

DISSENTING OPINION OF VICE-PRESIDENT  
AL-KHASAWNEH

*The Court's jurisdiction is established — Serious doubts that already settled question of jurisdiction should have been re-examined — SFRY's United Nations membership could only have been suspended or terminated pursuant to Articles 5 or 6 of the Charter; Security Council and General Assembly resolutions did not have the effect of terminating the SFRY's United Nations membership — The FRY's admission to the United Nations in 2000 did not retroactively change its position vis-à-vis the United Nations between 1992 and 2000 — Between 1992 and 2000, the FRY was the continuator of the SFRY, and after its admission to the United Nations, the FRY was the SFRY's successor — The Court's Judgment in the Legality of Use of Force cases on the question of access and "treaties in force" is not convincing and regrettably has led to confusion and contradictions within the Court's own jurisprudence — The Court should not have entertained the Respondent's highly irregular 2001 "Initiative" on access to the Court, nor should it have invited the Respondent to renew its jurisdictional arguments at the merits phase.*

*Serbia's involvement, as a principal actor or accomplice, in the genocide that took place in Srebrenica is supported by massive and compelling evidence — Disagreement with the Court's methodology for appreciating the facts and drawing inferences therefrom — The Court should have required the Respondent to provide unedited copies of its Supreme Defence Council documents, failing which, the Court should have allowed a more liberal recourse to inference — The "effective control" test for attribution established in the Nicaragua case is not suitable to questions of State responsibility for international crimes committed with a common purpose — The "overall control" test for attribution established in the Tadić case is more appropriate when the commission of international crimes is the common objective of the controlling State and the non-State actors — The Court's refusal to infer genocidal intent from a consistent pattern of conduct in Bosnia and Herzegovina is inconsistent with the established jurisprudence of the ICTY — The FRY's knowledge of the genocide set to unfold in Srebrenica is clearly established — The Court should have treated the Scorpions as a de jure organ of the FRY — The statement by the Serbian Council of Ministers in response to the massacre of Muslim men by the Scorpions amounted to an admission of responsibility — The Court failed to appreciate the definitional complexity of the crime of genocide and to assess the facts before it accordingly.*

1. I feel that I should explain the nature of my dissent before explaining the reasons for it. I am not in total disagreement with the majority:

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE AL-KHASAWNEH,  
VICE-PRÉSIDENT

[Traduction]

*La compétence de la Cour est établie — De sérieux doutes quant à la décision de procéder à un réexamen de la question déjà tranchée de la compétence — Il n'aurait été possible de suspendre l'appartenance de la RFSY à l'Organisation des Nations Unies ou d'y mettre fin qu'en application des articles 5 et 6 de la Charte; les résolutions du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale n'ont pas eu pour effet de mettre fin à l'appartenance de la RFSY à l'Organisation des Nations Unies — L'admission de la RFY à l'Organisation des Nations Unies en 2000 n'a pas changé rétroactivement sa situation vis-à-vis de l'Organisation entre 1992 et 2000 — Entre 1992 et 2000, la RFY assurait la continuité de la RFSY et, après son admission à l'Organisation des Nations Unies, elle était successeur de la RFSY — L'arrêt rendu par la Cour dans les affaires relatives à la Licéité de l'emploi de la force sur la question de l'accès et des « traités en vigueur » n'est pas convaincant et a, de manière regrettable, été à l'origine d'une confusion et de contradictions dans la propre jurisprudence de la Cour — La Cour n'aurait pas dû examiner l'« Initiative » tout à fait irrégulière que le défendeur a présentée en 2001 sur l'accès à la Cour, pas plus qu'elle n'aurait dû inviter le défendeur à présenter de nouveau, à la phase du fond, des arguments sur la compétence.*

*L'implication de la Serbie, en tant qu'auteur principal ou complice, dans le génocide commis à Srebrenica est étayée par des éléments de preuve abondants et solides — Désaccord sur la méthode suivie par la Cour pour apprécier les faits et en tirer des conclusions — La Cour aurait dû exiger du défendeur qu'il lui fournisse des copies non occultées des documents du Conseil suprême de la défense, à défaut de quoi la Cour aurait dû permettre un recours plus libéral à la présomption — Le critère du « contrôle effectif » aux fins de l'imputabilité établi dans l'affaire Nicaragua ne convient pas pour les questions de la responsabilité de l'Etat en matière de crimes de droit international commis dans un but commun — Le critère du « contrôle effectif » aux fins de l'imputabilité établi dans l'affaire Tadić est plus approprié, lorsque la commission de crimes de droit international est le but commun de l'Etat qui exerce un contrôle et des acteurs non étatiques — Le refus de la Cour de déduire l'intention génocidaire d'une ligne de conduite systématique en Bosnie-Herzégovine n'est pas conforme à la jurisprudence bien établie du TPIY — Il est clairement établi que la RFY avait connaissance du génocide qui allait se dérouler à Srebrenica — La Cour aurait dû traiter les Scorpions en tant qu'organe de jure de la RFY — La déclaration par laquelle le Conseil des ministres serbe a réagi au massacre d'hommes musulmans par les Scorpions équivalait à une admission de responsabilité — La Cour n'a pas mesuré la difficulté qu'il y a à définir le crime de génocide à raison de la complexité de celui-ci et n'a pas, partant, procédé à une appréciation des faits qui lui ont été soumis.*

1. J'estime devoir expliquer la nature de mon dissentiment avant d'en exposer les raisons. Je ne suis pas en total désaccord avec la majorité: en

regarding jurisdiction, I come to the same conclusion contained in paragraph 1 of the *dispositif* that the Court's jurisdiction is established, although I have serious doubts whether, in terms of the proper administration of justice, the already settled question of jurisdiction should have been re-examined in the Judgment.

2. I, likewise, concur with the findings (paragraphs 5-7 of the *dispositif*) dealing respectively with Serbia's violation of its obligations under the Genocide Convention to prevent genocide in Srebrenica and to cooperate fully with the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia; and its failure to comply with the two Orders on provisional measures issued by the Court in 1993.

3. Where, however, my learned colleagues and I part company is with respect to the central question of Serbia's international responsibility incurred as a consequence of its involvement — as a principal actor or an accomplice — in the genocide that took place in Bosnia and Herzegovina. Such involvement is supported, in my opinion, by massive and compelling evidence. My disagreement with the majority, however, relates not only to their conclusions but also to the very assumptions on which their reasoning is based and to their methodology for appreciating the facts and drawing inferences therefrom, and is hence profound. Therefore, notwithstanding my agreement with some parts of the Judgment, and much to my regret, I am duty and conscience bound to dissent. In explanation of this position I append the present opinion.

#### I. THE COURT'S JURISDICTION

4. The jurisdictional issues in the present case have revolved around the international status of the Respondent and its membership in the United Nations. Those issues, which permeated all phases of this case and other related cases, can be traced to the State succession arising out of the process of disintegration of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY) which took place in the early 1990s. Briefly described, that process — for it has to be emphasized that there was no agreed point in time when the SFRY could be said to have been extinguished<sup>1</sup> — started when both Slovenia and Croatia seceded from the SFRY on 25 June 1991. Macedonia did the same on 17 September 1991 and Bosnia and Herzegovina, the last to secede, followed on 6 March 1992. Only two constituent republics, Serbia and Montenegro, were left in the old Yugoslavia and on 27 April 1992 they joined to form the Federal Republic of Yugoslavia (FRY) which claimed to be the continuator of the SFRY and declared its intention "to strictly abide by all the international commit-

<sup>1</sup> As was the case, for example, with the Union of Soviet Socialist Republics.

ce qui concerne la compétence, la conclusion à laquelle je parviens est la même que celle exposée au point 1 du dispositif, à savoir que la compétence de la Cour est établie, même si j'éprouve un sérieux doute quant à l'opportunité, aux fins d'une bonne administration de la justice, de procéder dans l'arrêt au réexamen de la question déjà tranchée de la compétence.

2. Je souscris, de même, aux conclusions (dispositif, points 5-7) portant respectivement sur la violation, par la Serbie, des obligations lui incombant, en vertu de la convention sur le génocide, de prévenir le génocide à Srebrenica et de coopérer pleinement avec le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, et sur le non-respect, par cet Etat, des deux ordonnances en indication de mesures conservatoires rendues par la Cour en 1993.

3. Je suis toutefois en désaccord avec mes éminents collègues sur la question centrale de la responsabilité internationale encourue par la Serbie du fait de sa participation — en tant qu'auteur principal ou en tant que complice — au génocide commis en Bosnie-Herzégovine. Cette participation a, selon moi, été abondamment et en toute certitude prouvée. Mon désaccord avec la majorité porte non seulement sur les conclusions auxquelles elle est parvenue, mais aussi sur les postulats sous-tendant son raisonnement et la méthode suivie pour apprécier les faits et en tirer des conclusions: il s'agit donc d'un désaccord profond. En conséquence, même si je souscris à certaines parties de l'arrêt, le devoir et ma conscience m'imposent, à mon grand regret, d'exprimer mon dissentiment. Je joins à l'arrêt la présente opinion pour expliquer ma position.

#### I. LA COMPÉTENCE DE LA COUR

4. Les questions de compétence ont, en l'espèce, tourné autour du statut international du défendeur et de sa qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies. Ces questions, qui ont imprégné toutes les phases de cette affaire et d'autres affaires connexes, trouvent leur origine dans le problème de la succession d'Etat qu'a soulevé le processus de désintégration de la République fédérative socialiste de Yougoslavie (RFSY) au début des années quatre-vingt-dix. En bref, ce processus — car il convient de souligner qu'il n'existe pas d'accord sur la date à laquelle remonterait l'extinction de la RFSY<sup>1</sup> — commença lorsque la Slovénie et la Croatie firent sécession le 25 juin 1991. La Macédoine fit de même le 17 septembre 1991, et la Bosnie-Herzégovine, dernière des républiques à faire sécession, le 6 mars 1992. Ne restaient plus, au sein de l'ancienne Yougoslavie, que deux républiques constitutives, la Serbie et le Monténégro, et le 27 avril 1992 celles-ci s'unirent pour former la République fédérale de Yougoslavie (RFY), qui prétendit assurer la continuité de la RFSY et

<sup>1</sup> Contrairement à ce qui fut, par exemple, le cas pour l'Union des Républiques socialistes soviétiques.

ments” of the SFRY as well as to remain “bound by all obligations to international organizations and institutions whose member it is”<sup>2</sup>.

5. While the four Republics that emerged from the SFRY were admitted to United Nations membership in 1992 and 1993, the FRY’s claim to continuity was *noted* by the Security Council on 30 May 1992 as a claim that “has not been generally accepted”<sup>3</sup>. Again the Security Council, on 19 September 1992, considered that the SFRY had ceased to exist, recalled its earlier resolution, and considered that the FRY

“cannot continue automatically the membership of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia in the United Nations; and therefore recommend[ed] to the General Assembly that it decide that the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) *should* apply for membership in the United Nations and that it *shall* not participate in the work of the General Assembly”<sup>4</sup>.

Two days later the General Assembly adopted a resolution in which *inter alia* it decided that the FRY “*should* apply for membership in the United Nations and that it *shall* not participate in the work of the General Assembly”<sup>5</sup>.

6. Both the language of the resolutions and their negotiating history suggest that they were compromise resolutions that fell short of terminating or suspending SFRY membership in the United Nations<sup>6</sup>. In fact under the United Nations Charter, there is no way in which the SFRY membership could have been terminated given the veto power of the permanent members, some of whom were as opposed to such a termination as others were keen on it. In any case, the requirements for suspension (Charter, Art. 5) or expulsion (Charter, Art. 6) were never invoked by the Security Council nor put into motion. The FRY clung to its membership claim with the result that

“the only practical consequence that [General Assembly resolution 47/1] draws is that the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) shall not participate in the work of the General Assembly” (letter of the Under-Secretary-General and Legal Counsel of the United Nations; incidentally the only legal authority to

<sup>2</sup> United Nations doc. A/46/915 (1992), 7 May 1992, Ann. II.

<sup>3</sup> Security Council resolution 757 (1992), 30 May 1992.

<sup>4</sup> Security Council resolution 777 (1992), 19 September 1992.

<sup>5</sup> General Assembly resolution 47/1 (1992), 22 September 1992.

<sup>6</sup> See Michael Scharf, “Musical Chairs: The Dissolution of States and Membership in the United Nations”, *Cornell International Law Journal*, 1995, Vol. 28, pp. 58-62.

exprima dans une déclaration son intention de «respect[er] strictement tous les engagements que la République fédérative socialiste de Yougoslavie a[vait] pris à l'échelon international», ainsi que de demeurer «liée par toutes ses obligations vis-à-vis des organisations et institutions internationales auxquelles elle appart[enait]t»<sup>2</sup>.

5. Alors que les quatre républiques issues de la RFSY furent admises à l'Organisation des Nations Unies en qualité de Membres en 1992 et 1993, le Conseil de sécurité *nota*, le 30 mai 1992, que l'affirmation de la RFY selon laquelle elle assurait la continuité de la RFSY «n'a[vait] pas été généralement acceptée»<sup>3</sup>. De nouveau, le 19 septembre 1992, le Conseil de sécurité estima que la RFSY avait cessé d'exister, rappela sa résolution précédente et considéra que la RFY

«ne p[ouvait] pas assurer automatiquement la continuité de la qualité de Membre de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie aux Nations Unies et par conséquent recommand[ait] à l'Assemblée générale de décider que la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) *dev[ait]* présenter une demande d'adhésion aux Nations Unies et qu'elle ne *participera[it]* pas aux travaux de l'Assemblée générale»<sup>4</sup>.

Trois jours plus tard, l'Assemblée générale adopta une résolution dans laquelle elle décidait, notamment, que la RFY «*dev[ait]* présenter une demande d'admission à l'Organisation et qu'elle ne *participera[it]* pas aux travaux de l'Assemblée générale»<sup>5</sup>.

6. Il ressort de leur libellé comme de leur genèse que ces résolutions étaient des résolutions de compromis, qui n'allaient pas jusqu'à mettre fin à l'appartenance de la RFSY à l'Organisation des Nations Unies ni à la suspendre<sup>6</sup>. De fait, sur la base de la Charte des Nations Unies, il n'existait pas de moyen de mettre fin à la qualité de Membre de la RFSY, compte tenu du droit de veto dont disposent les Membres permanents, dont certains étaient autant opposés à cette mesure que d'autres y étaient favorables. Quoi qu'il en soit, les conditions d'une suspension (Charte, art. 5) ou d'une exclusion (Charte, art. 6) ne furent jamais invoquées par le Conseil de sécurité ni mises en œuvre. La RFY persista dans sa prétention à la qualité de Membre, de sorte que

«l'unique conséquence pratique de cette résolution [la résolution 47/1 de l'Assemblée générale] [fut] que la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) ne participera[it] pas aux travaux de l'Assemblée générale» (lettre du Secrétaire général adjoint et conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies, lequel fut

<sup>2</sup> Nations Unies, doc. A/46/915 (1992), 7 mai 1992, annexe II.

<sup>3</sup> Résolution 757 (1992) du Conseil de sécurité, 30 mai 1992.

<sup>4</sup> Résolution 777 (1992) du Conseil de sécurité, 19 septembre 1992.

<sup>5</sup> Résolution 47/1 de l'Assemblée générale (1992), 22 septembre 1992.

<sup>6</sup> Voir Michael Scharf, «Musical Chairs: The Dissolution of States and Membership in the United Nations», *Cornell International Law Journal*, 1995, vol. 28, p. 58-62.

appraise the matter in what was an otherwise blatantly political process).

That letter from the Legal Counsel of the United Nations left no room for doubt. It went on to state “on the other hand, the resolution neither terminates nor suspends Yugoslavia’s membership”.

