

## SEPARATE OPINION OF JUDGE LAUTERPACHT

1. This opinion is written in implementation of my statement made at the provisional measures stage of this case regarding the role of an *ad hoc* judge:

“He has, I believe, the special obligation to endeavour to ensure that, so far as is reasonable, every relevant argument in favour of the party that has appointed him has been fully appreciated in the course of collegial consideration and, ultimately, is reflected — though not necessarily accepted — in any separate or dissenting opinion that he may write.” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I.C.J. Reports 1993*, p. 409, para. 6.)

2. The problem before the Court at this stage of the case is one of the admissibility of counter-claims filed by the Government of the Federal Republic of Yugoslavia (“Yugoslavia” hereinafter). While I agree with the Court’s Order in so far as it relates to the admissibility of the counter-claims, I have been concerned about the fact that the Court has not given the Parties the opportunity to develop their respective positions in oral argument.

## PROCEDURE

3. The justification for oral proceedings lies in Article 80, paragraph 3, of the Rules of Court which provides that:

“In the event of doubt as to the connection between the question presented by way of counter-claim and the subject-matter of the claim of the other party the Court shall, *after hearing the parties*, decide whether or not the question thus presented shall be joined to the original proceedings.” (Emphasis added.)

4. The Court has taken the view that the requirement of “hearing the parties” can, in the present case, be satisfied by giving each of them the opportunity of presenting its views in writing. The position taken by the Court is supported by its practice in respect of some, but not all, other matters covered by a similar requirement, for example, the nomination of *ad hoc* judges. Article 35, paragraph 4, of the Rules provides that: “In the event of any objection or doubt, the matter shall be decided by the Court,

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. LAUTERPACHT

[Traduction]

1. J'ai rédigé la présente opinion en me conformant à la déclaration que j'avais faite à la phase relative aux mesures conservatoires dans cette affaire concernant le rôle d'un juge *ad hoc*:

«Selon moi, il est spécialement tenu de veiller à ce que, dans toute la mesure possible, chacun des arguments pertinents de la partie qui l'a désigné ait été pleinement pris en considération au cours de l'examen collégial et soit, en fin de compte, reflété — à défaut d'être accepté — dans sa propre opinion individuelle ou dissidente.» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 409, par. 6.*)

2. Le problème que doit examiner la Cour à cette phase de l'affaire concerne la recevabilité des demandes reconventionnelles déposées par le Gouvernement de la République fédérative de Yougoslavie (ci-après dénommée la «Yougoslavie»). Je souscris à l'ordonnance de la Cour pour ce qui a trait à la recevabilité des demandes reconventionnelles, mais je suis préoccupé par le fait que la Cour n'ait pas donné aux Parties la possibilité de développer leurs thèses respectives dans des exposés oraux.

### PROCÉDURE

3. La procédure orale trouve sa justification au paragraphe 3 de l'article 80 du Règlement de la Cour qui dispose que:

«Si le rapport de connexité entre la demande présentée comme demande reconventionnelle et l'objet de la demande de la partie adverse n'est pas apparent, la Cour, *après avoir entendu les parties*, décide s'il y a lieu ou non de joindre cette demande à l'instance initiale.» (Les italiques sont de moi.)

4. La Cour a estimé que l'exigence d'«entendre les parties» peut, dans la présente affaire, être satisfaite en donnant à chacune d'elles la possibilité d'exposer leurs vues par écrit. La position adoptée par la Cour est étayée par sa pratique concernant certaines mais non pas toutes les autres questions au sujet desquelles une exigence similaire est imposée, par exemple, la nomination de juges *ad hoc*. Le paragraphe 4 de l'article 35 du Règlement dispose que: «En cas de contestation ou de doute, la Cour

if necessary after hearing the parties.” Again, in relation to the problem of appointing an *ad hoc* judge that arises when two or more parties may be in the same interest, Article 36, paragraph 2, provides that “the matter may be decided by the Court, if necessary after hearing the parties”. Likewise, Article 56, paragraph 2, relating to the authorization of the production of documents after the closure of the written proceedings, contains a similar formula, as does Article 67. In regard to these matters, the practice of the Court has been merely to give the parties the opportunity to present their views in writing.

5. Even so, that interpretation is not one that immediately springs to mind in respect of so substantial an issue as the admissibility of counter-claims. It is to be recalled that the Rule on counter-claims (Art. 80) appears immediately after the rule on preliminary objections (Art. 79) and that both are classed together in Section D of the Rules, under the heading “Incidental Proceedings”. A similar requirement of hearing the parties appears also in Article 79, paragraph 7, and has regularly been met by the holding of oral proceedings. Even if the Court retains a discretion to decide in a given case that such proceedings need not be held, the present case is one in which the relative merits and the complexity of the issues involved would certainly have warranted giving the parties the additional opportunity of commenting orally on each other’s arguments and the Court the opportunity of the more extended consideration of the matter that would have been involved in the holding of a hearing and in the deliberations that would then have followed — the more so as such a step would also have met the expressed expectations of the Parties.

