question (Judgment, para. 115). The intent and purpose of the passage in the 2007 Judgment is to restrictively define the scope of the jurisdiction conferred by the consent of the parties under Article IX of the Convention. The intent of the present paragraph would appear to be to expand the scope of the jurisdiction of the Court conferred by the consent of the parties under Article IX of the Convention, which is confined to “[d]isputes . . . relating to the interpretation, application or fulfilment” of the Convention, to something which is not expressly stated by arguing that claimed rules of general international law—which the Judgment would seem to imply could cover the law of State succession in respect of international responsibility—could be relevant to, and form an essential part of the argument of the Applicant on, the “interpretation, application or fulfilment” of the Convention for the purposes of determining the scope of jurisdiction.

20. I could only accept such logic, if the validity of the doctrine in question under general international law were fully examined by the Judgment in the section on jurisdiction and its veracity — or at any rate its plausibility — established. Otherwise, this doctrine would be no more than an argument advanced by one of the Parties to the dispute, just as is the argument, again advanced by the same Party in the present case and rejected by the present Judgment, on the validity of the doctrine based on Article 10, paragraph 2, of the ILC Articles on State Responsibility (a provision relating to the issue of responsibility of States *in statu nascendi*). On this latter issue the Judgment expends detailed discussion, arriving at the conclusion that this argument of Croatia cannot provide a basis for jurisdiction of the Court within the scope of Article IX of the Convention (Judgment, para. 105).

21. It is thus my position that the conclusion of the present Judgment should have been based on an approach to pursue the path prescribed by the 2008 Judgment and examine to the extent necessary the relevant aspects, both of facts and law, of the merits of the case before arriving at

sabilité de l'Etat, et non à la question de la succession d'Etat en matière de responsabilité internationale, la même logique devrait s'appliquer à l'examen d'arguments analogues formulés par la Croatie à l'appui de la compétence et de la recevabilité en ce qui concerne les événements antérieurs au 27 avril 1992, date à laquelle le défendeur est devenu lié par la convention sur le génocide en tant que partie à cet instrument. Or dans son arrêt de 2008, la Cour avait clairement indiqué que, «pour déterminer si, avant le 27 avril 1992, la RFY était un Etat *in statu nascendi* au sens de la règle invoquée, il lui faudrait également examiner des questions de fait en litige», ajoutant qu'«[i]l serait donc *impossible de trancher les questions soulevées par cette exception sans statuer, jusqu'à un certain point, sur des éléments qui relèvent à proprement parler du fond*» (*ibid.* ; les italiques sont de moi).

19. Sur le fond, je ne suis pas en désaccord avec le prononcé général précité, extrait de l'arrêt de 2007 (par. 17, ci-dessus). Cependant, il ressort très clairement du contexte de ce passage que le propos de la Cour y était fort différent de ce qu'il est dans le paragraphe du présent arrêt dans lequel ledit prononcé est repris (arrêt, par. 115). Dans l'arrêt de 2007, ce dernier avait en effet pour objet et pour but de définir, de manière restrictive, l'étendue de la compétence que les parties avaient conférée à la Cour au titre de l'article IX de la Convention ; dans le présent arrêt, l'intention paraît être, au contraire, d'étendre cette même compétence, qui est limitée aux «différends ... relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la ... Convention», à quelque chose qui n'est pas spécifié, au motif que certaines règles du droit international général ayant été invoquées — et dont la Cour semble laisser entendre qu'elles pourraient englober le droit de la succession d'Etats en matière de responsabilité internationale — pourraient être pertinentes à l'égard de l'argumentation du demandeur relative à «l'interprétation, l'application ou l'exécution» dudit instrument — argumentation dont elles constituent une partie essentielle —, aux fins de déterminer l'étendue de la compétence de la Cour.

20. Je ne pourrais souscrire à pareil raisonnement que si la validité, en droit international général, de la théorie en question avait été pleinement examinée dans la section de l'arrêt consacrée à la compétence, et si sa véracité — ou, à tout le moins, sa plausibilité — avait été établie. A défaut, cette théorie n'est rien de plus qu'un argument avancé par l'une des Parties au différend, tout comme l'argument, avancé par cette même Partie en la présente espèce et écarté dans l'arrêt, concernant la validité de la théorie fondée sur le paragraphe 2 de l'article 10 des Articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat (disposition ayant trait à la question de la responsabilité des Etats *in statu nascendi*). Or ce second argument a fait l'objet d'un examen approfondi, la Cour étant parvenue à la conclusion qu'il ne pouvait lui offrir une base de compétence au titre de l'article IX de la Convention (arrêt, par. 105).

21. Au vu de ce qui précède, je considère que la conclusion énoncée dans le présent arrêt aurait dû résulter de l'approche prescrite dans l'arrêt de 2008. Autrement dit, la Cour aurait dû, dans la mesure où cela lui était nécessaire, se livrer à un examen des aspects pertinents de l'affaire au

the conclusion that the claim of the Applicant cannot be upheld on the merits. If the present Judgment were to follow the present structure of the Judgment of treating the jurisdictional issues first before treating any aspect of the merits, the Court can only do so after satisfying itself that it has the necessary jurisdiction on the basis of the consent of the Parties. This would have required the Court to examine the legal validity of all the alleged rules of international law advanced by the Applicant, including those relating to State succession in respect of international responsibility, as a means to establish the legal basis for enabling the Court to exercise jurisdiction with regard to the merits. In my submission, the present Judgment has failed to do that.

(Signed) Hisashi OWADA.

fond, tant juridiques que factuels, avant de parvenir à la conclusion qu'il ne pouvait être fait droit à la demande de la Croatie. Dans le cadre de la structure existante du présent arrêt, où les questions de compétence sont examinées avant toute question relative au fond, la Cour ne pouvait parvenir à cette conclusion qu'après s'être assurée que les Parties lui avaient conféré la compétence nécessaire à cet effet. Cela aurait dû la conduire à examiner la validité juridique de toutes les règles de droit international alléguées par le demandeur — notamment celles ayant trait à la succession d'Etats en matière de responsabilité internationale — en tant que bases juridiques lui permettant d'exercer sa compétence. Selon moi, la Cour ne s'est pas acquittée de cette tâche.

(Signé) Hisashi OWADA.