7. Important as this letter is, we should not be content with it, nor with the language and negotiating history of Security Council resolutions 757 and 777 and General Assembly resolution 47/1, nor with the undisputed fact that no measures were adopted to affect the termination or suspension of SFRY membership — all of which point unmistakably to continued SFRY membership in the United Nations. We should, additionally, ask a basic question: was the SFRY a United Nations Member in the first place? The answer to that question is also clearly in the affirmative, for it would be recalled that the SFRY had been a founding Member of the United Nations and already in 1947 the Sixth Committee of the General Assembly had formulated the principle that:

“As a general rule, it is in accordance with principle to assume that a State which is a Member of the United Nations does not cease to be a Member from the mere fact that its constitution or frontiers have been modified, and to consider the rights and obligations which that State possesses as a Member of the United Nations as ceasing to exist only with its extinction as a legal person internationally recognized as such.”<sup>7</sup>

8. At no time was the SFRY extinguished as a legal person internationally recognized as such. There were always States that continued to recognize the FRY as the continuator of the SFRY though there were others who took the opposite view. This state of affairs is typical of the relativism inherent in the constitutive theory of recognition and in itself prevents the drawing of any firm inferences. The only way to ascertain whether there was continuity or extinction of the SFRY is by reference to the actual or legal elements surrounding the succession of States which can be measured against an objective yardstick. It is indisputable, for example, that the capital of the SFRY was still within the borders of the FRY and that Serbia (an ancient kingdom) and Montenegro formed the historic nucleus of Yugoslavia and continued even after the loss of the four Republics — which happened at different times — to have 40 per cent of the land mass of the former Yugoslavia and 45 per cent of its

<sup>7</sup> United Nations, *Official Records of the General Assembly, Sixth Committee, Second Session*, 43rd meeting, 1947, pp. 38-39.

— relevons-le au passage — l'unique autorité juridique à exprimer un avis sur la question, dans un processus limité autrement au seul domaine politique).

Cette lettre du conseiller juridique de l'Organisation ne laissait aucune place au doute. Elle se poursuivait en ces termes: «D'un autre côté, la résolution ne met pas fin à l'appartenance de la Yougoslavie à l'Organisation et ne la suspend pas.»

7. Aussi importante qu'elle soit, nous ne devons pas nous contenter de cette lettre. Nous ne devons pas davantage nous contenter du libellé et de la genèse des résolutions 757 et 777 du Conseil de sécurité ou de la résolution 47/1 de l'Assemblée générale, ni du fait, incontesté, qu'il ne fut pris aucune mesure en vue de mettre fin à l'appartenance de la RFSY à l'Organisation ou de la suspendre — autant d'éléments qui indiquent très clairement que la RFSY continuait d'être Membre de l'Organisation des Nations Unies. Nous devons en outre nous poser une question essentielle: tout d'abord, la RFSY était-elle Membre de l'Organisation des Nations Unies? La réponse à cette question est, elle aussi, clairement affirmative, car l'on se rappellera que la RFSY avait été un Membre fondateur de l'Organisation des Nations Unies et que, en 1947 déjà, la Sixième Commission de l'Assemblée générale avait posé le principe suivant:

«En règle générale, il est conforme aux principes de présumer qu'un Etat qui est Membre des Nations Unies ne cesse pas d'en être Membre du simple fait que sa constitution ou ses frontières ont subi des modifications, et de considérer les droits et obligations que possède cet Etat en sa qualité de Membre des Nations Unies comme ne cessant d'exister que par l'extinction de cet Etat en tant que personne juridique reconnue comme telle dans l'ordre international.»<sup>7</sup>

8. A aucun moment la RFSY ne s'éteignit en tant que personne juridique reconnue comme telle dans l'ordre international. Des Etats continuaient toujours de reconnaître à la RFY la qualité de successeur de la RFSY, même s'il en existait d'autres qui avaient un point de vue contraire. Cette situation est caractéristique du relativisme inhérent à la théorie accordant à la reconnaissance valeur constitutive et empêche en soi de tirer toute conclusion solide. La seule façon de déterminer s'il y eut continuité ou extinction de la RFSY est de s'appuyer sur les paramètres factuels ou juridiques de la succession d'Etats mesurables à l'aune d'un critère objectif. Il est, par exemple, incontestable que la capitale de la RFSY demeurait à l'intérieur des frontières de la RFY, que la Serbie (un ancien royaume) et le Monténégro constituaient le noyau historique de la Yougoslavie, et qu'ils continuaient de représenter, même après la perte — survenue à des dates différentes — des quatre républiques, 40% du terri-

<sup>7</sup> Nations Unies, *Documents officiels de la deuxième session de l'Assemblée générale, Sixième Commission, quarante-troisième séance, 1947*, p. 38-39.

population<sup>8</sup>. Moreover, it is also factually indisputable that in the Forty-sixth Session of the General Assembly, the SFRY, even after Slovenia, Croatia and Macedonia had broken away, was still considered a United Nations Member and the credentials of its representatives were not challenged. Of equal importance is that even in the Forty-seventh Session of the General Assembly no challenge to the credentials of its representatives was made<sup>9</sup>. In other words, the rump Yugoslavia, later the FRY, was treated as a continuator of the SFRY. There was nothing out of the ordinary in this. It was supported by the classic models of the succession of India and Pakistan from the Commonwealth of India; then later the Pakistan/Bangladesh succession; and the dissolution of the Union of the Soviet Socialist Republics; and it accorded with the principle adopted by the Sixth Committee referred to above. Moreover, the nature of Security Council resolutions 757 and 777 and General Assembly resolution 47/1, appreciated contextually, lends strong credence to the claim that their main aim was in the nature of sanctions. It should not be overlooked in this respect that news of the atrocities committed in Croatia and Bosnia were being carried world-wide to a shocked international public opinion and blame for the most part was being laid on the doorstep of the government of Mr. Milošević and hence sanctions were started even when the SFRY was still in existence<sup>10</sup>.

9. Whatever may have been the case with regard to the intended or unintended effects of those resolutions, the decisive fact is that once SFRY membership in the United Nations had been ascertained and that this membership had survived the breakaway of Croatia, Slovenia and Macedonia which was indisputably the case in the Forty-sixth Session of the General Assembly, and of Bosnia which was similarly the case in the Forty-seventh Session of the General Assembly, the Security Council and General Assembly resolutions adopted did not, and more importantly, could not, have terminated or suspended that existing membership. Only the SFRY, of its own volition, could give up its original membership and it was naturally not inclined to do so, given not only the strength of its claim, but additionally, because, had it abandoned its membership, it would have put itself at the mercy of the “peace-loving formula” (United Nations Charter, Art. 4, para. 1) which, contextually, it had ample reason to believe some, including some in the Security Council, would not easily apply to it. As already stated, the FRY clung to its membership

<sup>8</sup> See Michael Scharf, *op. cit.*, p. 53.

<sup>9</sup> Yehuda Blum, “UN Membership of the ‘New’ Yugoslavia: Continuity or Break”, *American Journal of International Law*, 1992, Vol. 86, p. 830.

<sup>10</sup> Security Council resolution 713 (1991), 25 September 1991, para. 6.

toire de l'ex-Yougoslavie et de regrouper 45% de sa population<sup>8</sup>. A cela s'ajoute qu'il est tout autant incontestable, du point de vue des faits, que (à la quarante-sixième session de l'Assemblée générale) la RFSY, même après la sécession de la Slovénie, de la Croatie et la Macédoine, resta considérée comme un Membre de l'Organisation des Nations Unies et que les lettres de créance de ses représentants ne furent pas mises en cause. Non moins important est le fait que, à la quarante-septième session de l'Assemblée générale, elles ne le furent pas davantage<sup>9</sup>. En d'autres termes, ce qui restait de la Yougoslavie, devenu par la suite la RFY, fut considéré comme assurant la continuité de la RFSY. Rien d'extraordinaire à cela : cette manière de voir trouvait un appui dans le schéma classique de la succession de l'Inde et du Pakistan au Commonwealth des Indes, puis de la succession Pakistan/Bangladesh et de la dissolution de l'Union des Républiques socialistes soviétiques. Elle était en outre conforme au principe posé par la Sixième Commission, mentionné ci-dessus. De plus, la nature des résolutions 757 et 777 du Conseil de sécurité et de la résolution 47/1 de l'Assemblée générale, appréciées dans leur contexte, tend fortement à accréditer l'idée qu'elles avaient pour but principal d'imposer une sorte de sanction. Il convient de ne pas perdre de vue, à cet égard, que les nouvelles concernant les atrocités commises en Croatie et en Bosnie étaient portées dans le monde entier à la connaissance d'une opinion publique internationale sous le choc, la responsabilité de ces atrocités étant principalement attribuée au gouvernement de Milošević et que des sanctions avaient de ce fait déjà commencé d'être prises du temps de la RFSY<sup>10</sup>.

9. Quels qu'aient pu être les effets, recherchés ou non, de ces résolutions, le fait décisif est que, dès lors que l'appartenance de la RFSY à l'Organisation des Nations Unies avait été établie, et qu'elle avait survécu à la sécession de la Croatie, de la Slovénie et de la Macédoine — ce qui était incontestablement le cas lors de la quarante-sixième session de l'Assemblée générale —, et de la Bosnie — ce qui l'était lors de la quarante-septième session de l'Assemblée générale —, les résolutions adoptées par le Conseil de sécurité et par l'Assemblée générale ne mirent pas fin et, ce qui est plus important, ne purent mettre fin à cette appartenance à l'Organisation ni ne la suspendirent. Seule la RFSY pouvait, de sa propre initiative, renoncer à sa qualité de Membre originaire, ce qu'elle n'était bien évidemment pas encline à faire, compte tenu non seulement de la solidité de sa prétention mais, aussi, parce qu'une telle renonciation l'aurait laissée à la merci de la « clause des Etats pacifiques » (Charte des Nations Unies, art. 4, par. 1); or, elle avait, dans le contexte de l'époque, d'amples raisons de penser que certains Etats, dont certains membres du

<sup>8</sup> Voir Michael Scharf, *op. cit.*, p. 53.

<sup>9</sup> Yehuda Blum, « UN Membership of the «New» Yugoslavia: Continuity or Break », *American Journal of International Law*, 1992, vol. 86, p. 830.

<sup>10</sup> Résolution 713 (1991) du Conseil de sécurité, 25 septembre 1991, par. 6.

and suffered only the sanction of non-participation in the work of the General Assembly and the Economic and Social Council (ECOSOC) where a similar resolution was adopted<sup>11</sup>.

10. Indeed there is post-Dayton evidence to suggest that had the FRY persisted in its claim as a continuator, it would have triumphed. For we can glean, for example, acceptance of that claim from the treaties that it entered into with Croatia, Bosnia and Macedonia<sup>12</sup>. The acceptance by the successor States of that claim is especially significant given their closeness to the process of succession. This thesis, however, could not be fully tested because the nascent normalcy was shattered by Mr. Milošević's attack on Kosovo in 1999 resulting in disastrous consequences for the FRY and, not least, for Mr. Milošević as evidenced by his fall from power. A new Government replaced him and decided to embark on a new course. It applied to the United Nations as a new Member and was accepted as such in 2000, thereby abandoning of its own will the claim of continuity. From that moment on and only from that moment on it became a successor of the SFRY and not its continuator.

11. Curiously, the fact of FRY admission to the United Nations in 2000 was viewed as retroactively clarifying the Respondent's hitherto amorphous status vis-à-vis the United Nations in favour of the conclusion that in the period 1992 to 2000 it was not a United Nations Member. It was also argued that the FRY's admission "revealed" a lack of United Nations membership and toppled the assumption which was based on the existence of an amorphous situation, making it now impossible to ignore the question of the FRY's access to the Court. Nothing could be more debatable. The logic of the argument seems at first glance to be straightforward: admission as a new Member means that the FRY was not a Member before the date of admission. But here we are not dealing with a State that had never been a United Nations Member. Rather we are faced with a State that assiduously maintained it was the continuator of an original United Nations Member and which had to relinquish a strong claim to continuity and apply as a new Member in the sense of a successor State. The distinction therefore is not between a "new Member" and a "non-Member", but between a "new Member" and an "old Member". Seen from this angle, the act of admission does not lead to the conclusion

<sup>11</sup> Security Council resolution 821 (1993), 28 April 1993, para. 1.

<sup>12</sup> See, e.g., Article IV of the Joint Declaration of the President of the Republic of Serbia and the President of the Presidency of Bosnia and Herzegovina, which stipulates that "Bosnia and Herzegovina accepts the State continuity of the Federal Republic of Yugoslavia", United Nations doc. A/51/461-S/1996/830 (1996), 7 October 1996.

Conseil de sécurité, ne seraient pas prêts à lui appliquer aisément cette clause. Comme je l'ai déjà indiqué, la RFY s'accrochait à sa qualité de Membre et ne subit pour toute sanction que la non-participation aux travaux de l'Assemblée générale et, après l'adoption d'une résolution analogue en ce sens<sup>11</sup>, à ceux du Conseil économique et social (ECOSOC).

10. De fait, certains éléments postérieurs aux accords de Dayton donnent à penser que, si elle avait persisté dans sa prétention à assurer la continuité de la RSFY, la RFY serait parvenue à ses fins. On peut en effet déduire, par exemple, une acceptation de cette prétention du fait que la Croatie, la Bosnie et la Macédoine avaient conclu des traités avec elle<sup>12</sup>. L'acceptation de cette prétention par les Etats successeurs revêt une importance particulière, compte tenu de l'implication de ces derniers dans le processus de succession. Cette thèse ne put, cependant, être entièrement vérifiée: le début de normalité fut en effet brutalement interrompu lorsque Milošević attaqua le Kosovo en 1999; l'attaque eut des conséquences désastreuses pour la RFY et pas moins pour Milošević lui-même, ainsi que l'atteste sa chute. Un nouveau gouvernement lui succéda et décida de s'engager dans une autre voie. Il présenta alors une demande d'adhésion à l'Organisation des Nations Unies, pour en devenir un nouveau Membre, et la RFY fut admise en tant que tel en 2000, renonçant ainsi d'elle-même à sa prétention à assurer la continuité de la RFSY. C'est à partir de ce moment-là, et de ce moment-là seulement, qu'elle devint un Etat successeur de la RFSY et non le continuateur de celle-ci.

11. Curieusement, le fait que la RFY ait été admise à l'Organisation des Nations Unies en 2000 fut perçu comme clarifiant rétrospectivement le statut, jusque-là indéterminé, du défendeur vis-à-vis de l'Organisation, la conclusion retenue étant qu'il n'en a pas été membre, dans la période allant de 1992 à 2000. Il a également été soutenu que l'admission de la RFY avait «révélé» que celle-ci n'était pas membre de l'Organisation et avait balayé le postulat fondé sur l'existence d'une situation incertaine, ce qui ne permettait plus de faire abstraction de la question de l'accès de la RFY à la Cour. Rien n'est plus discutable. A première vue, la logique de l'argument semble imparable: si la RFY a été admise en qualité de nouveau Membre, c'est qu'elle n'était pas membre avant la date de son admission. Mais nous n'avons pas ici affaire à un Etat qui n'aurait jamais auparavant été membre de l'Organisation des Nations Unies. Bien au contraire, nous avons affaire à un Etat qui a, avec constance, soutenu qu'il était le continuateur d'un Membre originaire de l'Organisation, qui a dû renoncer à une prétention à assurer la continuité de la RFSY et a dû présenter une demande d'adhésion comme nouveau Membre, au titre d'Etat successeur. La distinction à établir n'est donc pas entre «nouveau

<sup>11</sup> Résolution 821 (1993) du Conseil de sécurité, 28 avril 1993, par. 1.

<sup>12</sup> Voir, par exemple, l'article IV de la déclaration conjointe du président de la République de Serbie et du président de la Bosnie-Herzégovine, indiquant que «[l]a Bosnie-Herzégovine accepte la continuité de l'Etat de la République fédérative de Yougoslavie», Nations Unies, doc. A/51/461-S/1996/830 (1996), 7 octobre 1996.

that the FRY was not a United Nations Member. Rather, the act of admission confirms that it had been an old member by way of continuity until it abandoned that claim and took on the status of a successor. Therefore the FRY was a continuator in 1992 to 2000 and a successor after its admission in 2000. Furthermore, to argue that the SFRY was extinguished in 1992 and that the FRY was a successor of the SFRY in 2000 without first being its continuator creates a legal void in the intervening period of eight years, which is absurd.