6. The degree to which the decision of the Court not to hold such oral proceedings departs from the opinion of, amongst others, the most learned commentator on the Court’s procedure may be gathered from the terms in which the question is discussed by Professor Rosenne in the latest edition of his major work. As regards Article 80, paragraph 3, of the Rules he writes:

“Paragraph 3 corresponds to the last sentence in the previous Rules, with the substitution of ‘after hearing the parties’ for ‘after due examination’. This means that in future there will always be some oral proceedings in the event of doubt — by whom is not stated — as to the connection between the question presented by way of counter-claim and the subject-matter of the claim of the other party.” (*The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, 3rd ed., 1997, Vol. III, p. 1273.)

7. It is, therefore, to be hoped that when the Rules of Court next come to be revised, the opportunity will be taken to eliminate the cause of the present division of opinion by ensuring that the word “hearing” is used consistently to convey the idea of oral proceedings and that when the Court intends to retain a discretion to determine that the exchanges

décide, après avoir entendu les parties s'il y a lieu.» De nouveau, à propos du problème de la désignation d'un juge *ad hoc* qui se pose lorsque deux ou plusieurs parties font cause commune, le paragraphe 2 de l'article 36 prévoit que «la Cour décide, après avoir entendu les parties s'il y a lieu». De même, le paragraphe 2 de l'article 56, qui a trait à l'autorisation de produire des documents après la clôture de la procédure écrite, contient une formule similaire, tout comme l'article 67. En ce qui concerne ces questions, la pratique de la Cour a consisté simplement à conférer aux parties la possibilité d'exposer leurs vues par écrit.

5. Même dans ce cas, cette interprétation n'est pas celle qui vient immédiatement à l'esprit au sujet d'une question aussi fondamentale que la recevabilité de demandes reconventionnelles. Il convient de rappeler que la disposition du Règlement relative aux demandes reconventionnelles (art. 80) figure juste après celle concernant les exceptions préliminaires (art. 79) et que ces deux dispositions sont placées ensemble à la section D du Règlement sous l'intitulé «Procédures incidentes». Une exigence similaire d'entendre les parties est énoncée également au paragraphe 7 de l'article 79, et a régulièrement été satisfaite par la tenue d'une procédure orale. Même si la Cour conserve un pouvoir discrétionnaire de décider dans une affaire déterminée qu'une telle procédure ne devrait pas avoir lieu, la présente affaire est une instance dans laquelle les particularités relatives et la complexité des questions en cause auraient certainement justifié de conférer à chacune des Parties la faculté supplémentaire de commenter oralement les arguments de l'autre et à la Cour la possibilité d'examiner plus en détail la question, ce qu'elle aurait pu faire durant des audiences et au cours des délibérations qui auraient suivi — d'autant plus qu'une telle mesure aurait répondu aux attentes exprimées par les Parties.

6. On peut se rendre compte à quel point la décision de la Cour de ne pas tenir de procédure orale s'écarte de l'opinion d'un, parmi d'autres, des commentateurs les plus éminents de la procédure de la Cour en analysant les termes dans lesquels la question est examinée par M. Rosenne dans la plus récente édition de son principal ouvrage. En ce qui concerne le paragraphe 3 de l'article 80, il écrit :

«Le paragraphe 3 correspond à la dernière phrase du Règlement antérieur, dans laquelle l'expression «après examen» a été remplacée par «après avoir entendu les parties». Cela signifie que dans l'avenir il y aura toujours une certaine procédure orale en cas de doute — aux yeux de qui? — sur l'existence d'un rapport de connexité entre la demande présentée comme demande reconventionnelle et l'objet de la demande de la partie adverse.» (*The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, 3<sup>e</sup> éd., 1997, vol. III, p. 1273.)

7. Il y a donc lieu d'espérer que la prochaine fois que le Règlement de la Cour sera révisé on saisira cette occasion pour faire disparaître le motif de la divergence de vues actuelle en veillant à ce que le mot «audition» soit utilisé constamment pour exprimer l'idée d'une procédure orale et que, lorsque la Cour envisage de conserver un pouvoir discrétionnaire de

between representatives of the parties are to be limited to written proceedings, it will adhere to such wording as is used elsewhere in the Rules (e.g. Arts. 46, para. 1, 53, paras. 1 and 2, 55 and 58, para. 2), namely “after ascertaining the views of the parties” or, as in Article 76, paragraph 3, after affording “the parties an opportunity of presenting their observations on the subject” or, as in Article 79, paragraph 3, “the other party may present a written statement of its observations”.

