

DECLARATION OF JUDGE DONOGHUE

1. I have voted in favour of all operative paragraphs of the Judgment and I agree in most respects with the Court's reasoning. In this declaration, I offer observations about the parts of the Judgment that discuss the *actus reus* of genocide, both with respect to Croatia's claim and with respect to Serbia's counter-claim.

2. I begin by addressing the written witness statements submitted by Croatia and the Court's evaluation of them. As the Judgment indicates, there are many deficiencies in those statements. Even if the Court had set aside every witness statement, however, there would be no change in the Court's conclusions as to the principal claim. The factual findings of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia ("ICTY"), taken together with Serbia's admissions, amply establish that Croats were the victims of intentional killings and of acts causing serious bodily and mental harm. Serbia has admitted that the evidence establishes the *actus reus* of genocide, both generally (CR 2014/15, p. 13, para. 10 (Schabas)) and, as is detailed in the Judgment, in respect of many particular localities. The geographic breadth of the ICTY findings and of Serbia's admissions also convincingly establishes a pattern of conduct by the Yugoslav National Army (*Jugoslovenska narodna armija* ("JNA")) and Serb forces. Croatia's claim fails not because of deficiencies in the witness statements, but because genocidal intent is not the only inference that can reasonably be drawn from the pattern of conduct. Nonetheless, the statements and the Court's analysis of them merit a brief comment.

3. In past cases, the Court has provided guidance about the criteria that it uses to evaluate witness statements. It considers whether a witness is disinterested, giving greater weight to testimony of someone who has nothing to gain or to lose, as well as to statements against interest (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, pp. 42-43, para. 69). The Court distinguishes between facts within the witness's personal knowledge, on the one hand, and speculation or repetition of information learned from others (sometimes called "hearsay") on the other hand (*ibid.*, p. 42, para. 68). The Court gives particular weight to statements that are contemporaneous with the events at issue (*Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2007 (II)*, p. 731, para. 244). These evaluative criteria are reaffirmed today (Judgment, paras. 196-197).

DÉCLARATION DE M^{me} LA JUGE DONOGHUE

[Traduction]

1. J'ai voté pour tous les points du dispositif de l'arrêt et je souscris à la plupart des éléments du raisonnement suivi par la Cour. Dans la présente déclaration, j'entends néanmoins formuler quelques observations sur les parties de l'arrêt qui traitent de l'élément matériel (*actus reus*) du génocide en réponse tant à la demande de la Croatie qu'à la demande reconventionnelle de la Serbie.

2. J'examinerai d'abord les déclarations écrites de témoins produites par la Croatie et leur appréciation par la Cour. Ainsi qu'il est dit dans l'arrêt, ces déclarations sont déficientes à bien des égards. Cela étant, même si la Cour avait écarté chacune de ces déclarations de témoins, ses conclusions concernant la demande principale seraient restées les mêmes. Les constatations factuelles du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie («le TPIY») et les faits admis par la Serbie établissent amplement que les Croates ont été victimes de meurtres et d'atteintes graves à leur intégrité physique ou mentale. La Serbie a reconnu que les éléments de preuve établissaient l'existence de l'élément matériel du génocide, tant de façon générale (CR 2014/15, p. 13, par. 10 (Schabas)) que, comme il est exposé en détail dans l'arrêt, relativement à un grand nombre de localités précises. La portée géographique des constatations du TPIY et des faits admis par la Serbie établissent également de façon convaincante l'existence d'une ligne de conduite suivie par l'armée populaire yougoslave (*Jugoslovenska narodna armija* («la JNA»)) et les forces serbes. La Cour a rejeté la demande de la Croatie non pas en raison des déficiences des déclarations de témoins, mais parce que l'intention génocidaire n'était pas la seule conclusion que l'on puisse raisonnablement tirer de ladite ligne de conduite. Toutefois, les déclarations de témoins et l'analyse qu'en a fait la Cour méritent qu'on s'y arrête brièvement.

3. La Cour a fourni lors d'affaires précédentes des indications sur les critères qu'elle applique pour apprécier les déclarations de témoins. Elle examine si le témoin est désintéressé et elle accorde plus de poids au témoignage de quelqu'un qui n'a rien à perdre ni à gagner, ou s'exprime au mépris de ses intérêts (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 42-43, par. 69). Elle opère aussi une distinction entre les faits dont le témoin a une connaissance personnelle, d'une part, et les spéculations ou le relais d'informations obtenues d'autrui («oui-dire»), d'autre part (*ibid.*, p. 42, par. 68). La Cour accorde un poids particulier aux déclarations contemporaines des faits (*Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes* (*Nicaragua c. Honduras*), arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II), p. 731, par. 244). Ces critères d'appréciation ont été réaffirmés aujourd'hui par la Cour (arrêt, par. 196-197).