12. In the post-2000 period, the claim that the FRY was not a United Nations Member and therefore lacked access to the Court became pivotal in jurisdictional rounds and ploys aimed at undoing the Court's clearly-established jurisdiction in its 1996 Judgment on Preliminary Objections (in paragraph 34 of that Judgment, the Court indicated that it had jurisdiction *rationae personae*, *rationae materiae* and *rationae temporis*). Denying that the Respondent had been a United Nations Member in 1992 to 2000 was a necessary first step to the argument that it lacked "access" to the Court via that membership under Article 35, paragraph 1, of the Statute. Furthermore, this access was said to be independent from jurisdiction, even jurisdiction *rationae personae*, and, unlike it, was objective and could not be established simply because there was consent to jurisdiction but should always be ascertained, if need be, by the Court acting *proprio motu*. Thus, the modest idea of access (concerned primarily with granting access to States and denying it to non-States and ensuring equality for Members and non-Members) was elevated to heights that its drafters never imagined. In its latest incarnation, the concept of access could circumvent the principle of *res judicata* by either overturning it or by being outside the scope of the *res judicata* of the Court's jurisdiction in the 1996 Judgment on Preliminary Objections (CR 2006/45, 9 May 2006, pp. 10-18.). I shall revert to these issues of jurisdiction and access to propound the view that differences between them are greatly exaggerated. I shall first, however, give an overall description of the major developments that took place after 2000. In the Respondent's Application for revision of the Judgment of 11 July 1996 and its Initiative, both submitted to the Court in 2001, and the Court's 2004 *Legality of Use of Force* Judgments, the question of the FRY's access to the Court (including access under Article 35, paragraph 2, of the Statute) played a central role in jurisdictional arguments. Already in 2004, acting counsel for Belgium described how the *Legality of Use of Force* cases were being used by Serbia as "effectively . . . the fifth round in the jurisdictional contest of the *Genocide Convention* case which stretches back to 1993" (*Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, CR 2004/15, para. 10). When one adds to that two attempts by Serbian members of the Bosnian Presidium to discontinue the *Genocide Convention* case, and the latest round of jurisdictional arguments in 2006, that jurisdictional contest

Membre» et «non membre», mais plutôt entre «nouveau Membre» et «ancien Membre». Considéré sous cet angle, l'acte d'admission ne conduit pas à la conclusion que la RFY n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies. Au contraire, l'acte d'admission confirme qu'elle en était un ancien Membre par le jeu de la continuité, jusqu'à ce qu'elle ait renoncé à cette prétention et accepté le statut de successeur. La RFY fut donc le continuateur de la RFSY entre 1992 et 2000 et l'un de ses successeurs après son admission en 2000. De surcroît, l'affirmation selon laquelle la RFSY avait cessé d'exister en 1992, et que la RFY lui succéda en 2000 sans avoir auparavant assuré une continuité, crée un vide juridique dans cet intervalle de huit années, ce qui est absurde.

12. Dans la période faisant suite à 2000, la thèse selon laquelle la RFY n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies et ne pouvait, dès lors, accéder à la Cour a alors occupé une place centrale dans les phases de la procédure consacrées à la compétence et les stratagèmes visant à obtenir la remise en question de la compétence de la Cour, clairement établie par son arrêt de 1996 sur les exceptions préliminaires (au paragraphe 34 duquel la Cour se déclarait compétente *rationae personae*, *rationae materiae* et *rationae temporis*). Nier que le défendeur ait été Membre de l'Organisation entre 1992 et 2000 constituait une nécessaire première étape avant de pouvoir arguer qu'il n'avait pas «accès» à la Cour par la voie de la qualité de Membre au titre du paragraphe 1 de l'article 35 du Statut. En outre, cet accès était présenté comme indépendant de la question de la compétence, et même de la compétence *rationae personae*; à la différence de celle-ci, le droit d'ester serait une notion objective et ne pourrait être établi du seul fait qu'il y avait acceptation de la compétence, la Cour devant toujours, le cas échéant, s'assurer d'office qu'elle a compétence. Ainsi la modeste notion de l'accès (répondant essentiellement au besoin de donner accès aux Etats et de le dénier aux non-Etats, ainsi que d'assurer l'égalité entre Membres et non membres) fut-elle élevée à des sommets que ses auteurs n'avaient jamais imaginés. Dans sa dernière incarnation, la notion de l'accès pourrait permettre de contourner le principe de l'autorité de la chose jugée, soit parce qu'elle l'emporterait sur ce principe, soit parce qu'elle se trouverait hors du champ d'application de l'autorité de la chose jugée dont est revêtu, à l'égard de la compétence de la Cour, l'arrêt de 1996 sur les exceptions préliminaires (CR 2006/45, p. 10-18). Je reviendrai sur ces questions de compétence et d'accès à la Cour pour développer l'idée que les distinctions établies entre elles sont largement exagérées. Je commencerai, cependant, par un exposé général des principaux faits survenus après 2000. Dans la demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996 et l'Initiative, soumises l'une et l'autre par le défendeur en 2001, et dans les arrêts rendus en 2004 sur la *Licéité de l'emploi de la force*, la question de l'accès de la RFY à la Cour (y compris au titre du paragraphe 2 de l'article 35 du Statut) occupait une place centrale dans les arguments relatifs à la compétence. En 2004 déjà, le conseil de la Belgique décrivait la manière dont la Serbie utilisait les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force* de «fait [comme] la cinquième

reached eight rounds — which is unprecedented in the history of this Court or of its Predecessor.

1. *The Application for Revision Judgment (2003) and the Legality of Use of Force Judgments (2004)*

13. In its Application for revision, the Respondent had not based its request strictly on new facts as required by Article 61 of the Statute but on the legal consequences relating to its United Nations membership flowing from facts already known to the parties at the time of the 1996 Judgment. This being the case, the Court dismissed the request because the alleged new facts were not new. There was no need, therefore, for the Court to decide on the question of the Respondent's United Nations membership. The Court stated that the General Assembly resolution on admission:

“cannot have changed retroactively the *sui generis* position which the FRY found itself in vis-à-vis the United Nations over the period 1992-2000 or its position in relation to the Statute of the Court and the Genocide Convention” (*Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, Preliminary Objections (*Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina*), *Judgment, I.C.J. Reports 2003*, p. 31, para 71).

14. By contrast, in the *Legality of Use of Force* cases, the caution that had for better or worse always characterized the Court's approach to the issue of Yugoslavia's membership was thrown to the wind. Free from the constraints of *res judicata*, the majority found in those closely related cases an escape route which was used notwithstanding the impact that this would have on the present case. As stated in Judge Higgins's separate opinion: “Its relevance can lie, and only lie, in another pending case.” (*Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004*, p. 487, para. 18, separate opinion of Judge Higgins.)

15. Be that as it may, what interests us more for the present is the

manche du tournoi sur la compétence en l'affaire de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, qui remonte à 1993» (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, CR 2004/15, par. 10). Si l'on ajoute à cela les deux tentatives de désistement par des membres serbes de la présidence bosniaque de l'affaire de la *Convention sur le génocide* et le dernier tour de plaidoiries consacré à la compétence en 2006, ce sont huit «manches» qu'aura comptées ce tournoi sur la compétence — ce qui est sans précédent dans l'histoire de la Cour ou de sa devancière.

1. *L'arrêt de 2003 sur la Demande en revision et les arrêts de 2004 sur la Licéité de l'emploi de la force*

13. Dans sa demande en revision, le défendeur n'avait pas à proprement parler fondé sa demande sur des faits nouveaux, ainsi que le requiert l'article 61 du Statut, mais sur les conséquences juridiques découlant de sa qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies, telles qu'elles résultaient de faits déjà connus des Parties au moment où l'arrêt de 1996 a été rendu. Cela étant, la Cour a rejeté la demande parce que les prétendus faits nouveaux ne l'étaient pas. Il n'était pas besoin, par conséquent, pour la Cour de se prononcer sur la question de l'appartenance du défendeur à l'Organisation des Nations Unies. La Cour a dit que la résolution de l'Assemblée générale sur l'admission

«ne [pouvait] avoir rétroactivement modifié la situation *sui generis* dans laquelle se trouvait la RFY vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies pendant la période 1992-2000, ni sa situation à l'égard du Statut de la Cour et de la convention sur le génocide» (*Demande en revision de l'arrêt du 11 juillet 1996 en l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires (*Yougoslavie c. Bosnie-Herzégovine*), arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 31, par. 71).

14. En revanche, dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, la prudence qui avait toujours caractérisé, pour le meilleur ou pour le pire, la démarche suivie par la Cour sur la question de la qualité de Membre de la Yougoslavie a été emportée par le vent. Débarrassée des contraintes qu'impose l'autorité de la chose jugée, la majorité a trouvé une échappatoire dans ces affaires étroitement liées, sans tenir compte de l'incidence que cela aurait sur la présente espèce. M<sup>me</sup> le juge Higgins a dit dans son opinion individuelle à propos de l'analyse à laquelle a procédé la Cour: «Elle ne peut présenter d'intérêt, et c'est le seul cas possible, qu'à l'égard d'une autre affaire pendante.» (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 487, par. 18, opinion individuelle de M<sup>me</sup> le juge Higgins.)

15. Quoi qu'il en soit, ce qui importe le plus ici, c'est le raisonnement

reasoning followed in the *Legality of Use of Force* Judgments. The Court started by noting — correctly — that the aforementioned passage in the *Application for Revision* Judgment did not imply any decision on the status of the FRY within the United Nations before 2000. The Court went on to say that the fact of admission brought to an end the *sui generis* position of FRY membership — which is also correct for the future. But the Court went further and sought to derive new legal consequences — for the past — namely lack of United Nations membership between 1992 and 2000 from the fact of the FRY's admission whereas in the 2003 *Application for Revision* Judgment, the Court had found it impossible to derive, from the same fact, any consequences for the past<sup>13</sup>. The only basis for doing so was the observation that the term *sui generis* is a descriptive and not a prescriptive term. But this is hardly evidence or argument for nothing turns on that observation. As the joint declaration in the *Legality of Use of Force* cases observes, the proposition that the FRY's United Nations membership was retroactively clarified is “far from self-evident and we cannot trace the steps of the reasoning” (*Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004*, p. 334, para. 12, joint declaration of Vice-President Ranjeva, Judges Guillaume, Higgins, Kooijmans, Al-Khasawneh, Buergenthal and Elaraby). This, with great respect, is one of the reasons why the Court's logic in the *Legality of Use of Force* Judgments does not perhaps represent the zenith of legal reasoning. This is so in addition of course to its negative and regrettable impact on the broad consistency of the Court's jurisprudence.

16. Our present Judgment considers the 2003 *Application for Revision* Judgment and the 2004 *Legality of Use of Force* Judgments in paragraphs 105-113 under the heading “Relevant Past Decisions of the Court”, but fails to address the contradiction between its inability to draw findings as to FRY United Nations membership in its 2003 Judgment, and its drawing conclusions from the same facts in its 2004 Judgment.

17. Apart from access via United Nations membership (Statute, Art. 35, para. 1) non-Members may, as is well known, have access to the

<sup>13</sup> See Maria Chiara Vitucci, “Has Pandora's Box Been Closed?: The Decision on the *Legality of Use of Force* Cases in Relation to the Status of the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) within the United Nations”, *Leiden Journal of International Law*, 2006, Vol. 19, p. 114.

sui dans les arrêts rendus en les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*. La Cour a commencé par relever — à juste titre — que le passage cité ci-dessus de l'arrêt sur la *Demande en revision* n'emportait aucune décision sur le statut de la RFY vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies avant 2000. Elle a poursuivi en disant que l'admission en tant que fait avait mis un terme — ce qui était également vrai — à la situation *sui generis* de la qualité de Membre de la RFY pour le futur. Mais la Cour est allée plus loin et a cherché à tirer de nouvelles conséquences juridiques — pour le passé —, à savoir le défaut de qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies entre 1992 et 2000 à raison de l'admission intervenue par la suite, alors que, dans l'arrêt rendu en 2003 sur la *Demande en revision*, elle avait dit qu'il était impossible de déduire du même fait quelque conséquence que ce soit pour le passé<sup>13</sup>. Le seul motif avancé se résume à l'observation selon laquelle l'expression *sui generis* est descriptive et non prescriptive. Cependant cette observation ne constitue guère une preuve ni un argument. Comme l'ont dit les juges qui ont joint une déclaration commune aux arrêts rendus dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, la proposition selon laquelle la qualité de Membre de la RFY au sein de l'Organisation des Nations Unies a été clarifiée rétroactivement est «loin d'être évidente et nous n'avons pu identifier les étapes de raisonnement adopté» (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004*, p. 334, par. 12, déclaration commune de M. le juge Ranjeva, vice-président, et de M. le juge Guillaume, de M<sup>me</sup> le juge Higgins, et de MM. les juges Kooijmans, Al-Khasawneh, Buergenthal et Elaraby). Avec tout le respect que je dois à la Cour, il s'agit-là d'une des raisons pour lesquelles la logique suivie par la Cour dans les arrêts sur la *Licéité de l'emploi de la force* ne représente probablement pas le summum du raisonnement juridique. Cela s'ajoute bien entendu à l'incidence fâcheuse et regrettable dudit raisonnement sur la cohérence générale de la jurisprudence de la Cour.

16. Dans le présent arrêt, aux paragraphes 105 à 113, sous l'intitulé «Décisions pertinentes passées de la Cour», celle-ci se penche sur l'arrêt rendu en 2003 en l'affaire de la *Demande en revision* et sur les arrêts rendus en 2004 dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, mais ne dit rien de la contradiction qui existe entre l'incapacité dans laquelle elle se trouvait de se prononcer dans son arrêt de 2003 sur l'appartenance de la RFY à l'Organisation des Nations Unies et les conclusions qu'elle a tirées des mêmes faits dans l'arrêt rendu en 2004.

17. S'ils ne peuvent avoir accès à la Cour par la voie de la qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies (Statut, art. 35, par. 1), les

<sup>13</sup> Voir Maria Chiara Vitucci, «Has Pandora's Box Been Closed?: The Decision on the *Legality of Use of Force* Cases in Relation to the Status of the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) within the United Nations», *Leiden Journal of International Law*, 2006, vol. 19, p. 114.

Court under Article 35, paragraph 2. The crucial question in the second route is whether the term “treaties in force” is to be interpreted to mean those treaties in force at the time of the institution of proceedings (the liberal interpretation) or those that were already in force when the ICJ Statute itself had come into force (the narrow interpretation).

18. It will be recalled that, in its Order of 8 April 1993, the Court opted for the liberal interpretation. It did so expressly in paragraph 19 of that Order. Indeed, given that it did not find the need to pronounce definitively on FRY membership in the United Nations, the liberal interpretation of Article 35, paragraph 2, of the Statute, was the sole or main ground for its provisional jurisdiction. Though not definitive, this finding carries considerable weight and should not have been lightly reversed. Moreover, this assumption was, by necessary logic, at the heart of the Court’s finding in the 1996 Judgment on Preliminary Objections that it had jurisdiction. Yet the 2004 *Legality of Use of Force* Judgments did not hesitate to unnecessarily reverse it. The same seven judges appending a joint declaration to that Judgment felt it

“astonishing that the Court found it necessary to rule on the scope of Article 35, paragraph 2, whereas the Applicant did not invoke this text” (*Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium) Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004*, p. 333, para. 11, joint declaration of Vice-President Ranjeva, Judges Guillaume, Higgins, Kooijmans, Al-Khasawneh, Buergenthal and Elaraby).

19. But beyond this, the reasoning followed by the Court in the 2004 *Legality of Use of Force* Judgments leads to the collapse of the unity of purpose of Articles 35, 36 and 37 of the Statute — for in Articles 35 and 36 the term “treaties in force” indisputably means in force at the time of the institution of proceedings. No justification for such a result is offered.

20. The Court’s conclusion in the *Legality of Use of Force* Judgment is based mainly on the *travaux préparatoires* of Article 35, paragraph 2, of the Statute of the Permanent Court, its own Statute’s *travaux préparatoires* yielding no firm conclusions. All that need be said in this regard is that the conclusion of the Court is at best possible but not conclusive.

