

## DISSENTING OPINION OF JUDGE TLADI

*Jurisdiction ratione temporis — Interpretation of Article 22 of the Convention — Applicability of other relevant rules and principles of international law under Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties — Reciprocity — Non-retroactivity — Concept of erga omnes partes not undermined by Judgment.*

*Judgment undermines the concepts of continuing and composite breaches — Erroneously excludes actions and omissions occurring before the “critical date” that may form part of a continuing wrongful act constituting a breach of an international obligation — Conflates individual actions and omissions that constitute a continuing breach with the wrongful act that constitutes a breach.*

## 1. INTRODUCTION

1. I have voted in favour of the first and second paragraphs of the *dispositif*, namely Armenia’s preliminary objections to the Court’s jurisdiction *ratione temporis* (see paragraph 101 (1)) and jurisdiction *ratione materiae* in relation to the laying of landmines and booby traps (see paragraph 101 (2)), respectively. I do not, however, share the majority’s conclusion concerning the third preliminary objection raised by Armenia concerning the Court’s jurisdiction *ratione materiae* in respect of environmental damage. As such, I have voted against the third paragraph of the *dispositif* (see paragraph 101 (3)), and I join my colleagues — Judges Charlesworth, Cleveland and Nolte — in a joint dissenting opinion where our views and reasons on this point are reflected.

2. While I have voted in favour of upholding the first preliminary objection of Armenia, I have strong reservations against the majority’s treatment of one of the arguments presented by Azerbaijan in the alternative, namely that the breaches it is complaining of constitute continuing and/or composite wrongful acts and hence would fall within the scope of the Court’s jurisdiction *ratione temporis* notwithstanding the Court’s determination as to “the critical date”. I believe the majority’s treatment of this argument is based on a misconstruction of the basic rule of the law on State responsibility for reasons explained in Section 3 below. Since I believe the majority’s treatment of this aspect to be *potentially* very detrimental to the Applicant’s

## OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE TLADI

[Traduction]

*Compétence ratione temporis — Interprétation de l'article 22 de la convention — Applicabilité d'autres règles et principes pertinents de droit international comme prévu à l'alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités — Réciprocité — Non-rétroactivité — Arrêt ne portant pas atteinte au concept d'erga omnes partes.*

*Arrêt dénaturant les notions de violation continue et de violation composite — Exclusion erronée des actions et omissions survenues avant la « date critique » susceptibles de faire partie d'un fait illicite à caractère continu emportant violation d'une obligation internationale — Amalgame entre les actions et omissions individuelles qui constituent une violation continue et le fait illicite qui constitue une violation.*

## 1. INTRODUCTION

1. J'ai voté pour les premier et deuxième points du dispositif de l'arrêt, relatifs aux exceptions préliminaires soulevées par l'Arménie à la compétence *ratione temporis* de la Cour (par. 101, point 1) et à sa compétence *ratione materiae* s'agissant de la pose de mines terrestres et de pièges (par. 101, point 2). En revanche, je ne souscris pas à la conclusion de la majorité concernant la troisième exception préliminaire de l'Arménie, qui porte sur la compétence *ratione materiae* de la Cour à l'égard des dommages causés à l'environnement. J'ai donc voté contre le troisième point du dispositif (par. 101, point 3), et mes collègues, les juges Charlesworth, Cleveland et Nolte, et moi-même avons joint à l'arrêt une opinion dissidente commune dans laquelle nous exposons nos vues et notre raisonnement à cet égard.

2. Si j'ai voté pour la décision de retenir la première exception préliminaire de l'Arménie, j'ai néanmoins de fortes réserves au sujet de la réponse apportée par la majorité à l'un des moyens invoqués par l'Azerbaïdjan à titre subsidiaire, à savoir que les violations dont il tire grief constituent des faits illicites continus ou composites et relèvent donc de la compétence *ratione temporis* de la Cour, quelle que soit la « date critique » déterminée par celle-ci. Je considère que la réponse de la majorité à cette thèse repose sur une interprétation erronée d'une règle fondamentale du droit de la responsabilité de l'État, pour les raisons que j'exposerai à la section 3 ci-après. Comme je considère aussi que cette réponse de la majorité est *potentielle*-

case on the merits, I have seen it necessary to label this opinion as a dissent even though this is not reflected in the *dispositif* (see paragraph 101 (1)) of the Judgment.