#### THE ADMISSIBILITY OF THE COUNTER-CLAIMS

8. The present consideration by the Court of the question of counter-claims is occasioned by the filing by Yugoslavia on 23 July 1997 of an extensive Counter-Memorial. This falls into two parts. The first part, of nearly 350 pages, may be described in general terms as containing “defences”. The second part, consisting of over 700 pages, sets out factually Yugoslavia’s allegations of genocide by Bosnia and Herzegovina (“Bosnia” hereinafter) against the Serbs in Bosnia and Herzegovina. Apart from a statement in the Introduction to the Counter-Memorial that it “includes counterclaims” and the inclusion as one of the three Submissions at the close of the Counter-Memorial of an elaboration of the statement that “Bosnia and Herzegovina is responsible for the acts of genocide committed against the Serbs in Bosnia and Herzegovina”, the Counter-Memorial contains no discussion of the legal aspects of the counter-claims. But even though the Counter-Memorial contains no reference to Article 80 of the Rules of Court and no argument that the matters covered in Part II of that pleading are “directly connected with the subject-matter of the claim” of Bosnia, it would have been unrealistic not to recognize that Part for what it is. Accordingly, on 28 July 1997, Bosnia addressed a letter to the Court expressing the opinion that the counter-claims “did not meet the criteria of Article 80, paragraph 1, of the Rules of Court and should therefore not be joined to the original proceedings”. Having then been requested by the Court to specify in writing “the legal ground on which this opinion is based”, Bosnia responded on 9 October 1997 with a letter to the Court in which it contended that the Yugoslav counter-claim was not admissible since, by reference to Article 80, paragraph 1, of the Rules of Court, “any direct connection with the subject-matter of Bosnia and Herzegovina’s original claim is totally lacking”. Though conceding that both claim and counter-claim are based on the same legal ground — the Genocide Convention — Bosnia contended that the two sets of allegations had nothing to do with one another:

décider que les échanges entre des représentants des parties doivent être limités à des exposés écrits, elle suivra le libellé utilisé dans d'autres dispositions du Règlement (par exemple, art. 46, par. 1, 53, par. 1 et 2, 55, 58, par. 2), à savoir «après s'être renseignée auprès des parties» ou, comme l'indique le paragraphe 3 de l'article 76, après avoir donné «aux parties la possibilité de présenter des observations à ce sujet» ou, comme au paragraphe 3 de l'article 79, que l'autre partie «peut présenter un exposé écrit contenant ses observations».

#### LA RECEVABILITÉ DES DEMANDES RECONVENTIONNELLES

8. La Cour examine actuellement la question des demandes reconventionnelles à la suite du dépôt par la Yougoslavie le 23 juillet 1997 d'un très long contre-mémoire. Cette pièce comprend deux parties. La première partie, composée de près de trois cent cinquante pages, peut être décrite de manière générale comme exposant «des moyens de défense». La deuxième partie, qui comprend plus de sept cents pages, énonce les faits sur lesquels reposent les allégations de la Yougoslavie concernant les actes de génocide qu'aurait commis la Bosnie-Herzégovine (ci-après dénommée la «Bosnie») contre les Serbes en Bosnie-Herzégovine. Hormis une indication dans l'introduction du contre-mémoire qu'il «comprend des demandes reconventionnelles» et l'énoncé dans une des trois conclusions à la fin du contre-mémoire de détails sur la déclaration selon laquelle «la Bosnie-Herzégovine est responsable des actes de génocide commis contre les Serbes en Bosnie-Herzégovine», le contre-mémoire ne comporte aucun examen des aspects juridiques des demandes reconventionnelles. Mais quand bien même le contre-mémoire ne contient aucune référence à l'article 80 du Règlement de la Cour et aucun argument selon lequel les questions traitées dans la deuxième partie de cette pièce de procédure sont «en connexité directe avec l'objet de la demande» de la Bosnie, il n'aurait été guère réaliste de ne pas reconnaître cette partie pour ce qu'elle représente. En conséquence, le 28 juillet 1997, la Bosnie a adressé une lettre à la Cour dans laquelle elle a exprimé l'opinion que les demandes reconventionnelles «ne rempliss[ai]ent pas le critère du paragraphe 1 de l'article 80 du Règlement et qu'elles ne devraient donc pas être jointes à l'instance initiale». Ayant alors été invitée par la Cour à préciser par écrit «les motifs juridiques sur lesquels elle s'appuyait pour soutenir cette opinion», la Bosnie a répondu le 9 octobre 1997 dans une lettre adressée à la Cour qu'elle considérait que la demande reconventionnelle présentée par la Yougoslavie n'était pas recevable étant donné que, au regard du paragraphe 1 de l'article 80 du Règlement de la Cour, «sa connexité directe avec l'objet de la demande initiale de la Bosnie-Herzégovine fait radicalement défaut». Tout en reconnaissant qu'aussi bien la demande que la demande reconventionnelle reposent sur le même fondement juridique — la convention sur le génocide — la Bosnie a soutenu que les deux séries d'allégations n'ont rien à voir l'une avec l'autre:

“[it] is evident that the alleged victims are not the same . . . nor are the material perpetrators of the alleged atrocities the same . . . This means, then, that if the two claims were joined in the same proceedings before the Court, it would in any event have to verify separately the facts alleged *ex adverso* and consider separately whether, in regard to the Genocide Convention, they constitute unlawful conduct attributed, respectively, to one or the other Party . . .” (Letter to the Registrar from the Deputy-Agent of Bosnia and Herzegovina dated 9 October 1997, para. 3.)

9. Bosnia also requested the Court to decide that the counter-claim should not be joined to the principal claim, but expressly acknowledged that Yugoslavia was free to submit to the Court a separate application instituting proceedings in the normal way.