21. Moreover, it is disconcerting that whilst the Court was more than ready to delve into the *travaux préparatoires* of a bygone era and draw conclusions by analogy (though such analogy is open to doubts given that there were no general peace treaties after the Second World War), there is no reference to the much more relevant fact that the FRY,

Etats non membres peuvent, comme cela est bien connu, avoir accès à la Cour en vertu du paragraphe 2 de l'article 35. La question cruciale qui se pose, s'agissant de la seconde voie, est celle de savoir si l'expression «traités en vigueur» est à interpréter comme signifiant les traités en vigueur au moment de l'introduction de l'instance (interprétation libérale) ou ceux qui l'étaient déjà lorsque le Statut de la Cour internationale de Justice est lui-même entré en vigueur (interprétation restrictive).

18. Il convient de rappeler que dans son ordonnance du 8 avril 1993 la Cour a opté pour l'interprétation libérale. Elle a expressément agi ainsi au paragraphe 19 de l'ordonnance. En vérité, du fait qu'elle n'a pas jugé nécessaire de se prononcer de manière définitive sur l'appartenance de la RFY à l'Organisation des Nations Unies, l'interprétation libérale du paragraphe 2 de l'article 35 du Statut était la seule ou la principale base de sa compétence provisoire. Même si cette conclusion n'était pas définitive, elle revêt un poids considérable et n'aurait pas dû être infirmée à la légère. De plus, cette hypothèse était, par nécessité logique, au cœur même de la conclusion tirée par la Cour dans son arrêt de 1996 sur les exceptions préliminaires, selon laquelle elle avait compétence. La Cour n'a cependant pas hésité, dans les arrêts de 2004 sur la *Licéité de l'emploi de la force*, à infirmer sans nécessité cette conclusion. Les mêmes sept juges qui ont joint une déclaration commune audit arrêt se sont étonnés que

«la Cour ait cru nécessaire de se prononcer sur la portée du paragraphe 2 de l'article 35 alors que l'Etat demandeur ne se prévalait pas de ce texte» (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 333, par. 11, déclaration commune de M. le juge Ranjeva, vice-président, de M. le juge Guillaume, de M<sup>me</sup> le juge Higgins, et de MM. les juges Kooijmans, Al-Khasawneh, Buergenthal et Elaraby).

19. Mais il y a plus: le raisonnement suivi par la Cour dans les arrêts de 2004 sur la *Licéité de l'emploi de la force* a pour conséquence de ruiner l'unité d'intention que traduisent les articles 35, 36 et 37 du Statut, étant donné que dans les articles 35 et 36 l'expression «traités en vigueur» signifie incontestablement les traités en vigueur au moment de l'introduction de l'instance. Aucune justification n'est donnée concernant pareil résultat.

20. La conclusion à laquelle la Cour est parvenue dans les arrêts sur la *Licéité de l'emploi de la force* est fondée principalement sur les travaux préparatoires du paragraphe 2 de l'article 35 du Statut de la Cour permanente, les travaux préparatoires de son propre Statut ne permettant pas de prendre fermement position. Tout ce qu'il y a lieu de dire à cet égard, c'est que la conclusion de la Cour est, au mieux, du domaine du possible, mais qu'elle n'est pas décisive.

21. En outre, il est déconcertant de voir que, alors que la Cour était plus que disposée à fouiller dans des travaux préparatoires datant d'une ère révolue et à tirer des conclusions par analogie (bien que pareille analogie soit discutable, puisqu'il n'y pas eu de traités de paix généraux après la seconde guerre mondiale), elle ne fait aucune mention du fait beaucoup plus

whether or not a Member of the United Nations, was a party to the Genocide Convention. The FRY's 27 April 1992 declaration accepting the SFRY treaty obligations amounts to its acceptance of the Genocide Convention obligations. In this respect, reference should be made to the fact that the United Nations Office of Legal Affairs considers that General Assembly resolution 43/138 (1988) amounts to a general invitation to non-Members to become a party to the Genocide Convention<sup>14</sup>. The Democratic People's Republic of Korea's instrument of accession to the Genocide Convention was accepted on 31 January 1989 (more than two years before it became a United Nations Member) on this basis. No special invitation to become a party to the Genocide Convention was addressed to the DPRK by the General Assembly. In other words, given the FRY's express acceptance of the obligations set forth in the Genocide Convention in 1992, neither its purported non-Member status nor the failure of the General Assembly to specifically invite the FRY to become a party acts as a bar to finding that the FRY was a party to the Genocide Convention at the time it filed the Application.

## *2. The Initiative*

22. The Court's Statute admits of only two ways for States unhappy with its judgments to deal with them: revision under Article 61 with all the attendant limitations and conditions wisely designed to safeguard the stability and integrity of judgments and/or a request for interpretation under Article 60 which can only explain but not change that which the Court has already settled with binding force.

23. The Respondent sought revision unsuccessfully in 2003 and could have sought interpretation — indeed the nature of its claims regarding the meaning of jurisdiction and access would lend themselves to resolution through such a request. Instead, simultaneously with its 2001 Application for revision, the Respondent presented an "Initiative" to the Court to reconsider its jurisdiction *ex officio*. Curiously, the reasoning and contents of the Initiative were virtually identical with the Application for revision. While the Court rejected the Application for revision on 3 February 2003, the same Court, some four months later, invited the Respondent to present new jurisdictional arguments at the merits phase. (Letter from the Registrar to the Respondent dated 12 June 2003.) This, notwithstanding that the Court itself had some seven years earlier satisfied itself that: "having established its jurisdiction under Article IX of the

---

<sup>14</sup> Paragraph 5 of General Assembly resolution 43/138 (8 December 1988) urges those States which have not yet become parties to the Convention to ratify it or accede thereto without further delay.

pertinent que la RFY, qu'elle fût ou non Membre de l'Organisation des Nations Unies, était partie à la convention sur le génocide. La déclaration du 27 avril 1992 par laquelle la RFY acceptait les obligations conventionnelles de la RFSY équivaut à une acceptation des obligations découlant de la convention sur le génocide. A cet égard, mention aurait dû être faite de ce que le bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies considère que la résolution 43/138 (1988) de l'Assemblée générale équivaut à une invitation générale adressée aux Etats non membres à devenir parties à la convention sur le génocide<sup>14</sup>. L'instrument d'adhésion de la République populaire démocratique de Corée à la convention sur le génocide a été acceptée le 31 janvier 1989 sur cette base (plus de deux années avant que ce pays ne devienne Membre de l'Organisation des Nations Unies). Aucune invitation particulière à devenir partie à la convention sur le génocide n'avait été adressée par l'Assemblée générale à la République populaire démocratique de Corée. En d'autres termes, compte tenu de l'acceptation expresse par la RFY en 1992 des obligations énoncées dans la convention sur le génocide, ni son prétendu statut de non-membre, ni le fait que l'Assemblée générale n'ait pas invité de manière spécifique la RFY à devenir partie à la convention n'empêche de conclure que la RFY était partie à la convention sur le génocide au moment où elle a déposé sa requête.

## 2. *L'Initiative*

22. Le Statut de la Cour n'autorise les Etats qui ne sont pas satisfaits de ses arrêts à revenir sur lesdits arrêts que de deux manières: la revision en vertu de l'article 61, avec toutes les limitations et conditions dont elle est assortie et qui ont été conçues avec beaucoup de sagesse pour protéger la stabilité et l'intégrité des arrêts et/ou une demande en interprétation en vertu de l'article 60, qui ne peut consister qu'en une explication, mais non en une modification, de ce que la Cour a déjà tranché avec force obligatoire.

23. Le demandeur a cherché à obtenir, sans succès, une revision en 2003 et aurait pu demander une interprétation — de fait, la nature de ses demandes concernant la signification de la compétence et de l'accès se prêterait à une telle requête. Au lieu de cela, outre sa demande en revision de 2001, le demandeur a présenté une « Initiative » à la Cour aux fins d'un réexamen d'office par celle-ci de sa compétence. Curieusement, le raisonnement suivi dans l'Initiative et la teneur de ce document étaient pratiquement identiques à ceux de la demande en revision. La Cour a rejeté la demande en revision le 3 février 2003 et la même Cour, quelque quatre mois plus tard, a invité le défendeur à présenter à la phase au fond de nouveaux arguments relatifs à la compétence. (Lettre en date du 12 juin 2003 adressée au défendeur par le greffier.) Cela, nonobstant le fait que la Cour elle-même avait, quelque sept ans auparavant, conclu que, « [a]yant

<sup>14</sup> Le paragraphe 5 de la résolution 43/138 (8 décembre 1988) de l'Assemblée générale prie instamment les Etats qui ne sont pas encore parties à la convention de ratifier celle-ci ou d'y adhérer sans plus tarder.

Genocide Convention. . . it may now proceed to consider the merits of the case on that basis” (*Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*), p. 622, para. 46).

24. It is plain that the “Initiative” was irregular and had no place under the Statute of the Court, not because the Court could not make mistakes or refuse to rectify them, but because its Statute struck the right compromise between the fallibility of men and courts on the one hand and the need to safeguard the reasonable and legitimate expectations regarding the integrity and stability of its judgments on the other. That compromise was struck, as already mentioned, by allowing for the possibility of seeking interpretation and/or revision. It is of course true that “[t]he Court must however always be satisfied that it has jurisdiction. . .” (*Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan), Judgment, I.C.J. Reports 1972*, p. 52, para. 13). But, that satisfaction, no doubt motivated by a need to be meticulous in dispensing justice, must be achieved in an orderly and timely manner. Once the Court has satisfied itself that it has jurisdiction, it should move on to consider the merits — which was exactly what the Court said in 1996.

25. The serious misgivings I have, in principle, about the irregular “Initiative” are reinforced by the fact that there is nothing in the Court’s jurisprudence to support the proposition that jurisdictional issues that have been decided with the force of *res judicata* may be reopened. Thus, in the *ICAO Council* case, there was no separate preliminary objections phase, nor any question of “re-examining” what had already been decided. In that case, Pakistan simply raised an objection very late in the oral proceedings after it had exhausted its ability to raise preliminary objections. The decision on jurisdiction, which was made under the Court’s general powers, did not amount to re-examining jurisdiction because it had never been previously examined.

26. Similarly, in another case cited by the proponents of the objective access theory: *South West Africa (Ethiopia v. South Africa), Second Phase*, the Court found that the standing of the Applicant before the Court itself, i.e., the *locus standi ratione personae*, which had been the subject of the Court’s decision in 1962 *could not be reopened*, but that the Applicant’s standing regarding the subject-matter of the case and therefore the merits *could be reopened*. In other words the Court avoided reopening what had been decided<sup>15</sup>.

27. This conclusion is not weakened by the claim, in fact made by the

<sup>15</sup> For an analysis of other cases supporting the proposition that decided jurisdictional matters may not be reopened see in particular paragraphs 127-128 of the Judgment.

établi sa compétence en vertu de l'article IX de la convention sur le génocide, ... la Cour p[ouvait] désormais procéder à l'examen du fond de l'affaire sur cette base» (*exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*), p. 622, par. 46).

24. Il est évident que l'«Initiative» était irrégulière et que sa présentation n'est pas prévue dans le Statut de la Cour, non que celle-ci ne pourrait commettre d'erreurs ou refuser de les rectifier, mais parce que son Statut a ménagé le bon compromis entre la faillibilité des hommes et des cours de justice, d'une part, et la nécessité de répondre aux attentes raisonnables et légitimes concernant l'intégrité et la stabilité des arrêts, de l'autre. Ce compromis repose, ainsi qu'il a déjà été mentionné, sur la possibilité de demander une interprétation et/ou une révision. Il est bien entendu vrai que «[l]a Cour doit toujours s'assurer qu'elle a compétence...» (*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI (Inde c. Pakistan), arrêt, C.I.J. Recueil 1972*, p. 52, par. 13). Mais, même si, indubitablement, il faut agir de la sorte et de manière méticuleuse pour rendre la justice, il n'en reste pas moins que l'on doit parvenir à ce résultat de façon ordonnée et opportune. Dès lors que la Cour s'est assurée qu'elle a compétence, elle doit passer à l'examen de l'affaire au fond, ce qui est précisément ce que la Cour avait dit en 1996.

25. Les sérieux doutes que j'éprouve par principe, quant au caractère irrégulier de l'«Initiative», sont renforcés par le fait que rien dans la jurisprudence de la Cour ne vient à l'appui de la proposition suivant laquelle les questions de compétence sur lesquelles a été rendue une décision ayant la force de la chose jugée peuvent être rouvertes. Ainsi, dans l'affaire du *Conseil de l'OACI*, il n'y a pas eu de phase distincte consacrée aux exceptions préliminaires, pas plus qu'il n'a été question de «réexaminer» ce qui avait déjà été tranché. En ladite affaire, le Pakistan avait simplement soulevé une exception très tardive à l'audience, alors qu'il n'était plus habilité à soulever des exceptions préliminaires. La décision sur la compétence, que la Cour avait rendue en vertu des pouvoirs généraux qui lui sont conférés, n'équivalait pas à un réexamen de sa compétence, parce que celle-ci n'avait jamais encore fait l'objet d'un examen.

26. De même, dans une autre affaire citée par les tenants de la théorie de l'accès objectif, celle du *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud), deuxième phase*, la Cour a dit que la question de la qualité du demandeur pour ester devant elle, à savoir le *locus standi ratione personae*, qui avait été l'objet de la décision de 1962, ne pouvait être rouverte, mais que la question de la qualité du demandeur à l'égard de l'objet de l'affaire, et par conséquent le fond de celle-ci, pouvait l'être. En d'autres termes, la Cour a évité de rouvrir ce qui avait déjà été tranché<sup>15</sup>.

27. Cette conclusion n'est pas affaiblie par l'affirmation — émanant en

<sup>15</sup> Pour une analyse des autres affaires qui viennent à l'appui de la proposition suivant laquelle les questions de compétence déjà tranchées ne peuvent pas être rouvertes, voir en particulier les paragraphes 127 et 128 de l'arrêt.

Respondent, that it was making a new jurisdictional argument. One would expect any respondent in the same position to claim that it was not repeating old arguments. Again, if those new arguments are about crucial unknown facts, the Court's Statute designates a procedure to deal with them; if there is obscurity in the Judgment, interpretation under Article 60 of the Court's Statute can cure it.

28. This being the case, it was curious and, with great respect to my colleagues, regrettable, that the Court should have acceded — in an unprecedented move — to the Respondent's irregular request to present additional jurisdictional arguments at the merits phase. By doing so, the Court contributed to a further delay in justice regarding something so shocking to decent people as allegations of genocide. Moreover, the mis-conceived idea of allowing the Respondent to make new jurisdictional arguments at the merits phase, after jurisdiction had been decided with the force of *res judicata* has, together with its 2004 *Legality of Use of Force* Judgments, contributed to confusion and contradictions between its different cases and indeed the different phases in the present case with the result that, with the contagion spreading, and those contradictions being quoted back at the Court, the only thing the present Judgment could do was to take refuge in the formalism of *res judicata*, paragraphs 129-138 being a case in point.

29. Before ending this part on jurisdiction, I should say a few words about the concept of "access". I believe that the most important application of this concept is with regard to the lack of capacity of non-State actors and unrecognized entities to appear before the Court. This is of course to be expected in an international community made up of States. The debates in the Security Council and the General Assembly regarding non-Member States becoming parties to the Court's Statute centred on the requirement that the relevant entity be a State<sup>16</sup> — and not on the conditions for participation in the Statute. Apart from the need to ensure equality for the parties before the Court, I fail to see that the distinction between access and jurisdiction entails any significant consequences. Thus, a court is required to ascertain its jurisdiction independently of the consent of the parties, for example when one party does not appear. Moreover, it is not insignificant that while the Respondent was arguing in terms of lack of access, its submission was made in terms of lack of jurisdiction. A contextual approach based on common sense rather than dialectic reasoning should be the guiding criterion in these matters.