3. In this opinion, I will first explain why I support the Court's overall conclusion on the first preliminary objection raised by Armenia. I think this explanation is necessary in light of the *erga omnes* nature of the obligations in question that might appear to pull in a different direction. Thereafter, in Section 3, I will turn my attention to the Court's treatment of continuing and composite acts and explain my consternation with the Court's treatment of Azerbaijan's argument. In this connection, I will focus only on continuing breaches on the understanding that this covers also composite acts *when* they "give rise to continuing breaches"<sup>1</sup>. In other words, what is at stake here are the breaches of international obligations alleged by Azerbaijan that straddle the critical date determined by the Court.

## 2. THE COURT'S JURISDICTION *RATIONE TEMPORIS*

4. Armenia has contended that the Court does not have jurisdiction over all of Azerbaijan's claims concerning alleged acts and omissions of Armenia that occurred prior to 15 September 1996, i.e. the date on which Azerbaijan became a party to the United Nations International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (hereinafter the "Convention" or sometimes "CERD"). For Azerbaijan, the critical date for determining the scope of the Court's temporal jurisdiction is not the date on which Azerbaijan became a party but rather the date on which Armenia became a party, i.e. 23 July 1993, that being the date on which Armenia assumed obligations under the Convention. In the alternative, Azerbaijan has argued that if the Court were to accept Armenia's contention that the critical date is 15 September 1996, the Court should nonetheless exercise jurisdiction over any acts or omissions that may have commenced prior to 15 September 1996, but which continued after the date.

5. The Court has correctly upheld Armenia's objection and found that it does not have jurisdiction *ratione temporis* over Azerbaijan's claims

---

<sup>1</sup> See commentary to Article 15 of the International Law Commission's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (hereinafter the "ILC Articles on State Responsibility"), *Yearbook of the International Law Commission (YILC)*, 2001, Vol. II, Part Two, p. 62, para. 1:

"Within the basic framework established by the distinction between completed and continuing acts in article 14, article 15 deals with a further refinement, viz. the notion of a composite wrongful act. Composite acts give rise to continuing breaches."

ment très préjudiciable à la cause du demandeur sur le fond, il me semble nécessaire de qualifier mon opinion de «dissidente», même si cette dissidence n'apparaît pas dans le dispositif de l'arrêt (par. 101, point 1).

3. Dans la présente opinion, j'expliquerai d'abord pourquoi je souscris à la conclusion générale de la Cour sur la première exception préliminaire de l'Arménie. Je pense que cette explication est nécessaire compte tenu du caractère *erga omnes* des obligations en question, qui peut sembler appeler une décision dans un sens différent. Ensuite, à la section 3, j'examinerai la manière dont la Cour appréhende les faits continus et composites, et j'expliquerai pourquoi je suis consterné par la réponse de la Cour aux arguments de l'Azerbaïdjan. À cet égard, j'examinerai seulement les violations continues, étant entendu qu'elles couvrent également les faits composites *dès lors que ceux-ci* «donnent lieu à des violations à caractère continu»<sup>1</sup>. Autrement dit, ce dont il s'agit ici, ce sont les violations d'obligations internationales alléguées par l'Azerbaïdjan qui commencent avant la date critique déterminée par la Cour et se poursuivent au-delà.

## 2. LA COMPÉTENCE *RATIONE TEMPORIS* DE LA COUR

4. L'Arménie soutient que la Cour n'a pas compétence à l'égard de l'ensemble des demandes de l'Azerbaïdjan concernant les actions et omissions qu'elle aurait commises avant le 15 septembre 1996, c'est-à-dire la date à laquelle le demandeur est devenu partie à la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (ci-après la «convention» ou la «CIEDR»). Pour l'Azerbaïdjan, la date critique à retenir pour déterminer la portée temporelle de la compétence de la Cour est non pas la date à laquelle il est devenu partie à la convention, mais celle à laquelle l'Arménie y est devenue partie, c'est-à-dire le 23 juillet 1993, cette date étant celle à laquelle l'Arménie a assumé les obligations prévues par la convention. À titre subsidiaire, l'Azerbaïdjan fait valoir que, même si elle retenait la date critique du 15 septembre 1996 qu'invoque l'Arménie, la Cour n'en devrait pas moins exercer sa compétence à l'égard de toutes les actions ou omissions qui auraient débuté avant le 15 septembre 1996, mais se seraient poursuivies après cette date.