10. Yugoslavia, for its part, responded that there is a direct connection between Part II of its Counter-Memorial, i.e., the counter-claim, and the Bosnian claim. Yugoslavia pointed out, first, that the claim and counter-claim are based on the same legal grounds, namely the Genocide Convention and general rules of State responsibility. Secondly, it contended:

“The disputed facts of the claim and counter-claim are the facts of the same tragic conflict, i.e. civil war in Bosnia and Herzegovina, which happened in a single territorial and temporal setting, based on the same historical background and within the framework of the same political development. Due to that reason as well as to the same legal ground of the claim and counter-claim, all relevant facts which form the basis of claim and counter-claim are interrelated in such a way to make a factual and legal connection relevant to the issue.” (Statement of Yugoslavia concerning the admissibility of the counter-claim, 23 October 1997, para. 4.)

11. It thus appears that Bosnia supports what may be called a “restrictive” interpretation of the requirement of “direct connection”, while Yugoslavia advances a “broad” one. For Bosnia there must be an identity of the alleged victims as there must be of the material perpetrators; the judicial analysis of the facts in the counter-claim must have a relationship to, or must be of help in, the examination of the facts in the principal claim. For Yugoslavia it is sufficient that the counter-claim “raised the question of genocide of the Serbs as one relevant to contradicting facts presented by the Applicant as being relevant for attributing alleged acts to the Respondent”.

«il est évident, en effet, que les prétendues victimes ne sont pas les mêmes ... les auteurs matériels des atrocités alléguées non plus ... Cela implique alors que, si les deux demandes étaient jointes dans le même procès devant la Cour, le juge devra de toute façon vérifier séparément les faits allégués *ex adverso* et examiner séparément s'ils constituent, au regard de la convention sur le génocide, des comportements illicites imputables, respectivement, à l'une ou à l'autre Partie...» (Lettre en date du 9 octobre 1997, adressée au Greffier par l'agent adjoint de la Bosnie-Herzégovine, par. 3.)

9. La Bosnie a aussi prié la Cour de bien vouloir décider que la demande reconventionnelle ne doit pas être jointe à la demande principale, mais a admis expressément que la Yougoslavie avait toute latitude pour introduire à la Cour une requête introductive d'instance distincte par les voies ordinaires.

10. Pour sa part, la Yougoslavie a répondu qu'il y avait une connexité directe entre la deuxième partie de son contre-mémoire, à savoir la demande reconventionnelle, et la demande de la Bosnie. La Yougoslavie a fait en premier lieu observer que la demande et la demande reconventionnelle reposent sur le même fondement juridique, à savoir la convention sur le génocide et les règles générales en matière de responsabilité des Etats. En second lieu, elle a déclaré :

«Les faits contestés rapportés dans la demande [principale] et la demande reconventionnelle s'inscrivent les uns les autres dans le même conflit tragique, à savoir la guerre civile en Bosnie-Herzégovine, ils se sont produits sur un même territoire et au cours d'une même période, et ils s'insèrent dans le même contexte historique et dans le cadre de la même évolution politique. De ce fait, et du fait que la demande et la demande reconventionnelle partagent le même fondement juridique, tous les faits pertinents invoqués à l'appui de la demande [principale] et de la demande reconventionnelle sont liés entre eux de façon à créer un lien factuel et juridique pertinent en l'espèce.» (Déclaration de la Yougoslavie concernant la recevabilité de la demande reconventionnelle, 23 octobre 1997, par. 4.)

11. Il semble donc que la Bosnie soit favorable à ce que l'on peut appeler une interprétation «restrictive» de l'exigence d'une «connexité directe», alors que la Yougoslavie soutient une interprétation «large». Pour la Bosnie, il doit exister une identité des prétendues victimes de même que des auteurs matériels; l'analyse judiciaire des faits énoncés dans la demande reconventionnelle doit avoir un rapport avec l'examen des faits exposés dans la demande principale ou doit être utile à cet examen. Pour la Yougoslavie, il suffit que la demande reconventionnelle «ait soulevé la question du génocide commis à l'encontre des Serbes en tant qu'elle permet de réfuter les faits présentés par le demandeur comme pertinents pour l'imputation des faits allégués au défendeur».



12. In the present case, the choice between these two approaches must depend to a large extent on the nature of the concept "genocide". Can what we conceive of as amounting to genocide be constituted by a single act of a horrific nature? Or can it only be constituted by a series of acts which, while individually being no more than murder or causing serious bodily harm to individuals or such like, are, when viewed cumulatively, evidence of a pattern of activity amounting to genocide?

13. The second alternative seems logically to be the more cogent. A single murder or other horrific act cannot be genocide. Only a series or accumulation of such acts, if they reveal collectively the necessary intent and are directed against a group identifiable in the manner foreseen in Article II of the Convention, will serve to constitute genocide — whereupon liability for the individual component crimes, as well as for the special crime of genocide, will fall not only upon the individuals directly responsible but also upon the State to which their acts are attributable.