<sup>16</sup> Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, Vol. II, p. 599.

fait du défendeur — selon laquelle celui-ci avançait un nouvel argument d'ordre juridictionnel. L'on pourrait s'attendre à voir tout défendeur se trouvant dans la même situation affirmer qu'il ne répète pas des arguments déjà avancés. Là aussi, si ces nouveaux arguments portaient sur des faits inconnus d'importance cruciale, le Statut de la Cour prévoit une procédure pour en traiter; lorsqu'il y a obscurité dans l'arrêt, l'interprétation prévue à l'article 60 du Statut de la Cour peut permettre d'y remédier.

28. Cela étant, il est curieux et, avec tout le respect que je dois à mes collègues, regrettable de voir la Cour accéder — dans une démarche sans précédent — à la requête irrégulière du demandeur tendant à présenter des arguments d'ordre juridictionnel supplémentaires à la phase du fond. En agissant de la sorte, la Cour a contribué à retarder davantage la justice au sujet d'une chose aussi atroce aux yeux des personnes raisonnables que des allégations de génocide. En outre, l'idée erronée consistant à permettre au défendeur de présenter de nouveaux arguments d'ordre juridictionnel à la phase du fond, alors que la question de la compétence avait déjà été tranchée avec la force de la chose jugée par les arrêts rendus en 2004 dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, a contribué à aggraver la confusion et à créer une contradiction entre ces différentes affaires et, de fait, entre les différentes phases de la présente affaire; le résultat en est que, la contagion aidant et lesdites contradictions étant citées de nouveau à la Cour, la seule chose qui pouvait être faite dans le présent arrêt a été de chercher refuge dans le formalisme de la chose jugée, les paragraphes 129 à 138 étant un exemple à cet égard.

29. Avant d'en terminer avec cette partie sur la compétence, je dirai quelques mots sur la notion de l'«accès». Je pense que l'application la plus importante de cette notion a trait au fait que les acteurs non étatiques et les entités non reconnues ne sont pas admis à ester devant la Cour. Cela n'est, bien évidemment, guère étonnant dans une communauté internationale composée d'Etats. Les débats au Conseil de sécurité et à l'Assemblée générale sur la possibilité pour des Etats non membres de devenir parties au Statut de la Cour ont été centrés sur l'exigence que l'entité compétente soit un Etat<sup>16</sup> — et non sur les conditions de la participation au Statut. Hormis la nécessité d'assurer une égalité entre les parties admises à ester devant la Cour, je ne parviens pas à déceler de conséquence significative dans la distinction entre accès et compétence. Ainsi un tribunal est-il dans l'obligation de s'assurer qu'il a compétence, cela indépendamment du consentement des parties, par exemple lorsqu'une des parties ne comparait pas devant lui. De surcroît, il n'est pas indifférent de noter que, alors qu'il formulait des arguments relatifs au défaut d'accès, le défendeur plaidait dans ses conclusions le défaut de compétence. Tenir compte du contexte et s'appuyer sur le bon sens plutôt que sur un raisonnement dialectique devrait être la marche à suivre en ces matières.

<sup>16</sup> Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, vol. II, p. 599.

## II. MERITS

30. I am of the opinion that the involvement or implication of the FRY in the genocide that took place in Bosnia and Herzegovina in the 1990s was both more serious in nature and more extensive in territorial scope than the mere failure to prevent genocide in Srebrenica conveys.

31. This implies that the charge that genocide took place also in other parts of Bosnia and Herzegovina and that the FRY was responsible not only for its failure to prevent genocide but for being actively involved in it either as a principal or alternatively as an accomplice or by way of conspiracy or incitement would in all probability have been proven had the Court not adopted the methodology discussed below.

32. It implies also that the fact of FRY responsibility for genocide in Srebrenica was proven to a satisfactory standard.

33. In stating this, I am not oblivious to the fact that the ICTY has not, so far, established that the crime of genocide or the other ancillary crimes enumerated in the Genocide Convention have taken place in Bosnia and Herzegovina (apart from Srebrenica) and consequently that genocide is more difficult, though not impossible, to prove. Neither am I unaware that additional difficulties in this regard stem from the elusiveness of the elements of genocidal intent *dolus specialis* and from the need to apply high standards of proof given the gravity of the charge of genocide.

34. I believe, however, that the Court could have found genocide and FRY responsibility therefor had it followed a different methodology without of course in any way detracting from the high standard of proof or the rigour of its reasoning.

35. *In the first place*, the Court was alerted by the Applicant to the existence of “redacted” sections of documents of the Supreme Defence Council of the Respondent. Regrettably, the Court failed to act although, under Article 49 of its Statute, it has the power to do so. It is a reasonable expectation that those documents would have shed light on the central questions of intent and attributability. The reasoning given by the Court in paragraph 206 of the Judgment, “[o]n this matter, the Court observes that the Applicant has extensive documentation and other evidence available to it, especially from the readily accessible ICTY records. . .”, is worse than its failure to act. To add to this, at the end of paragraph 206, the Court states:

“Although the Court has not agreed to either of the Applicant’s requests to be provided with unedited copies of the documents, *it*

## II. FOND

30. Mon opinion est que la participation de la RFY au génocide commis en Bosnie-Herzégovine dans les années quatre-vingt-dix et son implication dans ce génocide étaient à la fois plus graves par leur nature et plus étendues d'un point de vue territorial que le simple manquement à l'obligation de prévenir le génocide à Srebrenica.

31. Cela signifie que l'accusation selon laquelle il y a eu génocide dans d'autres parties de la Bosnie-Herzégovine et que la responsabilité de la RFY était engagée non seulement pour son manquement à l'obligation de prévenir le génocide mais aussi pour y avoir pris une part active, soit en tant qu'auteur principal, soit, à titre subsidiaire, en tant que complice, en s'entendant avec d'autres pour commettre le génocide, ou encore en incitant à la commission du génocide, aurait en toute probabilité été prouvée, si la Cour n'avait pas adopté la méthode exposée ci-dessous.

32. Cela signifie également que la responsabilité de la RFY dans le génocide commis à Srebrenica a été prouvée de manière satisfaisante.

33. En disant cela, je n'oublie pas le fait que le TPIY n'a, jusqu'ici, pas établi que le crime de génocide ou les autres crimes connexes énumérés dans la convention sur le génocide ont été commis en Bosnie-Herzégovine (ailleurs qu'à Srebrenica) et que, par conséquent, il est plus difficile, même si ce n'est pas impossible, de prouver qu'il y a eu génocide. Je ne suis pas non plus sans savoir qu'une difficulté supplémentaire à cet égard tient au caractère vague des éléments relatifs à l'intention *dolus specialis* de génocide et à la nécessité d'appliquer des critères d'établissement de la preuve plus stricts, compte tenu de la gravité de l'accusation de génocide.

34. Je pense, toutefois, que la Cour aurait pu conclure au génocide et à la responsabilité de la RFY par conséquent, eût-elle suivi une méthode différente, sans bien entendu renoncer au niveau élevé de preuve ni à la rigueur du raisonnement requis.

35. *Tout d'abord*, le demandeur a appelé l'attention de la Cour sur l'existence de parties «occultées» dans des documents du Conseil supérieur de la défense de la RFY. La Cour, et c'est regrettable, n'a pas agi, bien que, en vertu de l'article 49 de son Statut, elle dispose du pouvoir de le faire. L'on peut s'attendre raisonnablement à ce que lesdits documents eussent jeté une lumière sur les questions centrales de l'intention et de l'imputabilité. Le raisonnement développé par la Cour au paragraphe 206 de l'arrêt, à savoir que, «[à] cet égard, la Cour relève que le demandeur dispose d'abondants documents et autres éléments de preuve provenant notamment des dossiers facilement accessibles du TPIY...», est pis encore que son inaction. S'ajoute à cela ce que dit la Cour à la fin du paragraphe 206:

«Bien que la Cour n'ait fait droit à aucune de ces demandes tendant à l'obtention de copies non occultées des documents, *elle n'a pas*

*has not failed to note the Applicant's suggestion that the Court may be free to draw its own conclusions.*" (Emphasis added.)

It should be observed that Article 49 of the Statute provides that "formal note should be taken of any refusal" and not of the Applicant's suggestion. In addition to this completely unbalanced statement that does not meet the requirement of Article 49, no conclusions whatsoever were drawn from noting the Respondent's refusal to divulge the contents of the unedited documents. It would normally be expected that the consequences of the note taken by the Court would be to shift the *onus probandi* or to allow a more liberal recourse to inference as the Court's past practice and considerations of common sense and fairness would all demand. This was expressed very clearly by the Court in its *Corfu Channel* Judgment:

"On the other hand, the fact of this exclusive territorial control exercised by a State within its frontiers has a bearing upon the methods of proof available to establish the knowledge of that State as to such events. By reason of this exclusive control, the other State, the victim of a breach of international law, is often unable to furnish direct proof of facts giving rise to responsibility. Such a State should be allowed a more liberal recourse to inferences of fact and circumstantial evidence. This indirect evidence is admitted in all systems of law, and its use is recognized by international decisions. It must be regarded as of special weight when it is based on a series of facts linked together and leading logically to a single conclusion." (*Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 18.)

36. *Secondly*, the Court applied the effective-control test to a situation different from that presented in the *Nicaragua* case. In the present case, there was a unity of goals, unity of ethnicity and a common ideology, such that effective control over non-State actors would not be necessary. In applying the effective control test, the Court followed Article 8 of the International Law Commission Articles on State Responsibility (Judgment, paras. 402-407).

37. However, with great respect to the majority, a strong case can be made for the proposition that the test of control is a variable one. It would be recalled that some ILC members drew attention to the fact of there being varying degrees of sufficient control required in specific legal contexts<sup>17</sup>. The ICTY Appeals Chamber decision in the *Tadić* case, as

<sup>17</sup> Report of the International Law Commission on the Work of its Fiftieth Session, United Nations, *Official Records of the General Assembly, Fifty-third Session, Supplement No. 10*, United Nations doc. A/53/10 and Corr.1, para. 395.

*manqué de noter l'argument du demandeur selon lequel elle était libre d'en tirer ses propres conclusions.»* (Les italiques sont de moi.)

Il convient de relever que l'article 49 du Statut dispose que, «en cas de refus, elle [la Cour] en prend acte» et qu'il ne s'agit pas de prendre acte de ce que le demandeur donne à entendre. Outre cette déclaration totalement déséquilibrée qui ne satisfait pas aux prescriptions de l'article 49, il y a le fait qu'aucune conclusion, quelle qu'elle soit, n'a été tirée après que la Cour eut noté le refus du défendeur de divulguer le contenu des documents occultés. L'on pourrait normalement s'attendre à ce que les conséquences de ce que la Cour a relevé eussent été de renverser l'*onus probandi* ou de recourir de manière plus libérale à des présomptions comme l'exigeraient à la fois la pratique passée de la Cour et les considérations de bon sens et d'équité. C'est ce qui a été très clairement dit par la Cour dans l'arrêt en l'affaire du *Détroit de Corfou*:

«En revanche, le contrôle territorial exclusif exercé par l'Etat dans les limites de ses frontières n'est pas sans influence sur le choix des modes de preuve propres à démontrer cette connaissance. Du fait de ce contrôle exclusif, l'Etat victime d'une violation internationale se trouve souvent dans l'impossibilité de faire la preuve directe des faits d'où découlerait la responsabilité. Il doit lui être permis de recourir plus largement aux présomptions de fait, aux indices ou preuves circonstanciées (*circumstantial evidence*). Ces moyens de preuve indirecte sont admis dans tous les systèmes de droit et leur usage est sanctionné par la jurisprudence internationale. On doit les considérer comme particulièrement probants quand ils s'appuient sur une série de faits qui s'enchaînent et qui conduisent logiquement à une même conclusion.» (*Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 18.)

36. *Deuxièmement*, la Cour a appliqué le critère du contrôle effectif à une situation différente de celle qui existait en l'affaire *Nicaragua*. Dans la présente affaire, il y avait unité d'objectifs, unité ethnique et idéologie commune, de sorte qu'un contrôle effectif sur des acteurs non étatiques n'était pas nécessaire. En appliquant le critère du contrôle effectif, la Cour s'est inspirée de l'article 8 des articles de la Commission du droit international (CDI) sur la responsabilité de l'Etat (arrêt, par. 402-407).

37. Toutefois, avec tout le respect que je dois à la majorité, l'on peut soutenir sans aucun doute la proposition selon laquelle le critère du contrôle est un critère variable. Il conviendrait de rappeler que certains membres de la CDI ont appelé l'attention sur le fait qu'il existe des degrés variables du contrôle suffisant selon les différents contextes juridiques spécifiques<sup>17</sup>. La

<sup>17</sup> Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquantième session, Nations Unies, *Documents de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, supplément n° 10*, doc. A/53/10 et Corr.1, par. 395.

reaffirmed in the *Celebici* case, takes this approach. In the *Celebici* case, the Appeals Chamber held that:

“the ‘overall control’ test could thus be fulfilled even if the armed forces acting on behalf of the ‘controlling state’ had autonomous choices of means and tactics although participating in a common strategy along with the controlling State” (*Prosecutor v. Delalic*, ICTY Appeals Chamber, 20 February 2001, para. 47).

38. In rejecting the ICTY’s context-sensitive approach, the ILC Commentary to Article 8 does little more than note a distinction between the rules of attribution for the purposes of State responsibility on the one hand, and the rules of international humanitarian law for the purposes of individual criminal responsibility on the other<sup>18</sup>. However, it should be recalled that the Appeals Chamber in *Tadić* had in fact framed the question as one of State responsibility, in particular whether the FRY was responsible for the acts of the VRS, and therefore considered itself to be applying the rules of attribution under international law (*Tadić*, ICTY Judgment, IT-94-1-A, 15 July 1999, para. 98).

39. Unfortunately, the Court’s rejection of the standard in the *Tadić* case fails to address the crucial issue raised therein — namely that different types of activities, particularly in the ever-evolving nature of armed conflict, may call for subtle variations in the rules of attribution. In the *Nicaragua* case, the Court noted that the United States and the *Contras* shared the same objectives — namely the overthrowing of the Nicaraguan Government. These objectives, however, were achievable without the commission of war crimes or crimes against humanity. The *Contras* could indeed have limited themselves to military targets in the accomplishment of their objectives. As such, in order to attribute crimes against humanity in furtherance of the common objective, the Court held that the crimes themselves should be the object of control. When, however, the shared objective is the commission of international crimes, to require both control over the non-State actors and the specific operations in the context of which international crimes were committed is too high a threshold. The inherent danger in such an approach is that it gives States the opportunity to carry out criminal policies through non-state actors or surrogates without incurring direct responsibility therefore. The statement in paragraph 406 of the Judgment to the effect that the “‘overall control’ test is unsuitable, for it stretches too far, almost to breaking point, the connection which must exist between the conduct of a State’s organs and its international responsibility” is, with respect, singularly unconvincing because it fails to consider that such a link has to account

<sup>18</sup> J. Crawford, *International Law Commission’s Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, 2002, p. 112.

décision rendue par la chambre d'appel du TPIY en l'affaire *Tadić*, telle que réaffirmée dans l'affaire *Celebici*, est fondée sur la même approche. Dans l'affaire *Celebici*, la chambre d'appel a dit ce qui suit :

« Le critère du « contrôle global » pourrait être rempli, même si les forces armées agissant au nom de « l'État exerçant le contrôle » avaient, tout en participant à une stratégie établie d'un commun accord avec ledit État, le choix des moyens et de la tactique. » (*Le procureur c. Delalic*, arrêt du 20 février 2001, par. 47.)

38. En rejetant l'approche tenant compte du contexte qu'a adoptée le TPIY, la CDI fait dans son commentaire de l'article 8 plus que se contenter de relever une distinction entre les règles de l'imputabilité aux fins de la responsabilité de l'État, d'une part, et les règles du droit international humanitaire aux fins de l'établissement de la responsabilité pénale individuelle, de l'autre<sup>18</sup>. Il conviendrait toutefois de rappeler que dans l'affaire *Tadić* la chambre d'appel avait en fait posé la question en tant que question se rapportant à la responsabilité de l'État, en particulier pour savoir si la RFY était responsable des actes de la VRS ; la chambre se considérait, en conséquence, comme appliquant les règles du droit international en matière d'imputabilité (*Tadić*, IT-94-1-A, arrêt du 15 juillet 1999, par. 98).

