

## DECLARATION OF JUDGE XUE

1. Much to my regret, I have voted against the operative paragraph 1 of the Judgment regarding the Court's jurisdiction to entertain Croatia's claim in so far as it concerns acts prior to 27 April 1992. For the reasons explained below, I reserve my position with regard to the Court's finding that in the context of the present case it could found its jurisdiction on the basis of State succession to responsibility under Article IX of the Genocide Convention. I maintain the view that Serbia's second objection to jurisdiction *ratione temporis* and admissibility should be upheld.

## I. ISSUES LEFT OVER BY THE 2008 JUDGMENT

2. When the Court in the 18 November 2008 Judgment on Preliminary Objections (*Application of the Convention on the Prevention And Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2008*, p. 412 ("the 2008 Judgment")) drew the conclusion that Serbia's second jurisdictional objection did not possess an exclusively preliminary character, it primarily addressed Croatia's argument that Serbia as a State *in statu nascendi* was responsible for acts carried out by its officials and organs or otherwise under its direction and control before 27 April 1992. In that connection, the Court highlighted "two inseparable issues" for it to determine at the merits stage: the applicability of the obligations under the Genocide Convention to acts that occurred before the Federal Republic of Yugoslavia ("the FRY") came into existence as a separate State, and the question of attribution of such acts to the FRY for invoking its international responsibility under general international law (*ibid.*, p. 460, para. 129). In identifying these "two inseparable issues", the Court apparently had in mind the rules as stated in the International Law Commission's Articles on State Responsibility (Annex to General Assembly resolution 56/83, 12 December 2001, "the ILC Articles").

3. Under the ILC Articles, two conditions must be satisfied before international responsibility of a State can be invoked. First, there should be an internationally wrongful act in breach of international obligations which were effective and binding on the State at the time when the act occurred. Secondly, such act should be attributable to the State, constituting "an act of the State" ("Text of the Draft Articles with Commentaries thereto, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts:

## DÉCLARATION DE M<sup>me</sup> LA JUGE XUE

[Traduction]

1. A mon grand regret, j'ai dû voter contre le point 1 du dispositif de l'arrêt, relatif à la compétence de la Cour pour connaître de la demande de la Croatie concernant les actes antérieurs au 27 avril 1992. Pour les raisons exposées ci-après, je réserve ma position au sujet de la conclusion de la Cour selon laquelle elle pouvait, dans la présente affaire, fonder sa compétence au titre de l'article IX de la convention sur le génocide sur la notion de succession d'Etats à la responsabilité. Je reste d'avis que la deuxième exception d'incompétence *ratione temporis* et d'irrecevabilité soulevée par la Serbie aurait dû être retenue.

### I. QUESTIONS LAISSÉES EN SUSPENS DANS L'ARRÊT DE 2008

2. Lorsque, dans son arrêt du 18 novembre 2008 sur les exceptions préliminaires (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2008*, p. 412 («l'arrêt de 2008»)), la Cour avait conclu que la deuxième exception d'incompétence soulevée par la Serbie n'avait pas un caractère exclusivement préliminaire, elle s'était surtout penchée sur l'argument de la Croatie selon lequel la Serbie, en tant qu'Etat *in statu nascendi*, était responsable d'actes commis avant le 27 avril 1992 par ses agents et organes, ou d'une autre manière, sous sa direction et son contrôle. A ce sujet, la Cour a indiqué les «deux questions indissociables» qu'elle devrait trancher au stade du fond : l'applicabilité des obligations découlant de la convention sur le génocide aux actes survenus avant que la République fédérale de Yougoslavie («la RFY») ne commence à exister en tant qu'Etat distinct, et la question de l'attribution de ces actes à la RFY selon les règles du droit international général relatives à la responsabilité internationale (*ibid.*, p. 460, par. 129). Lorsqu'elle a relevé ces «deux questions indissociables», la Cour avait apparemment à l'esprit les règles énoncées dans les Articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat (annexe de la résolution 56/83 de l'Assemblée générale des Nations Unies, 12 décembre 2001 («les Articles de la CDI»)).

3. Aux termes des Articles de la CDI, deux conditions doivent être remplies pour que puisse être invoquée la responsabilité internationale de l'Etat. Premièrement, il doit exister un fait internationalement illicite, c'est-à-dire un fait constituant une violation d'obligations internationales auxquelles l'Etat est tenu au moment où le fait se produit. Deuxièmement, ce fait doit être attribuable à l'Etat, et constituer «un fait de l'Etat» («Texte du projet d'articles et commentaire, Responsabilité de l'Etat pour

General Commentary”, *Yearbook of the International Law Commission (YILC)*, 2001, Vol. II, Part 2, UN doc. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1, Arts. 1, 2, 4-11, 13, pp. 32-59, at p. 39, para. 4). With regard to the first condition, the ILC commentary on Article 2 states that reference to the breach of *an international obligation* rather than *a rule or a norm* of international law underscores that for the purposes of State responsibility, the relevant rule must be applicable to the responsible State in the specific case (*ibid.*, p. 36, para. 13; emphasis added). The commentary to Article 13 further clarifies that no retroactive application is intended in matters of State responsibility (*ibid.*, p. 57).

4. In the present proceedings, with regard to Croatia’s claim that the FRY was a State *in statu nascendi* at the time when the alleged genocidal acts took place, the Court first set out to determine at which point of time the FRY became bound by the Convention, and whether the obligations to prevent and punish genocide under the Convention can be applied retroactively to the FRY before it became a party to the Convention.

5. Having examined the *travaux préparatoires* and the text of the Convention, the Court comes to the conclusion that, as is stated in the 2008 Judgment, Serbia was bound by the Convention with effect only from 27 April 1992. Even in respect of State responsibility, “the Convention is not retroactive”. It underlines that “[t]o hold otherwise would be to disregard the rule expressed in Article 28 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. There is no basis for doing so in the text of the Convention or in its negotiating history.” (Judgment, para. 99.) With that conclusion, the issue of attribution becomes moot. The Court therefore does not see any need to further examine whether the FRY was or was not a State *in statu nascendi* at the time of the occurrence of the alleged acts, hence no question about the applicability of Article 10, paragraph 2, of the ILC Articles to the present case.