4. The Court can apply these criteria only if a statement includes sufficient information to permit analysis. What, then, are the elements that should be included in a written witness statement? The Statute and Rules of Court provide little guidance about the form or content of such statements. As to a witness who will appear in Court, however, the Rules require certain basic information, including the name, nationality and residence of the witness, and a declaration that the testimony is the truth (Articles 57 and 64 of the Rules of Court). This information is also necessary for the evaluation of the probative value of a written statement. In this regard, I draw attention to Article 4, subparagraph 5, of the International Bar Association (IBA) Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration of 29 May 2010 (which addresses written witness statements). That provision calls for basic information similar to that required by Articles 57 and 64 of the Rules of Court (including name, residence, affirmation of truth, signature, and date and place of the signature).

5. Of course, to evaluate the probative value of a particular statement, it is necessary to look beyond these matters of form and to scrutinize the content of each statement. The IBA Rules are again instructive. They call for information about the relationship between the witness and the parties, which can shed light on whether the witness is disinterested, and they require that a statement contain a full and detailed description of the facts and of the source of the witness's information. Such a description permits a court or tribunal to evaluate the reliability of the evidence (for example, whether the witness was in a position to see or hear events clearly) and whether the witness had direct knowledge of events that are the subject of the testimony (as opposed to having heard of events from others).

6. The evaluative criteria described in the preceding paragraphs are not new and are not peculiar to this Court. An enumeration of minimum requirements for the form and content of written witness statements (along the lines of Articles 57 and 64 of the Rules of Court or of Article 4 of the IBA Rules) certainly could provide more precise guidance to parties. Even without such an enumeration, however, it should come as no surprise that a witness statement that lacks the information that the Court needs in order to apply established evaluative criteria will not be effective in proving a party's allegations.

7. This leads me to an observation about the way the Court evaluates the witness statements submitted by Croatia in the course of deciding whether the evidence establishes the *actus reus* of genocide in particular localities. As I see it, the localities analysed by the Court can be grouped into two categories, in light of the kind of evidence available to the Court.

8. The first category comprises those localities as to which the case file includes ICTY factual findings and Serbia's admissions, as well as, in some instances, witness statements. For each of these localities, the Court

4. La Cour ne peut appliquer ces critères que si une déclaration renferme suffisamment d'informations pour en permettre l'analyse. Quels sont donc les éléments qui doivent figurer dans une déclaration écrite de témoin? Le Statut et le Règlement de la Cour donnent peu d'indications sur la forme ou la teneur de ces déclarations. En ce qui concerne les témoins qui déposent devant la Cour, cependant, le Règlement (art. 57 et 64) prévoit que soient fournies certaines informations de base, dont le nom, la nationalité et le domicile du témoin, et que celui-ci fasse une déclaration par laquelle il s'engage à dire la vérité. Ces indications sont nécessaires également pour déterminer la valeur probante d'une déclaration écrite. A cet égard, j'appelle l'attention sur le paragraphe 5 de l'article 4 des règles sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international publiées le 29 mai 2010 par l'International Bar Association (IBA) (qui porte sur les déclarations écrites de témoins). Cette disposition exige que soient fournis des renseignements de base semblables à ceux prévus aux articles 57 et 64 du Règlement de la Cour (nom, adresse, affirmation de véracité, signature, date et lieu de signature).

5. Pour apprécier la valeur probante d'une déclaration, il est bien entendu nécessaire, par-delà les questions de forme, d'en examiner au plus près la teneur. Les règles de l'IBA sont, là encore, instructives. Elles prévoient que soient fournis des renseignements sur les liens éventuels du témoin avec les parties, ce qui peut éclairer sur son désintéressement, et stipulent que la déclaration doit comprendre un exposé complet et détaillé des faits et préciser la source des informations fournies par le témoin. La cour ou le tribunal peut ainsi évaluer la fiabilité des éléments de preuve (par exemple, juger si le témoin était à même de voir ou d'entendre clairement ce qui se passait lors des faits) et déterminer si le témoin a eu directement connaissance des faits dont il témoigne (et n'en a pas simplement entendu parler).

6. Les critères d'appréciation décrits dans les paragraphes qui précèdent ne sont pas nouveaux ni particuliers à la Cour. Une énumération des conditions minimales de forme et de contenu auxquelles doivent satisfaire les déclarations écrites de témoins (analogues à ce qu'on trouve aux articles 57 et 64 du Règlement de la Cour ou à l'article 4 des règles de l'IBA) pourrait certainement fournir aux parties des indications plus précises. Même en l'absence d'une telle énumération, cependant, il n'y a rien d'étonnant à ce qu'une déclaration de témoin ne contenant pas les renseignements dont la Cour a besoin pour appliquer les critères d'appréciation établis soit jugée par elle inopérante lorsqu'il s'agit de prouver les allégations d'une partie.