14. Approached thus, it is not possible to require that the facts underlying a counter-claim in respect of genocide must have their direct connection with the individual and specific acts forming the basis of the principal claim of genocide. It is sufficient that the acts invoked as constituting the basis of the counter-claim should be directly connected with the principal claim by reason of their occurrence in the course of the same conflict. Indeed, it may be suggested that the policy underlying the prohibition of genocide favours this broader view since the particular obligations of respect for human rights embodied in the Genocide Convention are ones which rest with equal weight upon all persons involved. It is upon this basis that I agree with the conclusion of the Court that the Yugoslav counter-claim is admissible.

15. It is not necessary to repeat here the Court's analysis of its own jurisprudence, but it is appropriate to mention the support for this approach to be derived from the treatment of the analogous problem within national legal systems when counter-claims are brought against plaintiff States which would, were they sued directly as defendants, be able to plead State immunity. One may recall pertinent statements of two particularly distinguished United States judges. The first was made by J. Manton, of the United States Court of Appeals, Second Circuit:

"Claims arising out of the same transaction may be set off against a sovereign. The same transaction does not necessarily mean occurring at the same time. In *Moore v. New York Cotton Exchange* . . . the court said that the transaction may comprehend a series of many

12. Dans la présente espèce, le choix entre ces deux approches doit dépendre dans une large mesure de la nature de la notion de «génocide». Pouvons-nous concevoir que ce qui équivaut à un génocide soit constitué par un acte unique de caractère horrible? Ou peut-il être seulement constitué par une série d'actes qui, n'étant individuellement pas plus qu'un meurtre ou de graves dommages corporels causés à des personnes, sont, lorsqu'on les considère cumulativement, la preuve d'une activité systématique équivalent à un génocide?

13. La seconde possibilité semble logiquement être la plus convaincante. Un meurtre unique ou un autre acte horrible ne peut constituer un génocide. Seule une série ou une accumulation de tels actes, si elle révèle collectivement l'intention nécessaire et est dirigée contre un groupe identifiable de la manière prévue par l'article II de la convention, sera considérée comme constituant un génocide — et dans ces conditions la responsabilité des crimes individuels qui la compose, ainsi que des crimes spéciaux de génocide, ne sera pas imputée uniquement aux individus directement responsables mais aussi à l'Etat auquel leurs actes sont imputables.

14. Dans cette perspective, il n'est pas possible d'exiger que les faits qui sont à l'origine d'une demande reconventionnelle concernant un génocide aient une connexité directe avec les actes individuels et spécifiques formant la base de la demande principale concernant un génocide. Il suffit que les actes invoqués comme constituant la base de la demande reconventionnelle aient un rapport de connexité direct avec la demande principale parce qu'ils se sont produits au cours du même conflit. A vrai dire, on peut considérer que la politique qui est à la base de l'interdiction du génocide conforte cette interprétation plus large étant donné que les obligations particulières de respect des droits de l'homme consacrées dans la convention sur le génocide reposent avec le même poids sur toutes les personnes concernées. C'est sur cette base que je souscris à la conclusion de la Cour selon laquelle la demande yougoslave est recevable.

15. Il n'est pas nécessaire de répéter ici l'analyse de la Cour de sa propre jurisprudence, mais il convient de relever que cette approche est étayée par le traitement d'un problème analogue dans le cadre de systèmes juridiques nationaux lorsque des demandes reconventionnelles sont présentées contre des Etats demandeurs qui, s'ils étaient poursuivis directement en tant que défendeurs, pourraient invoquer l'immunité de l'Etat. On peut rappeler les déclarations pertinentes de deux juges particulièrement éminents des Etats-Unis. La première a été faite par M. J. Manton, de la cour d'appel des Etats-Unis, deuxième circonscription (*Second Circuit*):

«Les demandes procédant de la même transaction peuvent donner lieu à des actions reconventionnelles contre un Etat. La même transaction ne signifie pas nécessairement une concordance temporelle. Dans l'affaire *Moore v. New York Cotton Exchange* ... la

occurrences depending not so much upon the immediateness of their connection as upon their logical relationship.” (*United States v. National City Bank of New York* (1936) 83 F. (2d), p. 236; *International Law Reports*, Vol. 8, p. 218, at p. 220.)

16. The second contribution was by Justice Frankfurter in the Supreme Court of the United States in a case in which the principal claim was by the Republic of China for the recovery of a deposit made in the defendant Bank by the Shanghai-Nanking Railway Administration, an official agency of the State. The Bank counter-claimed on defaulted Treasury Notes of the Republic of China owned by it. Justice Frankfurter said:

“It is recognized that a counterclaim based on the subject matter of a sovereign’s suit is allowed to cut into the doctrine of immunity. This is proof positive that the doctrine is not absolute, and that considerations of fair play must be taken into account in its application. But the limitation of ‘based on the subject matter’ is too indeterminate, indeed too capricious, to mark the bounds of the limitations on the doctrine of sovereign immunity. There is great diversity among courts on what is and what is not a claim ‘based on the subject matter of the suit’ or ‘growing out of the same transaction’ . . . No doubt the present counterclaims cannot fairly be deemed to be related to the Railway Agency’s deposit of funds except insofar as the transactions between the Republic of China and the petitioner may be regarded as aspects of a continuous business relationship. The point is that the ultimate thrust of the consideration of fair dealing which allows a setoff or counterclaim based on the same subject matter reaches the present situation.” (*National City Bank of New York v. Republic of China, et al.* (1955) 348 US 356; *International Law Reports*, Vol. 22, p. 210, at p. 215.)