6. This legal finding, in my view, is conclusive to the two inseparable issues left over in the 2008 Judgment, therefore, Serbia’s second jurisdictional objection should be upheld.

7. The Court’s treatment of State succession to responsibility as a separate heading for the consideration of jurisdiction *ratione temporis*, in my opinion, is a questionable departure from the 2008 Judgment. Procedurally Croatia’s alternative argument about the FRY’s succession to the responsibility of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (“the SFRY”) does raise a new claim for jurisdiction, a claim that is based on treaty obligations undertaken by a third party. When the Court has already concluded in the Judgment that even in respect of State responsibility the Convention is not retroactive, that claim is apparently related to the question of succession rather than responsibility.

fait internationalement illicite: commentaire général», Nations Unies, *Annuaire de la Commission du droit international (ACDI)*, 2001, vol. II, deuxième partie, doc. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1, art. 1, 2, 4-11, 13, p. 33-62, voir p. 38, par. 4). S'agissant de la première condition, il est dit dans le commentaire de la CDI sur l'article 2 que l'emploi des termes «violation d'une obligation internationale» plutôt que «violation d'une règle ou d'une norme de droit international» a pour but de souligner que, aux fins de la responsabilité de l'Etat, la règle dont il y a eu violation doit être applicable dans le cas considéré à l'Etat dont la responsabilité est invoquée (*ibid.*, p. 37, par. 13; les italiques sont de moi). Le commentaire de l'article 13 précise en outre qu'il n'est pas prévu de rétroactivité en matière de responsabilité de l'Etat (*ibid.*, p. 61).

4. Dans la présente instance, au sujet de l'affirmation de la Croatie selon laquelle la RFY était un Etat *in statu nascendi* au moment où les actes génocidaires allégués se seraient produits, la Cour a d'abord entrepris de déterminer à quel moment la RFY avait commencé à être liée par la Convention et si les obligations de prévention et de répression du génocide prévues par celle-ci pouvaient s'appliquer rétroactivement à la RFY pour des faits survenus avant qu'elle ne devienne partie à la Convention.

5. Après avoir examiné les travaux préparatoires et le texte de la Convention, la Cour conclut que, comme elle l'avait dit dans son arrêt de 2008, la Serbie n'est liée par la Convention que depuis le 27 avril 1992. Elle note que, même du point de vue de la responsabilité de l'Etat, «la Convention n'est pas rétroactive». La Cour souligne que «[s]outenir le contraire reviendrait à ne tenir aucun compte de la règle énoncée à l'article 28 de la convention de Vienne sur le droit des traités. Rien ne le permet, que ce soit dans le texte de la Convention ou dans l'historique des négociations de celle-ci» (arrêt, par. 99). Compte tenu de cette conclusion, la question de l'attribution devient sans objet. La Cour ne voit donc pas la nécessité d'examiner plus avant si la RFY était ou non un Etat *in statu nascendi* à l'époque des actes allégués, et la question de l'applicabilité du paragraphe 2 de l'article 10 des Articles de la CDI à la présente affaire ne se pose donc pas.

6. Cette conclusion de droit apporte, à mon avis, une réponse définitive aux deux questions indissociables laissées en suspens dans l'arrêt de 2008 et, par conséquent, la deuxième exception d'incompétence soulevée par la Serbie aurait dû être retenue.

7. En traitant la succession de l'Etat à la responsabilité comme une question distincte pour l'examen de sa compétence *ratione temporis*, la Cour s'est, selon moi, écartée de manière contestable de son arrêt de 2008. Du point de vue de la procédure, le moyen subsidiaire de la Croatie selon lequel la RFY aurait succédé à la responsabilité de la République fédérative socialiste de Yougoslavie («la RFSY») soulève effectivement une nouvelle demande relative à la compétence, demande qui invoque des obligations conventionnelles contractées par une tierce partie. La Cour ayant déjà conclu dans l'arrêt que, même du point de vue de la responsabilité de l'Etat, la Convention n'est pas rétroactive, cette demande a apparemment trait à la question de la succession plutôt qu'à celle de la responsabilité.

8. Substantively, Croatia's two arguments are built on two different political premises, which are mutually exclusive in the context of the present case. In other words, Serbia should be treated either as a successor or as a continuator of the SFRY, but cannot be both at the same time, a point to be further discussed later. As that political premise can only be chosen one way or the other, once that premise is determined, one of Croatia's arguments would necessarily fall, so long as Serbia's responsibility is concerned. To illustrate that point further, the "two inseparable issues" as identified by the Court in the 2008 Judgment could be relevant and meaningful for the case only provided that the FRY is taken as a successor rather than a continuator of the SFRY. Of course, that is the position generally recognized, including by the Court and the Parties. Croatia's alternative argument, however, is presumably based on the continuity between the SFRY and the FRY. Given the bulk of the alleged acts concerned (most of them took place before 27 April 1992), this issue is so crucial for the case that Croatia's alternative argument should be dealt with at the same length as Croatia's principal argument. Late invocation of that argument by Croatia indeed raises the issue of procedural fairness for Serbia. As the Court stated in the *Legality of Use of Force* case, "the invocation by a party of a new basis of jurisdiction . . . at this late stage, when it is not accepted by the other party, seriously jeopardizes the principle of procedural fairness and the sound administration of justice" (*Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium), Provisional Measures, Order of 2 June 1999, I.C.J. Reports 1999 (I)*, p. 139, para. 44).