7. Ces considérations m'amènent à faire une observation sur la manière dont la Cour a apprécié les déclarations de témoins produites par la Croatie pour décider si les éléments de preuve établissaient l'existence de l'élément matériel du génocide dans certaines localités. Selon moi, les localités analysées par la Cour peuvent être rangées en deux catégories, selon la nature des éléments de preuve dont disposait la Cour à leur sujet.

8. La première catégorie comprend les localités au sujet desquelles le dossier contient des constatations factuelles du TPIY et expose des faits reconnus par la Serbie, ainsi que, dans certains cas, des déclarations de

finds that the evidence establishes the *actus reus* of genocide. These conclusions stand on solid ground. The evidence meets Croatia's burden of proof and satisfies the high standard of proof that governs this case; it "clearly establishes" the *actus reus* of genocide and is "fully convincing" (Judgment, para. 178), whether or not witness statements are taken into account.

9. The second category comprises those localities as to which the case file does not include ICTY factual findings or Serbia's admissions. For these localities, Croatia relies heavily on witness statements. The Court's central inquiry in respect to these statements is whether they are signed and whether the evidence contained therein is based on a witness's first-hand knowledge (as opposed to hearsay). In a few instances, deficiencies in the relevant witness statements (for example, lack of signature or hearsay) lead to the conclusion that the *actus reus* of genocide is not established. For most localities in this second category, however, the Court concludes that the relevant statements are signed and are based on the witness's first-hand knowledge. Repeatedly, the Court indicates that statements that meet these two conditions are to be accorded "evidential weight" ("valeur probante"). I agree that signed statements that are based on first-hand knowledge can have probative value, and thus can support a party's allegations. I am troubled, however, that the Court's analysis seems to leap from the refrain that a statement deserves "evidential weight" to a finding that the *actus reus* of genocide is established. Only after taking into account evaluative criteria additional to signature and first-hand knowledge (such as the location of the witness in relation to the events in question, whether the witness is disinterested, and the circumstances of an interview) is it possible to conclude that statements are fully convincing and that they clearly establish the *actus reus* of genocide, as required by the governing standard of proof. It is therefore unfortunate that the Judgment is inconsistent in the extent to which it sets out the Court's analysis of the elements of particular witness statements that are the basis for the conclusion that the *actus reus* of genocide is established or not, and that it omits citations to the relevant parts of the case file. The obscurity of the Court's reasoning invites questions about whether the Court is faithful to its stated standard of proof. Moreover, because ICTY factual findings and Serbia's admissions clearly establish both the *actus reus* of genocide and the alleged pattern of conduct by the JNA and Serb forces, the Court could have avoided locality-by-locality pronouncements as to the *actus reus* of genocide in respect to localities in this second category.

témoins. Pour chacune de ces localités, la Cour a conclu que les éléments de preuve établissaient l'élément matériel du génocide. Ces conclusions reposent sur une assise solide. La Croatie a dûment assumé la charge de la preuve qui lui incombait relativement à ces éléments, et ceux-ci satisfont aux critères rigoureux d'établissement de la preuve retenus en l'espèce; ils «avèrent clairement» l'existence de l'élément matériel du génocide et sont «pleinement convaincants» (arrêt, par. 178), que les déclarations de témoins soient ou non prises en considération.

9. La seconde catégorie comprend les localités au sujet desquelles le dossier ne contient pas de constatations factuelles du TPIY et n'expose pas des faits admis par la Serbie. Pour ces localités, la Croatie s'est largement appuyée sur des déclarations de témoins. Elle s'est principalement attachée à déterminer si ces déclarations étaient signées et si les témoins avaient eu connaissance directement des éléments de preuve y figurant (et non par ouï-dire). Dans quelques cas, des déficiences dans les déclarations de témoins (par exemple, le défaut de signature ou le ouï-dire) ont conduit la Cour à conclure que l'élément matériel du génocide n'était pas avéré. Pour la plupart des localités de cette seconde catégorie, cependant, la Cour a établi que les déclarations pertinentes étaient signées et que les témoins avaient eu connaissance directement des éléments y figurant. A maintes reprises, la Cour a dit que les déclarations remplissant ces deux conditions devaient être considérées comme ayant une «valeur probante». Je conviens certes que les déclarations signées reposant sur une connaissance directe des éléments avancés peuvent avoir une valeur probante et venir en conséquence étayer les allégations d'une partie. Ce qui me gêne dans l'analyse faite par la Cour, c'est que celle-ci, après avoir recensé les déclarations auxquelles il convenait d'accorder une «valeur probante», est passée, un peu hâtivement, à la conclusion que ces déclarations avéraient l'élément matériel du génocide. A mon sens, il n'était possible de conclure qu'une déclaration était pleinement convaincante et avait clairement l'existence de l'élément matériel du génocide, selon le critère d'établissement de la preuve retenus en l'espèce, qu'après avoir pris en considération des critères d'appréciation autres que la signature et la connaissance directe (comme le lieu où se trouvait le témoin lorsqu'il a eu connaissance des éléments de preuve, son désintéressement et les circonstances de l'entretien). Il est regrettable que l'arrêt présente un manque de cohérence imputable à l'étendue insuffisante de l'exposé consacré à l'analyse par la Cour des éléments des déclarations de témoins sur lesquels elle s'est fondée pour juger si l'élément matériel du génocide existait, et au défaut de citations des parties pertinentes du dossier. L'obscurité du raisonnement de la Cour amène à se demander si elle s'est conformée au critère d'établissement de la preuve qu'elle avait énoncé. De plus, vu que les constatations factuelles du TPIY et les faits admis par la Serbie établissent clairement l'existence aussi bien de l'élément matériel du génocide que de la ligne de conduite imputée à la JNA et aux forces serbes, la Cour aurait pu se dispenser de statuer cas par cas sur l'élément matériel du génocide pour les localités de cette seconde catégorie.