17. Nothing in Article 9 (counter-claims) of the Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property, adopted in 1991 by the International Law Commission of the United Nations, suggests that codification of the subject has led to any materially different conclusion:

“A State instituting a proceeding before a court of another State cannot invoke immunity from the jurisdiction of the court in respect of any counter-claim arising out of the same legal relationship or facts as the principal claim.” (*Yearbook of the International Law Commission*, 1991, Vol. II, Part Two, p. 30.)

Cour a déclaré que la transaction peut comprendre une série de nombreux actes ne dépendant pas tant du caractère immédiat de leur connexité que de leur rapport logique.» (*United States v. National City Bank of New York* (1936) 83 F. (2d), p. 236; *International Law Reports*, vol. 8, p. 220.)

16. La deuxième déclaration a été faite par M. Frankfurter, juge à la Cour suprême des Etats-Unis dans une affaire où la demande principale avait été présentée par la République de Chine pour recouvrer une somme déposée auprès de la Banque défenderesse par l'administration des chemins de fer Shangai-Nanking, un organisme officiel de l'Etat. La banque a présenté une demande reconventionnelle concernant des bons du trésor de la République de Chine que celle-ci ne lui avait pas remboursés. M. Frankfurter a déclaré :

« Il est admis qu'une demande reconventionnelle fondée sur l'objet d'une instance introduite par un Etat peut mettre en cause la doctrine de l'immunité. Cela prouve manifestement que la doctrine n'est pas absolue, et que des considérations de loyauté doivent être prises en compte dans son application. Mais l'expression limitative « fondée sur l'objet » est trop imprécise, voire trop fluctuante, pour marquer les limites des restrictions de la doctrine de l'immunité de l'Etat. Les tribunaux divergent très largement dans leur opinion sur ce qui constitue et ce qui ne constitue pas une demande « fondée sur l'objet de l'instance » ou « procédant de la même transaction » ... De toute évidence, les demandes reconventionnelles actuelles ne peuvent être objectivement réputées être liées au dépôt de fonds de l'administration des chemins de fer sauf dans la mesure où les transactions entre la République de Chine et l'auteur de la demande peuvent être considérées comme des aspects d'une relation commerciale continue. Mais la question de la considération de la loyauté dans les transactions qui permet de présenter une demande reconventionnelle fondée sur le même objet se pose essentiellement dans la situation actuelle. » (*National City Bank of New York v. Republic of China, et al.* (1955) 348 US 356; *International Law Reports*, vol. 22, p. 215.)

17. Aucune disposition de l'article 9 (demandes reconventionnelles) du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, adopté en 1991 par la Commission du droit international de l'Organisation des Nations Unies, ne laisse entendre que la codification du sujet a abouti à une conclusion sensiblement différente :

« Un Etat qui intente une procédure devant un tribunal d'un autre Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant ledit tribunal en ce qui concerne une demande reconventionnelle qui est fondée sur le même rapport de droit ou les mêmes faits que la demande principale. » (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1991, vol. II, deuxième partie, p. 30.)

18. But determination that the Yugoslav counter-claim is directly connected with the subject-matter of the Bosnian claim cannot be the end of the matter. Each case must be looked at in the light of its own particular facts. The Court has an inherent power and duty to ensure the orderly and effective administration of justice. Cases should be heard with all deliberate speed. To these ends the Court enjoys a significant measure of discretion. It is not controlled by the letter of Article 80 of its Rules. It should be recalled that, in contrast with many of the Rules of the Court, Article 80 does not have its source in any obligatory provision of the Court's Statute. In Article 80 the Court is not laying down a procedure for the implementation of its statutory duty; it is only exercising the general power conferred on it by Article 30 of the Statute to "frame rules for carrying out its functions". The Court has seen the consideration of counter-claims as a possible aspect of its functions and so, of its own initiative, it has framed certain rules. But it is not rigidly or perpetually bound by these Rules. It is free, and, indeed, obliged, to apply them reasonably and to adjust their application to the circumstances of the case before it.