39. Malheureusement, le rejet par la Cour du critère retenu dans l'affaire *Tadić* ne permet pas d'aborder la question cruciale qui est soulevée dans ladite affaire, à savoir que différents types d'activités peuvent, compte tenu notamment de la nature toujours changeante d'un conflit armé, imposer des variations subtiles dans les règles de l'imputabilité. Dans l'affaire *Nicaragua*, la Cour a noté que les États-Unis d'Amérique et les *contras* partageaient le même objectif, à savoir le renversement du Gouvernement nicaraguayen. Cet objectif pouvait toutefois être atteint sans la commission de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité. Les *contras* auraient pu ne s'en prendre qu'à des cibles militaires dans la poursuite de leurs objectifs. Ainsi, pour pouvoir attribuer des crimes contre l'humanité commis dans la poursuite d'un objectif commun, la Cour avait dit que les crimes eux-mêmes devaient être l'objet du contrôle. Lorsque, toutefois, il y a un objectif commun et commission de crimes de droit international, exiger l'exercice d'un contrôle à la fois sur les acteurs non étatiques et sur des opérations spécifiques dans le cadre desquelles des crimes de droit international ont été commis revient à fixer un seuil trop élevé. Le danger inhérent à pareille approche réside dans le fait qu'elle offre aux États la possibilité de mener des politiques criminelles par l'entremise d'acteurs non étatiques ou d'auxiliaires sans encourir de responsabilité directe par conséquent. Ce que la Cour dit au paragraphe 406 de l'arrêt à cet effet, à savoir que « le critère du « contrôle global » est inadapté, car il distend trop, jusqu'à le rompre presque, le lien qui doit exister entre le comportement des organes

<sup>18</sup> J. Crawford, *International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, 2002, p. 112.

for situations in which there is a common criminal purpose. It is also far from self-evident that the overall control test is always not proximate enough to trigger State responsibility.

40. *Thirdly*, the Court has refused to infer genocidal intent from the consistent pattern of conduct in Bosnia and Herzegovina. In its reasoning, the Court relies heavily on several arguments, each of which is inadequate for the purpose, and contradictory to the consistent jurisprudence of the international criminal tribunals.

41. The Court first considers whether the Strategic Goals of the Serbian People in Bosnia and Herzegovina<sup>19</sup> evidence genocidal intent, but concludes that the goals “were capable of being achieved by the displacement of the population and by territory being acquired” (Judgment, para. 372). The Court further notes that the motive of creating a Greater Serbia “did not necessarily require the destruction of the Bosnian Muslims and other communities, but their expulsion” (*ibid.*). The Court essentially ignores the facts and substitutes its own assessment of how the Bosnian Serbs could have hypothetically best achieved their macabre Strategic Goals. The Applicant is not asking the Court to evaluate whether the Bosnian Serbs were efficient in achieving their objectives. The Applicant is asking the Court to look at the pattern of conduct and draw the logically necessary inferences. The jurisprudence of the international criminal tribunals on this point is less amenable to artificial distinctions between the intent relevant to genocide and that relevant to ethnic cleansing than the Court. The Appeal Chamber in *Krstić* has clearly held that the pattern of conduct known as ethnic cleansing may be relied on as evidence of the *mens rea* of genocide<sup>20</sup>. Coupled with population transfers, what other inference is there to draw from the overwhelming evidence of massive killings systematically targeting the Bosnian

<sup>19</sup> The Strategic Goals were as follows: (1) separation as a state from the other two ethnic communities; (2) a corridor between Semberija and Krajina; (3) the establishment of a corridor in the Drina River valley, i.e., the elimination of the border between Serbian states; (4) the establishment of a border on the Una and Neretva rivers; and (5) the division of the city of Sarajevo into a Serbian part and a Muslim part, and the establishment of effective State authorities within each part (Judgment, para. 371).

<sup>20</sup> *Krstić*, IT-98-33-A, para. 34. On this basis, the Appeal Chamber held that

“[s]ome other members of the VRS Main Staff harboured the same intent to carry out forcible displacement, but viewed this displacement as a step in the accomplishment of their genocidal objective. [To some other members of the VRS Main Staff], the forcible displacement was a means of advancing the genocidal plan.” (*Ibid.*, para. 133.)

See also *Krajisnik*, IT-00-39-T, Judgment of 27 September 2006, para. 854.

de l'Etat et la responsabilité internationale de ce dernier» est, avec tout le respect que je lui dois, particulièrement peu convaincant, parce que cela consiste à ne pas considérer qu'un tel lien est nécessaire lorsqu'il s'agit de situations où existe un but criminel commun. Il est également loin d'être évident que le critère du contrôle global est toujours insuffisamment précis pour donner naissance à la responsabilité de l'Etat.

40. *Troisièmement*, la Cour a refusé de déduire une intention génocidaire du comportement constant et systématique adopté par le défendeur en Bosnie-Herzégovine. Dans son raisonnement, elle a invoqué avec insistance plusieurs arguments, dont chacun est inadéquat aux fins de l'espèce et se trouve en contradiction avec la jurisprudence constante des tribunaux pénaux internationaux.

41. La Cour examine d'abord le point de savoir si les objectifs stratégiques de la population serbe de Bosnie-Herzégovine<sup>19</sup> témoignent d'une intention génocidaire, mais conclut que les objectifs «pouvaient être atteints par le déplacement de populations et l'acquisition de territoires» (arrêt, par. 372). La Cour note en outre que les mobiles sous-tendant la création d'une grande Serbie «n'exigeai[en]t pas nécessairement la destruction des Musulmans de Bosnie ni d'autres communautés, mais leur expulsion» (*ibid.*). La Cour, pour l'essentiel, laisse de côté les faits et leur substitue sa propre évaluation de la manière dont les Serbes de Bosnie pouvaient par hypothèse parvenir à leurs objectifs stratégiques macabres. Le demandeur ne requiert pas de la Cour qu'elle se prononce sur le point de savoir si les Serbes de Bosnie ont fait preuve d'efficacité dans la poursuite de leurs objectifs. Le demandeur prie la Cour de se pencher sur le type de comportement adopté et d'en tirer les conclusions logiques qui s'imposent. La jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux montre moins d'indulgence que la Cour sur ce point et ne procède pas à des distinctions artificielles entre intention génocidaire et nettoyage ethnique. La chambre d'appel en l'affaire *Krstić* a clairement conclu que le type de comportement connu sous le nom de «nettoyage ethnique» peut être invoqué en tant que preuve de la *mens rea* de génocide<sup>20</sup>. Cela s'ajou-

<sup>19</sup> Les objectifs stratégiques étaient les suivants : 1) la séparation [du peuple serbe] des deux autres communautés ethniques et sa constitution en Etat ; 2) l'établissement d'un corridor entre la Semberija et la Krajina ; 3) l'établissement d'un corridor dans la vallée de la Drina, c'est-à-dire la suppression de la frontière entre les Etats serbes ; 4) l'établissement d'une frontière suivant l'Una et la Neretva ; et 5) la partition de la ville de Sarajevo en un secteur serbe et un secteur musulman, et la mise en place d'autorités étatiques véritables dans chacun d'entre eux (arrêt, par. 371).

<sup>20</sup> *Krstić*, IT-98-33-A, par. 34. Sur cette base, la chambre d'appel a conclu que le général Krstić

«entendait procéder à un déplacement forcé, comme d'autres membres de l'état-major principal de la VRS, mais ceux-ci l'envisageaient comme un premier pas vers le génocide. [Pour certains membres de l'état-major principal de la VRS], le déplacement forcé était un moyen de faire avancer leur projet de génocide.» (*Ibid.*, par. 133.)

Voir également *Krajisnik*, IT-00-39-T, arrêt du 27 septembre 2006, par. 854.

Muslims than genocidal intent? If the only objective was to move the Muslim population, and the Court is willing to assume that the Bosnian Serbs did only that which is strictly necessary in order to achieve this objective, then what to make of the mass murder? If the Court cannot ignore that population transfer was one way of achieving the Strategic Goals, then why should it ignore that, in fact, the Bosnian Serbs used this method as one of many — including massive killings of members of the protected group.

42. The second argument the Court relies on bears on the conduct of the ICTY's Prosecutor and the Tribunal's jurisprudence on genocide. The Court rejects the Applicant's argument that the pattern of atrocities committed over many communities demonstrates the necessary intent because it "is not consistent with the findings of the ICTY relating to genocide or with the actions of the Prosecutor, including decisions not to charge genocide offences in possibly relevant indictments, and to enter into plea agreements" (Judgment, para. 374). That the ICTY has not found genocide based on patterns of conduct in the whole of Bosnia is of course not in the least surprising. The Tribunal only has jurisdiction to judge the individual criminal liability of particular persons accused before it, and the relevant evidence will therefore be limited to the sphere of operations of the accused. In addition, prosecutorial conduct is often based on expediency and therefore no conclusions can be drawn from the prosecution's acceptance of a plea bargain or failure to charge a particular person with genocide. While the Court is intent on adopting the burden of proof relevant to criminal trials, it is not willing to recognize that there is a fundamental distinction between a single person's criminal trial and a case involving State responsibility for genocide. The Court can look at patterns of conduct throughout Bosnia because it is not constrained by the sphere of operations of any particular accused — and it should have done so.

43. The consistent jurisprudence of the international criminal tribunals is clear on the permissibility (and even the necessity) of relying on facts and circumstances from which to infer genocidal intent. The ICTY Appeal Chamber held that proof of specific genocidal intent

"may, in the absence of direct explicit evidence, be inferred from a number of facts and circumstances, such as the general context, the perpetration of other culpable acts systematically directed against the same group, the scale of atrocities committed, the systematic

tant aux transferts de populations, quelle autre conclusion faudrait-il tirer des meurtres de masse qui prirent systématiquement pour cible les Musulmans de Bosnie, si ce n'est l'existence d'une intention génocidaire? Si l'objectif était seulement de transférer la population musulmane ailleurs — et la Cour veut présumer que les Serbes de Bosnie se sont contentés strictement de faire ce qui était nécessaire à cette fin —, alors que dire des meurtres de masse? Si la Cour ne peut pas ne pas prêter attention au fait que les transferts de populations constituaient un moyen de réaliser les objectifs stratégiques, alors pourquoi ne tient-elle aucun compte du fait que, en réalité, les Serbes de Bosnie ont utilisé cette méthode parmi beaucoup d'autres, y compris les meurtres de masse de membres du groupe protégé?

42. Le deuxième argument qu'invoque la Cour repose sur la conduite du procureur du TPIY et sur la jurisprudence du Tribunal en matière de génocide. La Cour rejette l'argument du demandeur selon lequel le type d'atrocité commis contre plusieurs communautés démontre la nécessaire intention, au motif que «cette thèse n'est pas conforme aux conclusions du TPIY sur le génocide ni aux décisions du procureur, parmi lesquelles celles de ne pas inclure le chef de génocide dans des actes d'accusation où il aurait éventuellement pu le faire et de conclure des accords sur la plaidoirie» (arrêt, par. 374). Que le TPIY n'ait pas conclu à un génocide sur la base des types de comportement adoptés dans l'ensemble de la Bosnie n'est, évidemment, guère surprenant. Le Tribunal n'a compétence que pour juger la responsabilité pénale individuelle de particuliers traduits devant lui en tant qu'accusés et les éléments de preuve pertinents seront dès lors limités à la sphère des actes de l'accusé. En outre, la conduite de l'accusation est souvent dictée par des considérations d'opportunité et, par conséquent, aucune conclusion ne saurait être tirée de l'acceptation par l'accusation d'un accord sur la plaidoirie ou du fait qu'elle n'ait pas inclus le chef de génocide dans un acte d'accusation visant une personne particulière. Alors que la Cour manifeste l'intention de s'inspirer de la charge de la preuve appliquée dans les procès pénaux, elle refuse de reconnaître qu'il existe une distinction fondamentale entre le procès pénal d'une personne et une affaire mettant en cause la responsabilité de l'Etat pour génocide. La Cour peut examiner les types de comportement adoptés dans l'ensemble de la Bosnie, parce que son examen peut aller au-delà de la sphère des actes d'un accusé particulier, et elle aurait dû le faire.

43. La jurisprudence constante des tribunaux pénaux internationaux est claire sur la possibilité (voire la nécessité) de se fonder sur des faits et circonstances pour en déduire une intention génocidaire. La chambre d'appel du TPIY a dit que la preuve d'une intention génocidaire spécifique

«p[ouvait], à défaut d'éléments de preuve directs et explicites, procéder d'un certain nombre de faits et circonstances, tels que le contexte général, la perpétration d'autres actes répréhensibles systématiquement dirigés contre le même groupe, l'ampleur des atrocités com-

targeting of victims on account of their membership of a particular group, or the repetition of destructive and discriminatory acts”<sup>21</sup>.

44. Relying on the decision in *Jelisić*, the Appeal Chamber in *Krstić* also held that “[w]hen direct evidence of genocidal intent is absent, the intent may still be inferred from the factual circumstances of the crime”<sup>22</sup>.

45. The ICTR has also consistently relied on inference as a means of establishing the requisite genocidal *mens rea*. In *Rutaganda*, the ICTR Appeal Chamber affirmed the Trial Chamber’s approach to inferring genocidal intent:

“The Chamber considers that it is possible to deduce the genocidal intent inherent in a particular act charged from the general context of the perpetration of other culpable acts systematically directed against that same group, whether these acts were committed by the same offender or by others. Other factors, such as the scale of atrocities committed, their general nature, in a region or a country, or furthermore, the fact of deliberately and systematically targeting victims on account of their membership of a particular group, while excluding the members of other groups, can enable the Chamber to infer the genocidal intent of a particular act.”<sup>23</sup>

46. The ICTR Appeal Chamber also held that, while making anti-Tutsi utterances or being affiliated to an extremist anti-Tutsi group is not a *sine qua non* for establishing the *dolus specialis* of genocide, establishing such a fact may, nonetheless, facilitate proof of specific intent<sup>24</sup>. In *Musema*, the ICTR Appeal Chamber held that “in practice, intent can be, on a case-by-case basis, inferred from the material evidence submitted to the Chamber, including the evidence which demonstrates a consistent pattern of conduct by the Accused”<sup>25</sup>. Finally, in *Kayishema* (the reasoning of which the Appeal Chamber affirmed)<sup>26</sup>, the ICTR held that

“[t]he perpetrator’s actions, including circumstantial evidence, however may provide sufficient evidence of intent. . . The Chamber finds that the intent can be inferred either from words or deeds and may

<sup>21</sup> *Jelisić*, IT-95-10-A, Judgment of 5 July 2001, para. 47; *Jelisić*, IT-95-10, Judgment of 14 December 1999, para. 73.

<sup>22</sup> *Krstić*, *supra* footnote 20, para. 34.

<sup>23</sup> *Akayesu*, ICTR-96-4, Judgment of 2 September 1998, para. 523, and *Georges Rutaganda*, ICTR-96-3, Judgment of 6 December 1999, para. 398, both as affirmed in *Georges Rutaganda*, ICTR-96-3-A, Judgment of 26 May 2003, para. 528.

<sup>24</sup> *Georges Rutaganda*, ICTR-96-3-A, Judgment of 26 May 2003, para. 525.

<sup>25</sup> *Musema*, ICTR-96-13-A, Judgment of 27 January 2000, para. 167.

<sup>26</sup> *Kayishema*, ICTR-95-1-A, Judgment of 1 June 2001, para. 148.

mises, le fait de viser systématiquement certaines victimes en raison de leur appartenance à un groupe particulier, ou la récurrence d'actes destructifs et discriminatoires»<sup>21</sup>.

44. S'appuyant sur la décision rendue en l'affaire *Jelisić*, la chambre d'appel a dit dans l'affaire *Krstić* que «l'intention génocidaire p[ouvait], à défaut de preuve directe, s'inférer des circonstances factuelles du crime»<sup>22</sup>.