5. C'est à bon droit que la Cour a accueilli cette première exception de l'Arménie et conclu qu'elle n'avait pas compétence *ratione temporis* pour

<sup>1</sup> Voir le projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (ci-après les «articles sur la responsabilité de l'État»), *Annuaire de la Commission du droit international (ACDI)*, 2001, vol. II, deuxième partie, p. 65, commentaire de l'article 15, par. 1 :

«Dans le cadre général de la distinction établie à l'article 14 entre les faits achevés et les faits ayant un caractère continu, l'article 15 introduit une nuance supplémentaire, à savoir la notion de fait illicite composite. Les faits composites donnent lieu à des violations à caractère continu.»

concerning acts and omissions that occurred prior to 15 September 1996. With respect to the alternative argument concerning continuing or composite acts, however, the Court's decision is at best unclear and confusing, and at worst simply wrong and based on a misapprehension of the rules on State responsibility. The best reading of the Court's Judgment is that it accepts Azerbaijan's alternative argument but expresses itself poorly. The worst reading of the Court's Judgment is that it pretends to accept Azerbaijan's alternative contention and then proceeds to undermine it.

6. While my concern with the Judgment's treatment of the first preliminary objection is only in respect of its treatment of Azerbaijan's alternative argument concerning continuing and composite acts, I would also like to note a few things about the temporal scope of the Court's jurisdiction in broad terms. The arguments of the Parties are summarized sufficiently in the Court's Judgment, and I will not repeat them here. Instead, I wish to focus on three points. *First*, while the Court's temporal jurisdiction in this case must necessarily be determined by an interpretation of Article 22 of the Convention, I do not believe, as both Parties seemed to argue, that the ordinary meaning of the words of the provision provides an answer to the issue before the Court. *Second*, I do not think that the Court's current jurisprudence is sufficient to justify the establishment of jurisdiction over the period prior to Azerbaijan's becoming a party to the Convention. *Third*, while I am often disappointed at the Court's reluctance to make more of humanizing concepts such as *jus cogens* and *erga omnes*, in this case I do not think that the *erga omnes* or *erga omnes partes* character of the obligations can have the effect that Azerbaijan asserts in its pleadings. I will explain why that is the case and why the Court's Judgment should not be seen as undermining the effects of *erga omnes* or *erga omnes partes* obligations as a principle.

### *2.1. Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties*

7. The general rule of interpretation, in Article 31 (1) of the Vienna Convention on the Law of Treaties (hereinafter the "Vienna Convention"), puts forward that a treaty is to be "interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose". Article 31 also sets forth several elements to be "taken into account" (together with the context) in the search for a proper meaning, namely subsequent agreements and practice (Article 31 (3) (a) and (b)), and other relevant rules and principles of international law (Article 31 (3) (c)). Contrary to what the Parties have argued, there is nothing in the ordinary meaning of the words in Article 22 that addresses the issue in dispute between the Parties. Nor am I able to find anything in the context of Article 22 or the object and purpose of the

connaître des demandes de l'Azerbaïdjan concernant les actions et omissions commises avant le 15 septembre 1996. En revanche, en ce qui concerne la thèse subsidiaire de l'Azerbaïdjan concernant les faits continus ou composites, la décision de la Cour est au mieux obscure et confuse, et au pire franchement erronée et fondée sur une méconnaissance des règles relatives à la responsabilité de l'État. Dans le meilleur des cas, l'on comprend que la Cour accepte la thèse subsidiaire de l'Azerbaïdjan mais qu'elle s'exprime mal. Dans le pire des cas, l'on comprend qu'elle fait semblant d'accepter ce moyen avant de le battre en brèche.

6. Bien que ma préoccupation face à la manière dont la Cour répond à la première exception préliminaire ne porte que sur le traitement réservé à la thèse subsidiaire de l'Azerbaïdjan concernant les faits continus et composites, je souhaite aussi faire quelques commentaires généraux sur la portée temporelle de la compétence de la Cour. Les arguments des Parties étant suffisamment exposés dans l'arrêt, je ne les répéterai pas ici. Je me concentrerai plutôt sur trois points. *Premièrement*, si la compétence *ratione temporis* de la Cour en l'espèce doit nécessairement être déterminée par une interprétation de l'article 22 de la convention, je ne crois pas pour autant que le sens ordinaire des termes de cette disposition offre une solution au problème qui se pose à la Cour, comme semblent le faire valoir les deux Parties. *Deuxièmement*, je ne pense pas que la jurisprudence de la Cour soit suffisante pour justifier l'établissement de la compétence à l'égard de la période antérieure à l'adhésion de l'Azerbaïdjan à la convention. *Troisièmement*, bien que je sois souvent déçu par la réticence de la Cour à mettre davantage à profit les concepts humanisants comme ceux de *jus cogens* et d'*erga omnes*, je ne pense pas qu'en l'espèce le caractère *erga omnes* ou *erga omnes partes* des obligations puisse produire les effets que l'Azerbaïdjan leur prête dans ses plaidoiries. J'expliquerai pourquoi il en est ainsi, et pourquoi l'on ne devrait pas considérer que le présent arrêt porte atteinte aux effets des obligations *erga omnes* ou *erga omnes partes* en tant que principe.