19. It would, therefore, have been open to the Court to have exercised its discretion in the present case by declining to join the otherwise admissible counter-claims to the principal claims. The principal factor that could have been invoked to justify the separation of the treatment of the claims and counter-claims is the immense additional complexity to which the treatment of the counter-claims simultaneously with the claims is bound to give rise. As stated above, a claim of genocide involves the establishment of a pattern or accumulation of individual crimes. Bosnia has in its Memorial alleged six categories of offences: the use of concentration camps; killing; torture; rape; expelling of people and destruction of property, homes, places of worship and cultural objects; and the creation of destructive living conditions — shelling, starvation and intimidation of the population. Yugoslavia has responded in detail to each of these allegations in Part I (the "defence" section) of its Counter-Memorial, as well as adding in Part II a detailed catalogue of the crimes alleged to have been committed by Bosnians and Croats against Serbians. The assessment of the allegations and responses, if approached other than on a fairly general level (a matter on which it is not appropriate to express any view at this stage of the case), could take months of hearings and deliberation. The annexes adduced by Bosnia in support of this part of its case are some 15 cm thick; and those adduced by Yugoslavia in connection with Part I of its Counter-Memorial are some 18 cm thick, while those adduced in support of Yugoslavia's counter-claims add about a further 14.5 cm. The bulk of paper in a case is not always a good guide to its true simplicity or complexity, but it is safe to say that nothing in the materials presented by the two Parties in this case suggests that the task

18. Mais une décision par laquelle il est reconnu que la demande reconventionnelle yougoslave est en connexité directe avec l'objet de la demande de la Bosnie ne peut régler définitivement la question. Chaque affaire doit être examinée à la lumière de ses propres faits particuliers. La Cour a un pouvoir et une obligation naturels d'assurer une administration de la justice régulière et efficace. Les affaires doivent être jugées avec toute la célérité voulue. A ces fins, la Cour jouit d'un très grand pouvoir discrétionnaire. Elle n'est pas tenue par la lettre de l'article 80 de son Règlement. Il convient de rappeler que, contrairement à de nombreuses dispositions du Règlement de la Cour, l'article 80 n'a pas sa source dans une disposition obligatoire quelconque du Statut de la Cour. A l'article 80, la Cour ne définit pas une procédure pour l'exercice de son obligation statutaire; elle ne fait simplement qu'exercer le pouvoir général qui lui est conféré par l'article 30 du Statut de «détermine[r] par un règlement le mode suivant lequel elle exerce ses attributions». La Cour a considéré l'examen des demandes reconventionnelles comme un aspect possible de ses attributions et elle a ainsi, de sa propre initiative, déterminé un certain règlement. Mais elle n'est pas liée strictement ou perpétuellement par ce règlement. Elle a la faculté et, en fait, est tenue de les appliquer de manière raisonnable et d'adapter leur application aux circonstances de l'affaire dont elle est saisie.

19. En conséquence, la Cour aurait eu toute latitude pour exercer son pouvoir discrétionnaire dans la présente espèce en refusant de joindre des demandes reconventionnelles par ailleurs recevables aux demandes principales. Le facteur essentiel qui aurait pu être invoqué pour justifier un traitement distinct des demandes et des demandes reconventionnelles est la complexité supplémentaire considérable à laquelle va donner inévitablement lieu le traitement de demandes reconventionnelles en même temps que des demandes initiales. Comme il est indiqué ci-dessus, une demande concernant un génocide implique l'établissement du caractère systématique ou de l'accumulation de crimes individuels. La Bosnie a dans son mémoire soutenu que six catégories d'infractions avaient été commises: l'utilisation de camps de concentration; les meurtres; les tortures; les viols; l'expulsion des populations et la destruction de biens, de maisons, de lieux de culte et d'objets culturels; et la création de conditions de vie destructrices — bombardements, réduction à la famine et intimidation de la population. La Yougoslavie a répondu en détail à chacune de ces allégations dans la première partie (dans la section consacrée aux «moyens de défense») de son contre-mémoire, ainsi qu'en mentionnant dans la deuxième partie une liste détaillée des crimes qui auraient été commis par des Bosniaques et des Croates contre des Serbes. L'évaluation des allégations et des réponses, si elle est faite en dehors d'un cadre assez général (question sur laquelle il ne convient pas d'exprimer une opinion quelconque à cette phase de l'instance), pourrait exiger des mois d'audition et de délibération. Les annexes produites par la Bosnie à l'appui de cette partie de son argumentation ont environ 15 centimètres d'épaisseur; et celles présentées par la Yougoslavie en rapport avec la première partie de son

that will eventually face the Court when it comes to the merits will be other than an extremely heavy one.

20. The question is, however, whether the Court could exercise its discretion to defer the consideration of the material contained in the Yugoslav counter-claim until after it has disposed of the Bosnian claim without improperly depriving Yugoslavia of its right to deploy those defences that the latter thinks are necessary as a response to the Bosnian claim. The answer in this case is no. It appears from the Yugoslav Statement of 23 October 1997 in reply to Bosnia's Statement of 9 October 1997 that Yugoslavia considers that the material it has advanced in Part II of its Counter-Memorial (the "counter-claim" part) is also an essential ingredient of its defence to the principal Bosnian claim. It is impossible for the Court at this stage of the case to attempt to assess the extent to which the material in Part II of the Yugoslav Counter-Memorial is or is not proper for use as a defence to the Bosnian principal claim. Also, the Court cannot disregard the possibility that the Yugoslav Counter-Memorial is advancing a *tu quoque* argument.