## II. POLITICAL PREMISE OF SERBIA'S SUCCESSION

9. The question of succession in the present case is a complicated issue. From 1992 to 2000, the FRY remained in a *sui generis* status, which gave rise to a series of legal questions regarding its standing, *locus standi*, before the Court. The political premise of Serbia's succession was much dictated, in my view, by the fact that its 1992 declaration and Note simultaneously sent to the Secretary-General of the United Nations were more often treated with political expediency than given consistent legal interpretation under international law in the light of the factual situation. Croatia's alternative argument in the present case once again brings the issue to the fore.

10. In its 1992 declaration and Note, the FRY publicly stated that it would "continue to fulfil all the rights conferred to, and obligations assumed by, the Socialist Federal Republic of Yugoslavia in international relations . . ." (2008 Judgment, p. 447, para. 99). It is upon this FRY's self-claimed continuity that Croatia relies to argue in favour of the FRY's succession to the responsibility of the SFRY.

8. Sur le fond, les deux arguments de la Croatie reposent sur deux prémisses d'intention politique différentes, qui s'excluent mutuellement dans la présente affaire. En d'autres termes, la Serbie doit être traitée soit comme successeur, soit comme continuateur de la RFSY, mais elle ne saurait être les deux à la fois, point sur lequel je reviendrai. Etant donné qu'il faut choisir entre ces deux prémisses d'intention politique, une fois le choix opéré, l'un des deux arguments de la Croatie tombe nécessairement, pour ce qui concerne la responsabilité de la Serbie. Plus explicitement, j'ajouterai que les «deux questions indissociables» relevées par la Cour dans l'arrêt de 2008 ne sont pertinentes et importantes pour l'affaire que si la RFY est considérée comme successeur plutôt que continuateur de la RFSY. Bien entendu, c'est là la position généralement admise, y compris par la Cour et par les Parties. Le moyen subsidiaire de la Croatie, en revanche, est sans doute fondé sur la thèse de la continuité entre la RFSY et la RFY. Compte tenu du nombre des actes en cause (dont la plupart seraient survenus avant le 27 avril 1992), cette question est si cruciale pour l'affaire que le moyen subsidiaire de la Croatie aurait dû être traité aussi longuement que son moyen principal. L'invocation tardive de ce moyen par la Croatie soulève en effet la question de l'équité de la procédure à l'égard de la Serbie. Comme la Cour l'a dit dans l'affaire de la *Licéité de l'emploi de la force*, «l'invocation par une partie d'une nouvelle base de juridiction ... [par] une démarche aussi tardive, lorsqu'elle n'est pas acceptée par l'autre partie, met gravement en péril le principe du contradictoire et la bonne administration de la justice» (*Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique), mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I)*, p. 139, par. 44).

## II. L'INTENTION POLITIQUE ASSOCIÉE À LA SUCCESSION DE LA SERBIE À LA RFSY

9. La question de la succession est, en l'espèce, fort complexe. De 1992 à 2000, la RFY a conservé un statut *sui generis* qui a soulevé toute une série de questions juridiques concernant sa qualité pour agir devant la Cour. Selon moi, l'intention politique sous-tendant la succession de la Serbie à la RFSY était déterminée dans une large mesure par le fait que la déclaration et la note de 1992, adressées simultanément au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, ont le plus souvent été interprétées en fonction de considérations politiques au lieu de faire l'objet d'une interprétation juridique cohérente, conforme au droit international et tenant compte des réalités de la situation. Le moyen subsidiaire avancé par la Croatie remet cette question sur le tapis.

10. Par sa déclaration et sa note de 1992, la RFY a proclamé qu'elle «continuer[ait] à exercer tous les droits conférés à la République fédérative socialiste de Yougoslavie et à s'acquitter de toutes les obligations assumées par cette dernière dans les relations internationales...» (arrêt de 2008, p. 447, par. 99). C'est cette continuité autoproclamée que la Croatie invoque pour soutenir que la RFY a succédé à la responsabilité de la RFSY.

11. In the 2008 Judgment, the Court states that “[i]n the particular context of the case, the Court is of the view that the 1992 declaration must be considered as having had the effects of a notification of succession to treaties, notwithstanding that its political premise was different” (2008 Judgment, p. 451, para. 111), and

“from that date *onwards* the FRY would be bound by the obligations of a party in respect of all the multilateral conventions to which the SFRY had been a party at the time of its dissolution, subject of course to any reservations lawfully made by the SFRY limiting its obligations” (*ibid.*, pp. 454-455, para. 117; emphasis added).

While upholding the validity of the FRY’s commitments to international obligations, the Court, however, does not indicate the legal consequences that are necessarily derived from the change of that political premise.

12. Under international law, the implication of the new political premise is arguably three-fold for the FRY. First of all, the FRY, being one of the successor States rather than the sole continuator of the SFRY, does not enjoy all the rights of its predecessor, nor does it continue to assume all of the SFRY’s international obligations and responsibility as the same international personality. Secondly, such status will determine the confines of the FRY’s treaty obligations in accordance with international law. Thirdly, its treaty relations with the other successor States will be governed by their agreement as well as general rules of treaty law.

13. In the present case, Croatia advances two arguments for Serbia’s succession to the responsibility of the SFRY. First, Croatia argues that the armed forces of the SFRY which subsequently became the organs of the FRY largely controlled and conducted the alleged acts of genocide during the last year of the SFRY’s formal existence, which thereby justifies the succession of the FRY to the responsibility of the SFRY. In that regard, it refers to the *Lighthouse Arbitration Award*, where the tribunal considered that whether there would be a succession to responsibility would depend on the *particular circumstances of each case* (*Lighthouses Arbitration between France and Greece, Claims No. 11 and 4*, 24 July 1956, 23 *ILR* 81, p. 92; United Nations, *Reports of International Arbitral Awards (UNRIAA)*, Vol. XII, p. 198; emphasis added). Secondly, Croatia contends that Serbia’s international commitments made in the 1992 declaration and Note indicated not only that Serbia succeeded to the treaty obligations of the SFRY, but also that it succeeded to the responsibility incurred by the SFRY for the violation of those treaty obligations. Both of Croatia’s arguments involve the political premise of Serbia’s succession.