45. Le TPIR s'est également constamment appuyé sur la présomption en tant que moyen permettant d'établir la *mens rea* génocidaire requise. En l'affaire *Rutaganda*, la chambre d'appel du TPIR a confirmé l'approche adoptée par la chambre de première instance consistant à déduire l'intention génocidaire :

«La chambre estime qu'il est possible de déduire l'intention génocidaire ayant prévalu à la commission d'un acte particulier incriminé de l'ensemble des actes et propos de l'accusé, ou encore du contexte général d'autres actes répréhensibles systématiquement dirigés contre le même groupe, que ces actes soient commis par le même agent ou par d'autres agents. D'autres facteurs, tels que l'échelle des atrocités commises, leur caractère général, dans une région ou un pays, ou encore le fait de délibérément et systématiquement choisir les victimes en raison de leur appartenance à un groupe particulier, tout en excluant les membres d'autres groupes, peuvent permettre à la chambre de déduire une intention génocidaire.»<sup>23</sup>

46. La chambre d'appel du TPIR a conclu également que, si faire des déclarations anti-tutsi ou être affilié à un groupe anti-tutsi extrémiste ne permet pas d'établir *sine qua non* le *dolus specialis* de génocide, déterminer pareil fait peut, néanmoins, faciliter l'établissement de la preuve de l'intention spécifique<sup>24</sup>. En l'affaire *Musema*, la chambre d'appel du TPIR a dit que, «en pratique, l'intention p[ouvait], au cas par cas, être déduite des éléments de preuve soumis à la chambre, y compris les éléments qui démontrent un type de comportement constant de la part de l'accusé»<sup>25</sup>. Enfin, en l'affaire *Kayishema* (la chambre d'appel ayant confirmé le raisonnement adopté en première instance)<sup>26</sup>, le TPIR a dit que l'intention de détruire le groupe

«p[ouvait] être établie de manière convaincante à partir des actes de l'auteur, y compris au moyen de preuves indirectes. De l'avis de la chambre, l'intention peut être déduite soit des propos, soit des actes

<sup>21</sup> *Jelisić*, IT-95-10-A, arrêt du 5 juillet 2001, par. 47; *Jelisić*, IT-95-10, jugement du 14 décembre 1999, par. 73.

<sup>22</sup> *Krstić*, voir ci-dessus note 20, par. 34.

<sup>23</sup> *Akayesu*, ICTR-96-4, arrêt du 2 septembre 1998, par. 523, et *Georges Rutaganda*, ICTR-96-3, arrêt du 6 décembre 1999, par. 398, tous deux tels que confirmés en l'affaire *Georges Rutaganda*, ICTR-96-3-A, arrêt du 26 mai 2003, par. 528.

<sup>24</sup> *Georges Rutaganda*, ICTR-96-3-A, arrêt du 26 mai 2003, par. 525.

<sup>25</sup> *Musema*, ICTR-96-13-A, arrêt du 27 janvier 2000, par. 167.

<sup>26</sup> *Kayishema*, ICTR-95-1-A, arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2001, par. 148.

be demonstrated by a pattern of purposeful action. In particular, the Chamber considers evidence such as the physical targeting of the group or their property; the use of derogatory language toward members of the targeted group; the weapons employed and the extent of bodily injury; the methodical way of planning, the systematic manner of killing. Furthermore, the number of victims from the group is also important.”<sup>27</sup>

47. It is regrettable that the Court’s approach to proof of genocidal intent did not reflect more closely this relevant jurisprudence.

48. *Fourthly*, genocide is definitionally a complex crime in the sense that unlike homicide it takes time to achieve, requires repetitiveness, and is committed by many persons and organs acting in concert. As such, it cannot be appreciated in a disconnected manner. Unfortunately, there are instances in the Judgment where this happens, including on crucial issues such as FRY responsibility for the genocide at Srebrenica.

49. Belgrade’s knowledge of the more general operations in Srebrenica — those geared toward “taking the town” — is amply established<sup>28</sup>. In addition, Carl Bildt (European negotiator) met twice with President Milošević and General Mladić together in the midst of the takeover of Srebrenica and the subsequent massacre<sup>29</sup>. As regards General Mladić, it is accepted that his promotion to the rank of Colonel General was handled in Belgrade, and the Respondent’s claim that this was no more than some administrative confirmation of a decision made in Pale is unconvincing. The Secretary-General’s report on the fall of Srebrenica relates that Mr. Bildt was joined in his meeting with President Milošević on 14 July by General Mladić — which is the period during which the Court determined that the decision to eliminate physically the whole of the adult male population of the Muslim community of Srebrenica was taken (Judgment, para. 423). The Report also highlights that President Karadžić (President of the Republika Srpska) was unaware of the meetings between Mr. Bildt, President Milošević and General Mladić<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> *Kayishema*, ICTR-95-1, Judgment of 21 May 1999, para. 93.

<sup>28</sup> Netherlands Institute for War Documentation, *Srebrenica — a ‘safe’ area. Reconstruction, background, consequences and analyses of the fall of the Safe Area*, 10 April 2002, Chap. 7.

<sup>29</sup> Report of the Secretary-General pursuant to General Assembly resolution 53/35, “The Fall of Srebrenica”, United Nations doc. A/54/549 (1999), p. 81, para. 372.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 82, paras. 373-376.

de l'auteur et peut être établie par la mise en évidence de l'existence d'une ligne de conduite délibérée. De manière plus concrète, la chambre considère comme preuve d'une telle intention le fait de s'attaquer physiquement au groupe ou à ses biens; l'usage de termes insultants à l'égard des membres du groupe visé; les armes utilisées et la gravité des blessures subies par les victimes; le caractère méthodique de la planification et le caractère systématique du crime. A cela s'ajoute un élément non moins important, à savoir le nombre des membres du groupe victimes de l'acte incriminé.»<sup>27</sup>

47. Il est regrettable que l'approche adoptée par la Cour pour prouver l'intention génocidaire n'ait pas davantage tenu compte de cette jurisprudence pertinente.

48. *Quatrièmement*, le génocide est par définition un crime complexe, en ce sens que, contrairement à l'homicide, il faut beaucoup de temps pour le commettre, qu'il exige une répétition des actes et qu'il est commis par plusieurs personnes et organes agissant de concert, de sorte que l'on ne saurait l'évaluer de manière parcellaire. Malheureusement, c'est ce qui est fait dans certains passages de l'arrêt, y compris sur des questions cruciales telles que la responsabilité de la RFY pour le génocide commis à Srebrenica.

49. La connaissance par Belgrade des opérations de nature générale qui se déroulaient à Srebrenica — celles visant à «prendre la ville» — est amplement établie<sup>28</sup>. En outre, Carl Bildt (le négociateur européen) a rencontré deux fois ensemble le président Milošević et le général Mladić au moment de la prise de Srebrenica et du massacre qui s'ensuivit<sup>29</sup>. S'agissant du général Mladić, il est admis que sa promotion au rang de général-colonel a été réglée à Belgrade, et l'affirmation du défendeur selon laquelle il ne s'est agi que d'une simple confirmation administrative de la décision prise à Pale n'est pas convaincante. Le rapport du Secrétaire général portant sur la chute de Srebrenica indique que M. Bildt a été rejoint par le général Mladić dans sa réunion avec le président Milošević le 14 juillet — ce qui correspond à la période au cours de laquelle, selon ce que la Cour a établi, la décision d'éliminer physiquement l'ensemble de la population mâle adulte de la communauté musulmane de Srebrenica a été prise (arrêt, par. 423). Le rapport met également en lumière le fait que le président Karadžić (président de la Republika Srpska) n'était pas informé des réunions entre Carl Bildt, le président Milošević et le général Mladić<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> *Kayishema*, ICTR-95-1, jugement du 21 mai 1999, par. 93.

<sup>28</sup> Institut néerlandais pour la documentation sur la guerre, *Srebrenica — une zone de «sécurité»*. *Reconstruction, contexte, conséquences et analyses de la chute de la zone de sécurité*, 10 avril 2002, chap. 7.

<sup>29</sup> Rapport présenté par le Secrétaire général en application de la résolution 53/35 de l'Assemblée générale, «La chute de Srebrenica», Nations Unies, doc. A/54/549 (1999), p. 81, par. 372.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 82, par. 373-376.

50. Finally, in regard specifically to the massacres in Srebrenica, General Clark testified in Milošević's trial to the following conversation he had with the President of the FRY:

“Well, all I can confirm, Your Honour, is the discussion that I had. I went to Milošević and I asked him. I said, ‘If you have so much influence over these Serbs, how could you have allowed General Mladić to have killed all those people at Srebrenica?’ And he looked to me — at me. His expression was very grave. He paused before he answered, and he said, ‘Well, General Clark, I warned him not to do this, but he didn't listen to me.’ And it was in the context of all of the publicity at the time about the Srebrenica massacre. Now, I did not use the word ‘massacre’, and I did not specifically use the word ‘civilian’, but the context of the conversation was extremely clear and timely at that point.”<sup>31</sup>

51. General Mladić's decisive role in the Srebrenica genocide, the close relationship between General Mladić and President Milošević, the influential part President Milošević played in negotiations regarding Srebrenica (both before and after the genocide), and his own statements as set forth above, each taken alone, might not amount to proof of President Milošević's knowledge of the genocide set to unfold in Srebrenica. Taken together, these facts clearly establish that Belgrade was, if not fully integrated in, then fully aware of, the decision-making processes regarding Srebrenica, while the Republika Srpska itself was excluded. Even after the fact, negotiations following the fall of Srebrenica and the genocide committed there were held simultaneously with General Mladić and President Milošević<sup>32</sup>. There can be no doubt that President Milošević was fully appraised of General Mladić's (and the Bosnian Serb army's) activities in Srebrenica throughout the takeover and massacres.

52. An even more disturbing feature in the Court's reasoning is evident in its treatment of the Serbian paramilitary units known as the “Scorpions” (Judgment, paras. 289, 389 and 395).

53. Thus, paragraph 389 of the Judgment considers two documents presented by the Applicant, in which there is reference to the “Scorpions”

<sup>31</sup> *Prosecutor v. Milošević*, ICTY Judgment, No. IT-02-54, Transcript of 16 December 2003, pp. 30494-30495.

<sup>32</sup> Report of the Secretary-General pursuant to General Assembly resolution 53/35, “The Fall of Srebrenica”, United Nations doc. A/54/549 (1999), p. 85, para. 392.

50. Enfin, s'agissant en particulier des massacres commis à Srebrenica, le général Clark a affirmé, au cours de la déposition qu'il a faite au procès de première instance de Milošević, avoir eu la conversation suivante avec le président de la RFY :

« Bien, tout ce que je peux confirmer, votre honneur, c'est la discussion que j'ai eue avec lui. Je suis allé voir Milošević et lui ai posé la question. J'ai dit : « Si vous avez autant d'influence sur ces Serbes, comment avez-vous pu permettre au général Mladić de tuer autant de personnes à Srebrenica ? » Et il m'a regardé. Son expression était très grave. Il a observé une pause avant de répondre en disant : « Eh bien, général Clark, je lui ai dit de ne pas le faire, mais il ne m'a pas écouté. » Et cela se passait dans le contexte de toute la publicité qui était faite à l'époque autour du massacre de Srebrenica. Certes, je n'ai pas employé le terme de « massacre » et je n'ai pas employé de manière spécifique les termes « populations civiles », mais le contexte de la conversation était parfaitement clair et les choses étaient dites de manière précise et opportune. »<sup>31</sup>

51. Le rôle décisif joué par le général Mladić dans le génocide de Srebrenica, les relations étroites entre le général Mladić et le président Milošević, la part d'influence que le président Milošević a exercée dans les négociations concernant Srebrenica (tant avant qu'après le génocide) et ses propres déclarations, telles que rapportées ci-dessus, sont autant de faits qui, pris individuellement, pourraient équivaloir à la preuve que le président Milošević avait connaissance du génocide qui allait se dérouler à Srebrenica. Pris ensemble, ces faits établissent clairement que Belgrade était — sinon pleinement impliquée dans les décisions concernant Srebrenica — du moins pleinement informée de ces décisions, à un moment où la Republika Srpska elle-même était tenue à l'écart. Même après les événements, les négociations qui ont suivi la chute de Srebrenica et le génocide qui y avait été commis ont été tenues simultanément avec le général Mladić et le président Milošević<sup>32</sup>. Il ne peut y avoir de doute que le président Milošević était pleinement informé des activités du général Mladić (et de l'armée des Serbes de Bosnie) à Srebrenica tout au long de la prise de la ville et des massacres.

52. Un aspect encore plus préoccupant du raisonnement de la Cour apparaît clairement dans le traitement que la Cour a réservé aux unités paramilitaires serbes connues sous le nom de « Scorpions » (arrêt, par. 289, 389 et 395).

53. Ainsi la Cour procède-t-elle au paragraphe 389 de l'arrêt à l'analyse de deux documents présentés par le demandeur, dans lesquels il est

<sup>31</sup> *Le procureur c. Milošević*, IT-02-54, comptes rendus d'audiences, 16 décembre 2003, p. 30494-30495.

<sup>32</sup> Rapport présenté par le Secrétaire général en application de la résolution 53/35 de l'Assemblée générale, « La chute de Srebrenica », Nations Unies, doc. A/54/549 (1999), p. 85, par. 392.

as “MUP of Serbia” and a “unit of Ministry of Interiors of Serbia”. The paragraph notes that the authenticity of the documents was disputed by the Respondent presumably because “they were copies of intercepts, but not originals”. But it is plain that if the Court insisted on original documents, it would never be able to render any judgments. Be this as it may, the other reason advanced to undermine the importance of these documents is that they are not addressed to Belgrade, the senders being “officials of the police forces of the Republika Srpska”. But this in itself does not deny their probative value. When an official of the Republika Srpska sends a telegram to his superior in which the Scorpions are described as “MUP of Serbia” or “a unit of Ministry of Interiors of Serbia”, there is no reason to doubt the veracity of this statement.

54. Consequently, we have here a case of a unit which had been incorporated into the forces of the Respondent — though the date for that incorporation is in dispute — yet the Court concludes that they are not to be treated as *de jure* organs of the Respondent in 1995, notwithstanding evidence that they were perceived to be such by the Republika Srpska officials. Equally surprising is the Court’s treatment of the statement by the Government of Serbia and Montenegro — after President Milošević’s fall from power — to the effect that what happened in Srebrenica was not the work of Serbia, but of the ousted régime. This statement was in fact occasioned by the showing, on national and international television, of the shocking images of the brutal execution of six Muslim prisoners in Trnovo, near Srebrenica, by the Scorpions. The Court failed to take account of this closely connected fact in its appreciation of the status of the Scorpions.

55. Lastly, with regard to the Scorpions, the Court goes on in paragraph 389 to say:

“Furthermore, the Court notes that in any event the act of an organ placed by a State at the disposal of another public authority by a state shall not be considered an act of that State if the organ was acting on behalf of the public authority at whose disposal it had been placed.”

However, while the spirit of Article 6 of the ILC’s Articles on State Responsibility is faithfully reflected, it must be noted that on this important question of fact, there is no evidence that the Scorpions were placed at the disposal of another public authority.

56. *Fifthly*, the Court’s treatment of the statement by the Government of Serbia and Montenegro alluded to above leaves much to be desired. In view of the importance of this statement, it bears being recalled in full:

fait mention des «Scorpions» en tant que «MUP de Serbie» et qu'«unité du ministère serbe de l'intérieur». La Cour relève dans le paragraphe que l'authenticité du document a été mise en doute par le défendeur, vraisemblablement parce qu'il s'agissait «des copies de communications interceptées et non des originaux». Mais il est clair que, si la Cour insistait pour obtenir des originaux de documents, elle ne pourrait jamais rendre de jugements. Quoi qu'il en soit, l'autre motif avancé par la Cour pour minimiser l'importance de ces documents est que ceux-ci ne sont pas adressés à Belgrade, les expéditeurs en étant «de hauts responsables des forces de police de la Republika Srpska». Mais cela en soi ne prive pas ces documents de leur valeur probante. Lorsqu'un haut responsable de la Republika Srpska adresse à son supérieur un télégramme dans lequel les Scorpions sont décrits en tant que «MUP de Serbie» ou qu'«unité du ministère serbe de l'intérieur», il n'y a aucune raison de mettre en doute la véracité de pareille affirmation.