21. One fact which might have affected the admissibility of the Yugoslav counter-claim is that some of the allegations of genocidal conduct are levelled not only against Bosnians but also against Croats, thus seemingly bringing into the case the question of the liability of a State not party to the proceedings. The Yugoslav Counter-Memorial does not grapple with the implications of this fact. However, the number of situations in which allegations are made against Croats would appear, at the present stage at any rate, to be too small to lead the Court to treat this feature by itself as sufficient to exclude the admissibility of the counter-claims a whole.

22. In short, reluctant though one may feel to see the complexity of this case magnified by the incorporation of the Yugoslav counter-claim, there appears to be no convincing basis on which it may be excluded — though the possibility is not to be excluded that some satisfactory solution might have been found if the Court had agreed to oral proceedings on this interlocutory, but nevertheless important, aspect of the case.

23. In conclusion, it is essential to appreciate that the difficulties which confront the Court are not of its own making nor, indeed, of the making of the Parties. The closer one approaches the problems posed by

contre-mémoire quelque 18 centimètres d'épaisseur, alors que celles présentées à l'appui des demandes reconventionnelles de la Yougoslavie ont 14,5 centimètres d'épaisseur. La grande masse de documents dans une affaire ne permet pas toujours de savoir réellement si elle est simple ou complexe, mais on peut dire sans risque de se tromper que rien dans les documents présentés par les deux Parties dans cette affaire ne permet de penser que la tâche à laquelle la Cour devra finalement faire face lorsqu'elle abordera le fond ne sera pas extrêmement lourde.

20. Toutefois, la question qui se pose est de savoir si la Cour pouvait exercer son pouvoir discrétionnaire de différer l'examen des éléments contenus dans la demande reconventionnelle yougoslave jusqu'à ce qu'elle se soit prononcée sur la demande de la Bosnie, sans priver indûment la Yougoslavie de son droit de présenter les moyens de défense qu'elle juge nécessaires pour répondre à la demande de la Bosnie. La réponse à cette question est négative. Il ressort de la déclaration de la Yougoslavie du 23 octobre 1997 en réponse à la communication de la Bosnie du 9 octobre 1997 qu'elle considère que les documents qu'elle a présentés dans la deuxième partie de son contre-mémoire (la partie concernant la « demande reconventionnelle ») constitue aussi un élément essentiel de ses moyens de défense contre la demande principale de la Bosnie. Il est impossible à la Cour à cette phase de l'affaire de chercher à évaluer dans quelle mesure les éléments figurant dans la deuxième partie du contre-mémoire yougoslave peuvent ou non valablement être utilisés comme moyens de défense contre la demande principale de la Bosnie. De même, la Cour ne peut écarter la possibilité que le contre-mémoire yougoslave avance un argument *tu quoque*.

21. Le fait que certaines de ces allégations de comportements de la nature d'un génocide soient formulées non seulement contre les Bosniaques mais aussi contre les Croates aurait pu aussi avoir des effets sur la recevabilité de la demande reconventionnelle yougoslave, ce qui apparemment aurait introduit dans l'affaire la question de la responsabilité d'un Etat qui n'est pas partie à l'instance. Le contre-mémoire yougoslave ne traite pas des incidences de ce fait. Toutefois, le nombre de situations dans lesquelles des allégations sont formulées contre des Croates semblerait, à la phase actuelle en tout état de cause, être trop limité pour amener la Cour à considérer cette caractéristique en soi comme suffisante pour écarter la recevabilité de l'ensemble des demandes reconventionnelles.

22. En résumé, quelles que soient les réticences que l'on puisse ressentir à voir que cette affaire est rendue encore plus complexe par la prise en compte de la demande reconventionnelle yougoslave, il ne semble pas exister de bases convaincantes permettant de l'exclure — bien que l'on ne puisse écarter la possibilité qu'une certaine solution satisfaisante aurait pu être trouvée si la Cour avait accepté de tenir une procédure orale sur cet aspect interlocutoire, mais néanmoins important, de l'affaire.

23. En conclusion, il est essentiel de se rendre compte que les difficultés auxquelles fait face la Cour ne sont pas dues à sa propre action ni, de fait, à l'action des Parties. Plus on se rapproche de l'étude des pro-



the operation of the judicial settlement procedure contemplated by Article IX of the Genocide Convention, the more one is obliged to recognize that these problems are of an entirely different kind from those normally confronting an international tribunal of essentially civil, as opposed to criminal, jurisdiction. The difficulties are systemic and their solution cannot be rapidly achieved, whether by the Court or, perhaps more appropriately, by the parties to the Genocide Convention.

*(Signed)* Elihu LAUTERPACHT.

---

blèmes que pose l'application de la procédure de règlement judiciaire prévu par l'article IX de la convention sur le génocide, plus on est obligé de reconnaître que ces problèmes sont de nature entièrement différente de ceux confrontant normalement un tribunal international exerçant une juridiction essentiellement civile, et non pénale. Les difficultés sont systémiques et leur solution ne peut être rapidement trouvée, que ce soit par la Cour ou, ce qui serait peut-être plus approprié, par les parties à la convention sur le génocide.

*(Signé)* Elihu LAUTERPACHT.

---