14. In regard to the first argument, the particular facts of the present case identified by the Court are as follows: the FRY is not a continuator

11. Dans l'arrêt de 2008, la Cour dit que, «[d]ans le contexte particulier de l'affaire, la Cour estime que la déclaration de 1992 doit être considérée comme ayant eu les effets d'une notification de succession à des traités et ce, bien que l'intention politique qui la sous-tendait ait été différente» (arrêt de 2008, p. 451, par. 111) et que,

«à compter de cette date, la RFY serait liée, en tant que partie, par les obligations découlant de toutes les conventions multilatérales auxquelles la RFSY était partie au moment de sa dissolution, à moins, bien sûr, que celle-ci n'eût formulé de manière régulière des réserves limitant ses obligations» (*ibid.*, p. 454-455, par. 117; les italiques sont de moi).

Tout en confirmant la validité des engagements pris par la RFY à l'égard des obligations internationales, la Cour n'indique cependant pas les conséquences juridiques qui découlent nécessairement de cette modification de l'intention politique.

12. Au regard du droit international, il peut être soutenu que les conséquences pour la RFY de cette nouvelle intention politique revêtent trois aspects. Tout d'abord, la RFY, qui n'est que l'un des Etats successeurs et non l'unique continuateur de la RFSY, ne jouit pas de tous les droits de l'Etat prédécesseur et n'assume pas l'ensemble des obligations internationales ni la responsabilité de la RFSY, en conservant sa personnalité internationale. Deuxièmement, ce statut détermine les limites des obligations conventionnelles de la RFY selon le droit international. Troisièmement, ses relations conventionnelles avec les autres Etats successeurs sont régies par accord entre eux ainsi que par les règles générales du droit des traités.

13. En l'espèce, la Croatie fait valoir deux arguments pour invoquer la succession de la Serbie à la responsabilité de la RFSY. Premièrement, elle soutient que les forces armées de la RFSY, devenues ultérieurement des organes de la RFY, contrôlaient et dirigeaient dans une large mesure les actes de génocide qui auraient été commis au cours de la dernière année d'existence formelle de la RFSY, ce qui justifierait que la RFY soit considérée comme ayant succédé à la responsabilité de la RFSY. A cet égard, la Croatie invoque la sentence arbitrale rendue en l'*Affaire des phares*, dans laquelle le tribunal a jugé que la succession à la responsabilité dépendait *des circonstances particulières de chaque affaire* (*Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman (Grèce, France), réclamations n<sup>os</sup> 11 et 4*, 24 juillet 1956, *International Law Report*, vol. 23, n<sup>o</sup> 81, p. 92; Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. XII, p. 198; les italiques sont de moi). Deuxièmement, la Croatie soutient que les engagements internationaux pris par la Serbie dans la déclaration et la note de 1992 indiquent qu'elle a succédé non seulement aux obligations conventionnelles de la RFSY, mais également à la responsabilité revenant à cette dernière à raison de ses manquements à ces obligations. Les deux arguments de la Croatie supposent, du point de vue politique, que la Serbie était un Etat successeur.

14. S'agissant du premier argument, la Cour a établi dans la présente affaire les faits suivants: la RFY est non pas le continuateur, mais l'un

but one of the successor States of the SFRY. It succeeded to the Genocide Convention on the date of its proclamation and was, therefore, bound by it only with effect from 27 April 1992. Succession matters among the newly independent States that succeeded to the SFRY are governed by the Agreement on Succession Issues of 29 June 2001 (done in Vienna, entered into force on 2 June 2004; United Nations, *Treaty Series (UNTS)*, Vol. 2262, No. 40296, pp. 251-337). These matters are accepted by the successor States either through judicial decisions or by agreement, despite the factual continuity that purportedly existed between the FRY and the SFRY. It is against this factual background on the basis of the aforesaid political premise that the Court is called to interpret Article IX of the Genocide Convention so as to determine whether there is any legal ground in international law for the Court to found its jurisdiction with regard to acts that occurred before 27 April 1992.

15. As to Croatia's second argument with respect to Serbia's international commitments made in 1992, Croatia seems to forget the fact that it has refused to recognize the FRY as a continuator of the SFRY. Moreover, when Serbia eventually yielded to the position of the international community as well as that of the other successor States that it only succeeded to the SFRY and deposited its instrument of accession to the Genocide Convention to the United Nations Secretary-General with a reservation to Article IX of the Convention on 6 March 2001, Croatia objected to it on the ground that the FRY "is already bound by the Convention since its emergence as one of the five equal successor States" of the former SFRY (2008 Judgment, p. 445, para. 94). This fact shows that the political premise of Serbia's declaration and Note directly bears on the treaty relations between the Parties, particularly in relation to the Genocide Convention; upon that political premise, Serbia's declaration and Note means that its treaty relations with Croatia started from 27 April 1992.

### III. INTERPRETATION OF ARTICLE IX OF THE GENOCIDE CONVENTION

16. In the Judgment the Court concludes that "[i]n the present case, any jurisdiction which the Court possesses is derived from Article IX of the Genocide Convention and is therefore confined to obligations arising under the Convention itself". In that regard, the meaning of the term "including those relating to the responsibility of a State for genocide" in Article IX is apparently decisive for the Court to determine whether or not, on Croatia's alternative argument, it has jurisdiction over the alleged acts in question.