10. As regards the counter-claim, I offer one comment on the Court's analysis regarding the *actus reus* of genocide. I address here the Court's conclusion that civilian deaths resulting from the shelling of Knin are not "killing[s]" within the meaning of subparagraph (a) of Article II of the Convention (Judgment, paras. 474-475), which the Court has interpreted to extend only to intentional killings (*ibid.*, para. 156; case concerning the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (I), p. 121, para. 186).

11. I have no quarrel with the Court's conclusion that it is unable to find that the civilian deaths in Knin were the result of indiscriminate shelling (Judgment, para. 472). However, I disagree with the suggestion (*ibid.*, para. 474) that the term "killing", as used in subparagraph (a) of Article II, does not extend to deaths resulting from attacks that are directed exclusively at military targets and that do not deliberately target civilians. It is certainly possible for the deaths resulting from such attacks to be intentional killings, even if the attack did not deliberately target civilians. Depending on the particulars, such killings may or may not be lawful under the law of armed conflict and that distinction could bear on the evaluation of evidence as to genocidal intent. At the stage of examining whether deaths comprise the *actus reus* of genocide, however, I consider it sufficient for the Court to decide whether the killings were intentional.

12. This observation does not affect my agreement with the Court's more general conclusions as to the counter-claim: the evidence proves the *actus reus* of genocide but the counter-claim fails because genocidal intent has not been proven.

(Signed) Joan E. DONOGHUE.

10. Au sujet de la demande reconventionnelle de la Serbie, il me paraît utile de formuler une observation sur l'analyse faite par la Cour de l'élément matériel du génocide, plus précisément sur sa conclusion selon laquelle les morts de civils qui ont résulté d'attaques d'artillerie à Knin n'étaient pas des «meurtre[s]» au sens du *litt. a)* de l'article II de la Convention (arrêt, par. 474-475), terme qui, selon l'interprétation de la Cour, ne désigne que l'acte de tuer intentionnellement (*ibid.*, par. 156; affaire concernant l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 121, par. 186).

11. Je ne conteste pas la conclusion de la Cour selon laquelle elle ne saurait conclure que les morts parmi les civils de Knin ont résulté d'attaques d'artillerie indiscriminées (arrêt, par. 472). Cependant, je ne suis pas d'accord avec elle lorsqu'elle laisse entendre (*ibid.*, par. 474) que la portée du terme «meurtre», tel qu'il est employé au *litt. a)* de l'article II de la Convention, ne s'étend pas à l'acte de tuer dans le cadre d'attaques dirigées exclusivement contre des objectifs militaires et ne visant pas délibérément les civils. Il est certainement possible que les pertes civiles résultant de telles attaques soient causées intentionnellement, même si les civils n'étaient pas visés délibérément. Selon les circonstances, ces actes peuvent être ou non licites au regard du droit des conflits armés, et cette distinction pourrait avoir une incidence sur l'appréciation des éléments de preuve avancés pour établir l'intention génocidaire. Cependant, lorsqu'il s'agit pour la Cour de décider si des pertes civiles sont constitutives de l'élément matériel du génocide, il lui suffit à mon sens de déterminer si ces pertes ont été causées intentionnellement.

12. Cette observation ne m'empêche nullement de souscrire aux conclusions plus générales de la Cour sur la demande reconventionnelle : les éléments de preuve établissaient l'existence de l'élément matériel du génocide, mais la demande reconventionnelle devait être rejetée parce que l'intention génocidaire n'a pas été prouvée.

(Signé) Joan E. DONOGHUE.