54. Il s'agit ici par conséquent d'une unité qui avait été incorporée dans les forces du défendeur — même si la date de cette incorporation est contestée —, et la Cour conclut néanmoins que les membres de cette unité ne doivent pas être traités en tant qu'organes *de jure* du défendeur en 1995, nonobstant les éléments de preuve qui établissent qu'ils étaient perçus comme tels par les hauts responsables de la Republika Srpska. Également surprenant est le traitement que la Cour réserve à la déclaration du Gouvernement de la Serbie-et-Monténégro — après la chute du président Milošević —, selon laquelle ce qui s'était passé à Srebrenica avait été le fait non pas de la Serbie, mais du régime déchu. Cette déclaration avait été de fait provoquée par la diffusion, sur les écrans de télévision en Serbie et dans le monde, des terribles images de l'exécution brutale par les Scorpions de six prisonniers musulmans à Trnovo, près de Srebrenica. La Cour n'a pas pris en considération ce fait, qui a un lien très direct avec son analyse du statut des Scorpions.

55. Enfin, s'agissant des Scorpions, la Cour poursuit son raisonnement au paragraphe 389 en ces termes:

«De plus, la Cour relève qu'en tout état de cause les actes d'un organe mis par un Etat à la disposition d'une autre autorité publique ne peuvent être considérés comme des actes de l'Etat en question si cet organe agit pour le compte de l'autorité publique à la disposition de laquelle il se trouve.»

Si l'esprit de l'article 6 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat se trouve fidèlement reflété, il convient de noter toutefois que, sur cette importante question de fait, il n'existe aucune preuve que les Scorpions aient été mis à la disposition d'une autre autorité publique.

56. *Cinquièmement*, le traitement que la Cour a réservé à la déclaration du Gouvernement de la Serbie-et-Monténégro à laquelle il est fait allusion ci-dessus laisse beaucoup à désirer. Compte tenu de l'importance de cette déclaration, il convient de la rappeler dans son intégralité:

“Those who committed the killings in Srebrenica, as well as those who ordered and organized that massacre represented neither Serbia nor Montenegro, but an undemocratic régime of terror and death, against whom the great majority of citizens of Serbia and Montenegro put up the strongest resistance.

Our condemnation of crimes in Srebrenica does not end with the direct perpetrators. We demand the criminal responsibility of all who committed war crimes, organized them or ordered them, and not only in Srebrenica.

Criminals must not be heroes. Any protection of the war criminals, for whatever reason, is also a crime.”

57. The Court has concluded that this statement was of a political nature and does not amount to an admission of Serbian responsibility for the massacres in Srebrenica. To support its refusal to take at face value the plain language of the Serbian Council of Ministers, the Court invokes its decisions in the *Nuclear Tests* and *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)* cases. These Judgments, however, are neutral in their support for the conclusions the Court draws in paragraph 378. In these Judgments the Court held that declarations made by way of unilateral acts, in particular by highly placed government officials<sup>33</sup>, can have binding legal consequences. In determining these consequences, the Court has consistently considered whether the language employed reveals a clear intention (*Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 473, para. 47; see also *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1961*, pp. 31-32). And intention must be considered in the context in which the statements were made (the Court is not to presume that the statements were not made *in vacuo*) (*Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 474, para. 52)), and in the general framework of international discourse.

58. Indeed, the opposite conclusion from that reached by the Court in paragraph 378 is supported by the cited jurisprudence. To the extent that the effect of a unilateral act depends on the intent behind it and the context within which it was made, one need only consider this: the Serbian Government at the time was attempting to distance itself — as a new and democratic régime — from the régime which had come before it, in light of the revelation of horrible crimes committed by paramilitary units (the

<sup>33</sup> In *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, the Court specifically holds that

“there can be no doubt, in view of [the French President’s] functions, that his public communications or statements, oral or written, as Head of State, are in international relations acts of the French State” (*Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 474, para. 51).

«Les auteurs des tueries de Srebrenica et ceux qui ont ordonné et organisé le massacre ne représentaient ni la Serbie ni le Monténégro, mais un régime antidémocratique de terreur et de mort, contre lequel la grande majorité des citoyens de Serbie-et-Monténégro ont opposé la plus vive résistance.

Notre condamnation ne s'arrête pas aux exécutants directs. Nous demandons que soient poursuivis tous ceux qui, non seulement à Srebrenica mais ailleurs, ont commis, organisé ou ordonné des crimes de guerre.

Des criminels ne sauraient être traités en héros. Toute protection des criminels de guerre, quelle qu'en soit la raison, est aussi un crime.»

57. La Cour a conclu que cette déclaration était de nature politique et qu'elle n'équivalait pas à une admission d'une responsabilité serbe pour les massacres commis à Srebrenica. A l'appui de son refus de prendre au pied de la lettre la déclaration du Conseil des ministres serbe, la Cour invoque les décisions qu'elle a rendues dans les affaires des *Essais nucléaires* et du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*. Ces arrêts, toutefois, sont sans pertinence et ne peuvent venir au soutien des conclusions que la Cour tire au paragraphe 378. Dans lesdits arrêts, la Cour avait conclu que des déclarations faites sous la forme d'actes unilatéraux, en particulier par de hauts responsables du gouvernement<sup>33</sup>, pouvaient produire des conséquences juridiques obligatoires. En déterminant lesdites conséquences, la Cour a constamment recherché si les termes utilisés révélaient une intention claire (*Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 473, par. 47; voir également *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1961, p. 31-32). Et l'intention doit être appréciée en tenant compte du contexte dans lequel les déclarations ont été faites (la Cour n'a pas à présumer que les déclarations ont été faites *in vacuo*) (*Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 474, par. 52)) et du cadre général de propos tenus sur le plan international.

58. De fait, une conclusion inverse de celle à laquelle la Cour est parvenue au paragraphe 378 trouve un appui dans la jurisprudence qui vient d'être citée. Dans la mesure où l'effet d'un acte unilatéral dépend de l'intention qui le sous-tend et du contexte dans lequel l'acte est accompli, l'on ne doit se préoccuper que de ce qui suit: le Gouvernement serbe de l'époque essayait de prendre ses distances — en tant que nouveau régime démocratique — avec le régime qui l'avait précédé, à la suite de la révéla-

<sup>33</sup> Dans l'affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, la Cour a plus précisément dit ce qui suit:

«Etant donné [l]es fonctions [du président de la République française], il n'est pas douteux que les communications ou déclarations publiques, verbales ou écrites, qui émanent de lui en tant que chef de l'Etat, représentent dans le domaine des relations internationales des actes de l'Etat français.» (*Arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 474, par. 51.)

Scorpions) on national Serbian and international television. The intent was to acknowledge the previous régime's responsibility for those crimes, and to make a fresh start by distancing the new régime therefrom. A clearer intention to "admit" past wrongs cannot be had.

59. Of equal note is the Court's failure to address its decisions in *Nicaragua* and *Democratic Republic of the Congo v. Uganda* — both of which were invoked in the Applicant's pleadings on this subject (CR 2006/11, pp. 10-15 (Condorelli)). In *Nicaragua*, the Court considered what legal consequences could be drawn from the United States characterization of its conduct in Nicaragua as "self-defence". In so doing, the Court had this to say:

"statements of this kind, emanating from high-ranking official political figures, sometimes indeed of the highest rank, are of particular probative value *when they acknowledge facts or conduct unfavourable to the State* represented by the person who made them. They may then be construed as a *form of admission*." (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 41, para. 64; emphasis added.)

"Among the legal effects which such declarations may have is that they may be regarded *as evidence of the truth of facts*, as evidence that such facts are attributable to the State the authorities of which are the authors of these declarations, and, to a lesser degree, as evidence for the legal qualification of these facts." (*Ibid.*, p. 43, para. 71; emphasis added.)

60. The Court's reasoning in *Nicaragua* is highly relevant in its application to the statement made by the Serbian Council of Ministers. The Council of Ministers unambiguously admits that the previous Government of Serbia and Montenegro (internationally recognized and unquestionably acting on behalf of the Serbian State for the purposes of State responsibility) had "ordered and organized" the killings in Srebrenica. Given the continuity of State responsibility, despite the change in régime, this statement certainly *acknowledge[s] facts or conduct unfavourable to the State making the statement*, and on the basis of *Nicaragua* thereby amounts to a form of admission, or at the very least, evidence of the truth of the facts it asserts. This conclusion is in keeping with the Court's recent decision in *Democratic Republic of the Congo v. Uganda*, in which the Court observed that it would

"give particular attention to reliable evidence *acknowledging facts or conduct unfavourable to the State* represented by the person making them. . ." (*Armed Activities on the Territory of the Congo (Demo-*

tion sur les écrans de télévision, en Serbie et dans le monde, des crimes horribles commis par des unités paramilitaires (les Scorpions). L'intention était de reconnaître la responsabilité du régime précédent pour ces crimes et de marquer l'avènement d'une ère nouvelle en montrant que le nouveau régime prenait ses distances avec les crimes en question. L'on ne saurait trouver intention plus claire d'«admettre» des actes illicites passés.

59. Le fait que la Cour n'a pas pris en compte les décisions qu'elle a rendues dans les affaires *Nicaragua* et *République démocratique du Congo c. Ouganda* — deux affaires qui ont été invoquées dans les plaidoiries du demandeur sur cette question (CR 2006/11, p. 10-15 (Condorelli)) — est à mettre sur le même plan. Dans l'affaire *Nicaragua*, la Cour a examiné les conséquences juridiques qui pourraient être tirées de la qualification par les Etats-Unis de leur comportement au Nicaragua en tant que «légitime défense». Elle a dit ce qui suit :

«[D]es déclarations de cette nature, émanant de personnalités politiques officielles de haut rang, parfois même du rang le plus élevé, possèdent une valeur probante particulière *lorsqu'elles reconnaissent des faits ou des comportements défavorables à l'Etat* que représente celui qui les a formulées. Elles s'analysent alors en *une sorte d'aveu.*» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 41, par. 64; les italiques sont de moi.)

«L'un des effets juridiques qui peuvent s'attacher à ces déclarations est qu'elles peuvent être considérées *comme établissant la matérialité de faits*, leur imputabilité aux Etats dont les autorités ont fait les déclarations et, dans une moindre mesure, la qualification juridique desdits faits.» (*Ibid.*, p. 43, par. 71; les italiques sont de moi.)

60. Le raisonnement de la Cour dans l'affaire *Nicaragua* est particulièrement pertinent lorsqu'il est appliqué à la déclaration du Conseil des ministres serbe. Celui-ci admet sans ambiguïté que le Gouvernement précédent de la Serbie-et-Monténégro (reconnu internationalement et sans conteste comme agissant au nom de l'Etat serbe aux fins de la responsabilité d'Etat) avait «ordonné et organisé» les tueries à Srebrenica. Compte tenu de la continuité de la responsabilité de l'Etat, par-delà le changement de régime, cette déclaration, à n'en pas douter, *reconnaît des faits ou un comportement défavorables à l'Etat dont émane la déclaration*, et sur la base de l'affaire *Nicaragua*, équivaut dès lors à une sorte d'aveu, ou, à tout le moins, à la preuve de la véracité des faits sur lesquels elle porte. Cette conclusion est conforme à la décision rendue récemment en l'affaire *République démocratique du Congo c. Ouganda*, dans laquelle la Cour a fait observer qu'elle prêterait

«une attention toute particulière aux éléments de preuve dignes de foi attestant de faits ou de comportements défavorables à l'Etat que représente celui dont émanent lesdits éléments» (*Activités armées sur*

*cratic Republic of the Congo v. Uganda*), *Judgment, I.C.J. Reports 2005*, p. 201, para. 61.)

61. The Court's lack of application of the jurisprudence it does invoke, and failure to invoke jurisprudence more directly on point is unfortunate. The Serbian Council of Ministers' statement, taken in the context of the other evidence available to the Court, certainly amounts to an admission of the responsibility of President Milošević's régime for the massacres in Srebrenica, which the Court has determined amount to genocide.

### III. CONCLUSION

62. The Court has absolved Serbia from responsibility for genocide in Bosnia and Herzegovina — save for responsibility for failure to prevent genocide in Srebrenica. It achieved this extraordinary result in the face of vast and compelling evidence to the contrary. This result was however a product of a combination of methods and techniques the Court adopted that could not but have led to this result. In the first place the Court refused to inform itself regarding the twin questions of intent and attributability, the most elusive points in proving the crime of genocide and engaging State responsibility for it. At the same time, the Court refused to translate its taking note of the refusal to divulge redacted materials into concrete steps regarding the onus and standard of proof, thereby putting the Applicant at a huge disadvantage. If this was not enough, it required in addition too high a threshold for control and one that did not accord with the facts of this case nor with the relevant jurisprudence of the ICTY. The Court likewise failed to appreciate the definitional complexity of the crime of genocide and the need for a comprehensive approach in appreciating closely related facts, the role of General Mladić and the Scorpions in Srebrenica being a prime example. Moreover, where certain facts did not fit the Court's conclusions, they were dismissed with no justification, the statement of the new Government of Serbia being also a case in point. I am certain that as far as Srebrenica is concerned, FRY responsibility as a principal or as an accomplice is satisfied on the facts and in law. I am of the opinion also that with regard to other parts of Bosnia and Herzegovina, had the Court followed more appropriate methods for assessing the facts, there would have been, in all probability, positive findings as to Serbia's international responsibility.

(Signed) Awn Shawkat AL-KHASAWNEH.

---

*le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 201, par. 61).*

61. Il est regrettable que la Cour n'ait pas appliqué la jurisprudence qu'elle invoque et qu'elle ne se soit pas appuyée sur une jurisprudence plus directement pertinente. La déclaration du Conseil des ministres serbe, prise dans le contexte des autres éléments de preuve dont disposait la Cour, équivaut indéniablement à une admission de la responsabilité du régime du président Milošević dans les massacres de Srebrenica, qui constituent un génocide, comme l'a déterminé la Cour.

### III. CONCLUSIONS

62. La Cour a absous la Serbie de responsabilité pour le génocide en Bosnie-Herzégovine — sauf en ce qui concerne sa responsabilité pour manquement à l'obligation de prévenir le génocide à Srebrenica. Elle est parvenue à ce résultat extraordinaire en dépit d'éléments de preuve particulièrement probants allant dans un sens contraire. Elle y est toutefois parvenue en recourant à une combinaison de méthodes et de techniques qui ne pouvait que conduire à ce résultat. Tout d'abord, la Cour a refusé de s'informer sur les questions interdépendantes de l'intention et de l'imputabilité, éléments les plus difficiles à établir lorsqu'il s'agit de prouver le crime de génocide et d'engager la responsabilité de l'Etat à son sujet. Dans le même temps, la Cour a refusé de traduire sa constatation du refus de divulguer des parties de documents occultées en des mesures concrètes relatives à la charge et au critère de la preuve, mettant ainsi le demandeur dans une position particulièrement désavantageuse. Comme si cela ne suffisait pas, elle a exigé en outre un seuil trop élevé de contrôle, qui n'est pas en accord avec les faits de la cause ni avec la jurisprudence pertinente du TPIY. La Cour n'a pas, non plus, tenu compte de la complexité de la définition du crime de génocide et de la nécessité d'adopter une approche globale lorsque l'on analyse des faits étroitement liés, le rôle du général Mladić et des Scorpions à Srebrenica étant à ce propos un exemple particulièrement éloquent. En outre, lorsque certains faits ne corroboraient pas les conclusions de la Cour, ils ont été écartés sans justification, la déclaration du nouveau Gouvernement serbe étant un exemple à cet égard. Je suis convaincu que, s'agissant de Srebrenica, la responsabilité de la RFY en tant qu'auteur principal ou en tant que complice est établie sur la base des faits et du droit. Mon opinion est également que, pour ce qui concerne d'autres parties de la Bosnie-Herzégovine, si la Cour avait adopté des méthodes plus appropriées pour évaluer les faits, elle serait, en toute probabilité, parvenue à une conclusion positive quant à la responsabilité internationale de la Serbie.

(Signé) Awn Shawkat AL-KHASAWNEH.