17. The Court first rejects Serbia's contention that Croatia's claim for State succession is a new claim. It decides that since the essential subject-

des Etats successeurs de la RFSY. Elle a succédé à celle-ci en tant que partie à la convention sur le génocide le jour de sa proclamation et n'est donc liée par la Convention que depuis le 27 avril 1992. Le règlement des questions de succession qui se posaient entre les nouveaux Etats indépendants successeurs de la RFSY est régi par l'accord sur les questions de succession du 29 juin 2001 (fait à Vienne, entré en vigueur le 2 juin 2004; *Recueil des traités des Nations Unies (RTNU)*, vol. 2262, n° 40296, p. 251-337). Selon cet accord, les Etats successeurs manifestent leur assentiment au règlement de ces questions soit en acceptant des décisions judiciaires, soit par voie d'accord, nonobstant la continuité de fait qui aurait prétendument existé entre la RFY et la RFSY. C'est sur cette toile de fond factuelle, fondée sur l'intention politique déjà évoquée, que la Cour était appelée à interpréter l'article IX de la convention sur le génocide pour dire si, sur la base du droit international, elle avait compétence pour connaître d'actes antérieurs au 27 avril 1992.

15. Quant à son second argument, concernant les engagements internationaux pris par la Serbie en 1992, la Croatie semble oublier qu'elle a refusé de reconnaître la RFY comme continuateur de la RFSY. De plus, lorsque la Serbie, se résolvant finalement à accepter la position qui était celle de la communauté internationale aussi bien que des autres Etats successeurs, à savoir qu'elle n'était que successeur de la RFSY, a déposé auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, le 6 mars 2001, son instrument d'adhésion à la convention sur le génocide — assorti d'une réserve à l'application de l'article IX —, la Croatie s'y est opposée au motif que la RFY «[était] déjà liée par la Convention depuis qu'elle [était] devenue l'un des cinq Etats successeurs égaux» de l'ex-RFSY (arrêt de 2008, p. 445, par. 94). Ce fait montre que l'intention politique associée à la déclaration et à la note de la Serbie a une incidence directe sur les relations conventionnelles entre les Parties, particulièrement en ce qui concerne la convention sur le génocide; selon cette intention politique, la déclaration et la note de la Serbie signifient que ses relations conventionnelles avec la Croatie ont commencé le 27 avril 1992.

### III. L'INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE IX DE LA CONVENTION SUR LE GÉNOCIDE

16. Dans son présent arrêt, la Cour conclut que, «[e]n l'espèce, la compétence de la Cour repose exclusivement sur l'article IX de la convention sur le génocide et est en conséquence limitée aux obligations imposées par la Convention elle-même». A cet égard, le sens des mots «y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide» figurant à l'article IX a été apparemment décisif pour la Cour au moment de déterminer si elle était compétente pour connaître des faits allégués, par la Croatie à l'appui de son argument subsidiaire.

17. La Cour commence dans son arrêt par rejeter l'affirmation de la Serbie selon laquelle la demande de la Croatie relative à la succession de

matter of the dispute concerns Serbia's responsibility and Croatia's standing to invoke that responsibility, the dispute between the Parties in the present case falls squarely within the terms of Article IX (Judgment, para. 90). In the reasoning, it emphasizes that "[t]he question whether Serbia is responsible for such alleged violations must be distinguished from the manner in which that responsibility is said to be established". In its view, to invoke responsibility by direct attribution or to invoke responsibility on the basis of succession is just a difference in "manner". What the Court, however, fails to mention is that each of such "manners" concerns a matter of law that has to be initially decided by the Court for founding its jurisdiction. That is to say, the Court has to first determine whether State succession to responsibility falls within the terms of Article IX and, if so, in the context of the present case, whether or not Serbia should succeed to the responsibility of the SFRY. Only when these issues are settled, does the Court have the jurisdiction to address the merits of the case, but not the other way round.

18. The Court, instead of going through the *travaux préparatoires* and the text of the Convention, as it does previously, simply gives a rather general interpretation to the term of State responsibility in Article IX. A quick perusal of the drafting history of the Convention can tell that the State parties did not intend to give the term such a broad meaning. For example, the delegate of the United States stated that if the responsibility in Article IX "referred to treaty violations, the United States delegation must emphasize that the word [responsibility] added nothing to the meaning of the article" ("Continuation of the Consideration of the Draft Convention on Genocide" [E/794]: Report of the Economic and Social Council [A/633], Third Session of the General Assembly, Part I, Legal Questions, Sixth Committee, Summary of Records of Meetings, United Nations General Assembly Sixth Committee Third Session, Hundred and Thirty-First Meeting, 1 December 1948, UN doc. A/C.6/SR.131, p. 690). There is no record showing that that understanding was not accepted or was opposed to by the other State parties.

19. Moreover, it is difficult to establish, either from the drafting history or the substantive provisions of the Convention, that the term of State responsibility in Article IX also includes State succession to responsibility. As is pointed out in the Judgment, nothing in the text of the Genocide Convention or the *travaux préparatoires* suggests that the Convention can be applied retroactively; it was only intended to apply to acts taking place in the future and not to be applicable to those which had occurred during the Second World War or at other times in the past (Judgment, para. 97). When the State parties unequivocally precluded retroactive effect to the Convention and remained dubious about State responsibility for violations of the Convention, it would be much more unlikely that they would agree to import State succession to responsibility into the terms of Article IX.

l'Etat est une nouvelle demande. Elle décide que, l'objet principal du différend étant la responsabilité de la Serbie et la qualité de la Croatie pour invoquer cette responsabilité, ce différend relève pleinement de l'article IX (arrêt, par. 90). Dans son raisonnement, la Cour souligne que «[l]a question de savoir si la Serbie était responsable de violations de la convention sur le génocide ... doit être distinguée de la manière dont cette responsabilité est censée avoir été engagée». Pour elle, invoquer la responsabilité par attribution directe ou invoquer la responsabilité sur la base de la succession n'est qu'une différence de «manière». Ce que la Cour omet cependant de mentionner, c'est que chacune de ces «manières» soulève une question de droit qu'elle doit d'abord trancher pour fonder sa compétence. En d'autres termes, la Cour doit déterminer en premier lieu si la succession de l'Etat à la responsabilité relève de l'article IX et, dans l'affirmative, si, en la présente espèce, la Serbie doit ou non être considérée comme ayant succédé à la responsabilité de la RFSY. Ce n'est qu'après avoir statué sur ces questions que la Cour peut se déclarer compétente pour connaître du fond de l'affaire, et non l'inverse.

18. Au lieu d'examiner les travaux préparatoires et le texte de la Convention comme elle l'avait fait auparavant, la Cour se contente de fournir une interprétation assez générale de l'expression «responsabilité de l'Etat» au sens de l'article IX. Or, une lecture rapide de l'histoire de la rédaction de la Convention montre que les Etats contractants n'avaient pas l'intention de donner à cette expression une signification aussi large. Par exemple, le représentant des Etats-Unis a déclaré que, si l'on entendait par le mot «responsabilité» employé à l'article IX «une violation de traité, la délégation des Etats-Unis soulign[ait] que le mot en question n'ajout[ait] rien au sens même de l'article» («Suite de l'examen du projet de convention sur le génocide» [E/794]: Rapport du Conseil économique et social [A/633], Nations Unies, Assemblée générale, troisième session, première partie, Questions juridiques, Sixième Commission, comptes rendus analytiques de séances, Nations Unies, Assemblée générale, Sixième Commission, troisième session, Cent trente et unième séance, 1<sup>er</sup> décembre 1948, doc A/C.6/SR.131, p. 690). Selon les archives, rien n'indique que cette interprétation n'ait pas été acceptée ou que les autres Etats contractants s'y soient opposés.

19. En outre, il est difficile d'établir, que ce soit à partir de l'histoire de la rédaction ou des dispositions de fond de la Convention, que l'expression «responsabilité de l'Etat» figurant à l'article IX englobe la succession de l'Etat à la responsabilité. Comme le dit l'arrêt, rien dans le texte de la convention sur le génocide ni dans ses travaux préparatoires ne permet de penser que la Convention peut s'appliquer rétroactivement; elle était censée valoir pour l'avenir et non pour les actes commis au cours de la seconde guerre mondiale ou à d'autres époques révolues (arrêt, par. 97). Les parties contractantes ayant clairement exclu de donner un effet rétroactif à la Convention et s'étant montrées sceptiques quant à la responsabilité de l'Etat à raison de violations de cet instrument, il serait d'autant plus improbable qu'elles fussent convenues de faire entrer la succession à la responsabilité dans les prévisions de l'article IX.

20. Under Article IX of the Convention, the Court is not called to settle *any dispute* that concerns interpretation, application and fulfilment of the Convention, but a dispute that should directly relate to the rights and obligations of the parties. It always has to first ascertain whose obligations are allegedly breached and who has the right to invoke international responsibility for that breach. In the judicial settlement process that is the condition of *locus standi*, regardless of the nature of the obligations, synallagmatic or *erga omnes*. Likewise, the Court is not called to settle any dispute that concerns State responsibility, but a dispute that may engage the responsibility of the parties to the dispute. The conditions for entailing State responsibility are governed by general international law. Unless and until such conditions are satisfied, no State responsibility can be invoked.

21. As is stated previously, one of the conditions for invoking State responsibility is that international obligations concerned must exist as valid between the parties at the time when the alleged acts occurred. This principle is reaffirmed in the recent Judgment of the Court, where the Court stated that its jurisdiction *ratione temporis* is limited only to acts that occurred subsequent to the entry into force of the relevant treaty between the parties (*Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012 (II), pp. 457-458, paras. 100-105). This ruling dictates that in the present case the Court's jurisdiction based on Article IX should not extend to acts that occurred before the Convention was applicable between Croatia and Serbia as two States parties, a point that is confirmed by the Court in its consideration of Croatia's principal argument.

22. When the Court sets out to determine whether the alleged acts of genocide relied on by Croatia against Serbia were attributable to the SFRY and thus engaged its responsibility, its consideration, regardless of the ultimate finding, is necessarily based on the presumption in favour of succession to responsibility and the presumption that Serbia may succeed to the responsibility of the SFRY for the latter's violation of the obligations under the Convention. Thus, the Convention is actually applied retroactively to Serbia.

23. Although the rules of State responsibility have developed considerably since the adoption of the Genocide Convention, little can be found about State succession to responsibility in the field of general international law. As is observed,

“State succession is an area of uncertainty and controversy. Much of the practice is equivocal and could be explained on the basis of special agreement or of rules distinct from the concept of legal succession. Indeed, it is possible to take the view that not many settled rules have yet emerged.” (James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th edition, Oxford University Press, 2013, p. 424.)

20. Aux termes de l'article IX de la Convention, la Cour est appelée à trancher non pas *tout différend* concernant l'interprétation, l'application ou l'exécution de la Convention, mais seulement les différends directement liés aux droits et aux obligations des parties. Elle doit toujours déterminer d'abord à laquelle des parties incombent les obligations prétendument violées et à laquelle revient le droit d'invoquer la responsabilité internationale pour cette violation. Telle est, dans le processus de règlement judiciaire, la condition nécessaire de la qualité pour agir (*locus standi*), que les obligations en cause soient synallagmatiques ou *erga omnes*. De même, la Cour est appelée à régler non pas tout différend concernant la responsabilité de l'Etat, mais seulement ceux qui peuvent engager la responsabilité des parties. Les conditions de la mise en cause de la responsabilité de l'Etat sont régies par le droit international général. Tant que ces conditions ne sont pas remplies, la responsabilité de l'Etat ne peut être invoquée.

21. Ainsi qu'il a déjà été dit, l'une des conditions qui doivent être remplies pour invoquer la responsabilité de l'Etat est l'existence d'obligations internationales valides entre les parties à l'époque des faits allégués. Ce principe est réaffirmé dans un arrêt récent de la Cour, où celle-ci déclare que sa compétence *ratione temporis* se limite aux actes postérieurs à l'entrée en vigueur du traité pertinent entre les parties (*Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II)*, p. 457-458, par. 100-105). Il découle de cette affirmation que, dans la présente affaire, la compétence de la Cour fondée sur l'article IX ne doit pas s'étendre à des actes survenus avant que la Convention ne devienne applicable entre la Croatie et la Serbie en tant qu'Etats parties, point confirmé par la Cour dans son examen du moyen principal de la Croatie.

22. Dès lors que la Cour cherche à déterminer si les prétendus actes de génocide invoqués par la Croatie à l'encontre de la Serbie étaient attribuables à la RFSY et engageaient donc sa responsabilité, son examen — quelle que soit sa conclusion finale — repose nécessairement sur le postulat qu'il y a succession à la responsabilité et que la Serbie peut avoir succédé à la responsabilité de la RFSY à raison des manquements de cette dernière aux obligations qui lui incombait au titre de la Convention. De fait, la Convention est donc appliquée rétroactivement à la Serbie.

23. Bien que les règles relatives à la responsabilité de l'Etat se soient considérablement développées depuis l'adoption de la convention sur le génocide, le droit international général ne livre que peu d'éléments concernant la succession d'Etats en matière de responsabilité. Comme l'a fait observer James Crawford,

«[I]a succession de l'Etat est un domaine où règnent l'incertitude et la controverse. La pratique est souvent équivoque et peut s'expliquer par des accords spéciaux ou des règles étrangères à la notion juridique de succession. De fait, il est possible d'affirmer que peu de règles nettes se sont fait jour jusqu'à présent.» (James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, 2013, p. 424.)

To date, in none of the codified rules of general international law on treaty succession and State responsibility, State succession to responsibility was ever contemplated (see *YILC*, 1963, Vol. II, Working Paper submitted by Mr. Lachs, p. 298; *ibid.*, 2001, Vol. I, Comments by Mr. Tomka, Chairman of the Drafting Committee, p. 101, para. 101, Comments by Mr. Pellet, p. 120, para. 52; Art. 39, Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties of 23 August 1978, entered into force on 6 November 1996, *UNTS*, Vol. 1946, No. 33356, pp. 3-29). Rules of State responsibility in the event of succession remain to be developed.

24. Lastly, in response to Serbia's argument on the basis of the Judgments in *Monetary Gold* and *East Timor*, the Court rejects the applicability of the *Monetary Gold* rule that the Court cannot decide a dispute between States without the consent of those States to jurisdiction to the present case (*Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy v. France, United Kingdom and United States of America)*, *Preliminary Question, Judgment, I.C.J. Reports 1954*, p. 32; *East Timor (Portugal v. Australia)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1995*, p. 101, para. 26). It states that the rationale behind the *Monetary Gold* rule has no application to a State which ceases to exist, no longer possessing any rights, thus by its nature, incapable of giving or withholding consent to the jurisdiction of the Court.

25. In light of the overall context of the case, this reasoning seems a convenient way to address the issue. When a State ceases to exist, it does not necessarily mean that all its rights and obligations simultaneously cease to exist. In the present case, the SFRY's status to treaties was indeed succeeded by the FRY, as the Court states in the 2008 Judgment that

“the FRY would be bound by the obligations of a party in respect of all the multilateral conventions to which the SFRY had been a party at the time of its dissolution, *subject of course to any reservations lawfully made by the SFRY limiting its obligations*” (2008 Judgment, pp. 454-455, para. 117; emphasis added).

Therefore, the question in the present situation is not whether the SFRY is capable or not of giving its consent to the jurisdiction of the Court. Rather, the relevant question should be whether or not Article IX of the Convention provides a legal basis for the Court to exercise jurisdiction on disputes concerning State succession to responsibility. If not, there is no consent, on the part of the SFRY, the FRY, and indeed any State party to the jurisdiction of the Court, both *ratione materiae* and *ratione temporis*, on such disputes. In that regard, it is the principle of consent under the Statute of the Court that should come into play.

26. In conclusion, notwithstanding the caution given in the Judgment, the approach taken by the Court in resolving the current dispute may, in my view, create serious implications that the Court does not intend to have for future treaty interpretation.

A ce jour, la question de la succession de l'Etat à la responsabilité n'a encore jamais été envisagée dans aucune des règles codifiées du droit international général relatives à la succession en matière de traités ou à la responsabilité de l'Etat (voir *ACDI*, 1963, vol. II, note de travail présentée par M. Lachs, p. 308; *ibid.*, 2001, vol. I, commentaires de M. Tomka, président du comité de rédaction, p. 106, par. 101, commentaires de M. Pellet, p. 127, par. 52; article 39 de la convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités du 23 août 1978, entrée en vigueur le 6 novembre 1996; *RTNU*, vol. 1946, n° 33356, p. 3-29). Les règles relatives à la responsabilité de l'Etat en cas de succession restent à élaborer.

24. Enfin, répondant à l'argument de la Serbie fondé sur les arrêts rendus dans les affaires de l'*Or monétaire* et du *Timor oriental*, la Cour rejette l'applicabilité à la présente instance du principe énoncé dans l'arrêt en l'affaire de l'*Or monétaire* voulant que la Cour ne puisse régler un différend entre Etats sans que ceux-ci aient d'abord consenti à sa compétence (*Or monétaire pris à Rome en 1943 (Italie c. France, Royaume-Uni et Etats-Unis d'Amérique)*, question préliminaire, arrêt, *C.I.J. Recueil 1954*, p. 32; *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1995*, p. 101, par. 26). La Cour déclare que l'argumentation sous-jacente au principe de l'*Or monétaire* ne s'applique pas à un Etat qui a cessé d'exister, n'est plus titulaire d'aucun droit et ne peut donc donner ou refuser son consentement à sa compétence.

25. Compte tenu du contexte général de la présente affaire, ce raisonnement semble un moyen commode de régler la question. Or, quand un Etat cesse d'exister, cela ne signifie pas nécessairement que tous ses droits et obligations s'éteignent. En l'espèce, la RFSY a effectivement succédé à la RFSY en matière de traités, comme la Cour l'a dit dans son arrêt de 2008 :

«la RFY serait liée, en tant que partie, par les obligations découlant de toutes les conventions multilatérales auxquelles la RFSY était partie au moment de sa dissolution, à moins, bien sûr, que celle-ci n'eût formulé de manière régulière des réserves limitant ses obligations» (arrêt de 2008, p. 454-455, par. 117; les italiques sont de moi).

En conséquence, la question qui se posait en la présente instance était de savoir non pas si la RFSY était capable ou non de donner son consentement à la compétence de la Cour, mais si l'article IX de la Convention fournissait à la Cour une base juridique pour exercer sa compétence à l'égard de différends concernant la succession d'Etats à la responsabilité. Dans la négative, il n'y a pas de consentement de la part de la RFSY, de la RFY ni, en fait, d'aucun Etat partie à la compétence de la Cour, aussi bien *ratione materiae* que *ratione temporis*, à l'égard de tels différends. Dans ce domaine, c'est le principe du consentement prévu par le Statut de la Cour qui entre en jeu.

26. Pour conclure, je dirai que, en dépit de la mise en garde énoncée dans l'arrêt, la démarche suivie par la Cour pour trancher le présent différend pourrait, à mon avis, avoir à l'avenir de sérieuses conséquences en ce qui concerne l'interprétation des traités, alors même que telle n'était pas l'intention de la Cour.

## IV. "TIME GAP" IN THE PROTECTION

27. Before I close my remarks on the question of jurisdiction, I wish to add one word on Croatia's argument about the "time gap" in the protection. Croatia claims that a decision to limit jurisdiction to events after 27 April 1992 would create a "time gap" in the protection afforded by the Convention. From the viewpoint of human rights protection, that argument is obviously very strong and appealing. However, when Croatia seeks legal protection from the Court on the basis of Article IX of the Convention and invokes Serbia's responsibility under the Convention, the jurisdiction of the Court has to be "confined to obligations arising under the Convention itself", and has to be confined to those that are undertaken by Serbia. This kind of "time gap", if any, could occur not only in the event of State succession, but also with any State before it becomes a party to the Convention. That is the limit of treaty régime.

28. That said, it should also be emphasized that the jurisdiction of the Court is just one of the means available for the fulfilment of the Convention. Moreover, when a State opts out of the clause of Article IX when it ratifies or accedes to the Convention, it does not mean that the people of that State party will not obtain the protection of the Convention. Obligated under the Convention, the State parties should, first and foremost, enact national legislation for the prevention and punishment of genocide and other acts enumerated in Article III of the Convention at the national level. Ultimately, it is these national measures that will play the major role in preventing genocide and punishing perpetrators of genocidal crimes.

29. At the international level, in the situation related to the present case, an *ad hoc* criminal tribunal, i.e., the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) was established to bring to justice those responsible for crimes committed during the course of the SFRY's dissolution process, despite the fact that the SFRY had ceased to exist. Although individual criminal responsibility and State responsibility are distinct, protection and justice thus accorded are equally important. Whether Serbia should be held responsible for the SFRY's alleged breach of its international obligations under the Convention can only be adjudged in accordance with international law.

(Signed) XUE Hanqin.

## IV. L'«INTERRUPTION» DE LA PROTECTION

27. Avant de conclure sur la question de la compétence, je tiens à ajouter une observation sur l'argument de la Croatie concernant l'«interruption» de la protection. Selon la Croatie, toute décision limitant la compétence aux événements postérieurs au 27 avril 1992 risquait de créer une «interruption» de la protection conférée par la Convention. Du point de vue de la protection des droits de l'homme, cet argument est à l'évidence solide et séduisant. Toutefois, lorsque la Croatie demande à la Cour une protection juridique sur la base de l'article IX de la Convention et invoque la responsabilité de la Serbie en vertu de celle-ci, la compétence de la Cour doit être «limitée aux obligations imposées par la Convention elle-même» et contractées par la Serbie. Pareille «interruption», si elle existe, pourrait se produire non seulement dans le cas d'une succession d'Etats, mais également pour tout Etat avant qu'il ne devienne partie à la Convention. Telle est la limite imposée par tout régime conventionnel.

28. Cela dit, il faut également souligner que la compétence de la Cour n'est que l'un des moyens d'exécution de la Convention. En outre, lorsqu'un Etat se soustrait à l'article IX en ratifiant la Convention ou en y adhérant, il ne suit pas que la population de cet Etat partie est privée de la protection de la Convention. Celle-ci impose d'abord et avant tout aux Etats parties l'obligation de légiférer pour prévenir et réprimer le génocide et les autres actes énumérés à l'article III de la Convention sur le plan national. Ce sont, en fin de compte, les mesures internes qui jouent le rôle principal dans la prévention du génocide et la punition des auteurs de ce crime.

29. Sur le plan international, dans la situation liée à la présente affaire, un tribunal pénal *ad hoc*, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) a été créé pour que soient traduits en justice les responsables des crimes commis au cours de la dissolution de la RFSY, alors que celle-ci avait cessé d'exister. Bien que la responsabilité pénale individuelle et la responsabilité de l'Etat soient deux notions bien distinctes, la protection et la justice accordées en faisant jouer l'une et l'autre sont d'égale importance. La question de savoir si la Serbie devait être tenue responsable de la violation alléguée par la RFSY de ses obligations internationales au titre de la Convention ne pouvait, quant à elle, être tranchée que conformément au droit international.

(Signé) XUE Hanqin.