### 2.1. L'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités

7. La règle générale d'interprétation énoncée au paragraphe 1 de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités (ci-après la «convention de Vienne») est qu'un traité doit être «interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but». L'article 31 de la convention de Vienne énumère plusieurs éléments dont il convient de «ten[ir] compte» (en même temps que du contexte) dans la recherche du juste sens d'une disposition, à savoir les accords ultérieurs et la pratique ultérieurement suivie (article 31, par. 3 *a*) et *b*) et les autres règles et principes pertinents de droit international (article 31, par. 3 *c*). Contrairement à ce que les Parties ont soutenu en l'espèce, rien dans le sens ordinaire des termes de l'article 22 de la CIEDR ne concerne la question qui les oppose. Je ne trouve rien non plus

Convention that is directly relevant to the issue in dispute. I am also not aware of any subsequent practice “which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation” that might be relevant to the point in dispute (Article 31 (3) (b)). There are, however, relevant rules and principles of international law within the meaning of Article 31 (3) (c) which, when thrown “into the crucible” of interpretation, lead to a “legally relevant interpretation” of Article 22<sup>2</sup>.

## *2.2. Relevant Rules and Principles of International Law under Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention*

8. In my view, these other relevant rules and principles, which must be taken into account for the purpose of interpretation, incline towards an interpretation of Article 22 that restricts the scope of the Court’s jurisdiction to claims concerning acts and omissions after the critical date of 15 September 1996. The rules and principles to which I refer are non-retroactivity and reciprocity, both of which flow from the sovereign equality of States.

9. The presumption against retroactivity is an important principle that underlies international law<sup>3</sup>. This principle of international law is reflected in Article 28 of the Vienna Convention and in Article 13 of the ILC Articles on State Responsibility. Reciprocity is similarly an important principle underlying much of international law<sup>4</sup>. In this context, I believe that reciprocity involves a relationship of mutuality whereby each of the litigating States is a party to the treaty and is qualified to be a party in the case before the Court<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> See paragraph 8 of the commentary to Articles 27 and 28 of the International Law Commission’s Draft Articles on the Law of Treaties (hereinafter the “ILC Draft Articles on the Law of Treaties”), *YILC*, 1966, Vol. II, pp. 219-220.

<sup>3</sup> See *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2012 (II)*, p. 457, para. 100; see also *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2015 (I)*, p. 49, para. 95; Article 28 of the Vienna Convention on the Law of Treaties:

“Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with respect to that party.”

<sup>4</sup> See Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Vol. II, p. 440, originally published in *British Yearbook of International Law*, Vol. 34, Issue 1, 1958, p. 8. Reciprocity is a general feature of international law and international relations, and to say that reciprocity is an element of jurisdiction is no more than to say that in matters of jurisdiction, as in matters of substance, the function of applying the law between parties is the function of establishing the rules of law reciprocally binding the parties.

<sup>5</sup> M. N. Shaw, “Mutuality and Reciprocity as Elements of Jurisdiction”, (2017) in *Rosenne’s Law and Practice of the International Court: 1920-2015*, Brill/Nijhoff, accessible at [https://doi.org/10.1163/2468-5992\\_rose\\_COM\\_0150](https://doi.org/10.1163/2468-5992_rose_COM_0150).

dans le contexte de l'article 22 de la CIEDR ou dans l'objet et le but de cette convention qui soit directement lié à ladite question. Je n'ai pas non plus connaissance d'une « pratique ultérieurement suivie ... par laquelle [serai]t établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité » qui pourrait être utile (article 31, par. 3 b)). Il existe cependant des règles et des principes pertinents de droit international au sens de l'alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 31 qui, lorsqu'ils sont jetés « dans le creuset » de l'interprétation, conduisent à une « interprétation juridiquement pertinente » de l'article 22<sup>2</sup>.

*2.2. Les règles et principes pertinents de droit international visés à l'alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne*

8. À mon avis, ces autres règles et principes pertinents, dont il doit être tenu compte aux fins de l'interprétation, vont dans le sens d'une interprétation de l'article 22 qui limite la portée de la compétence de la Cour aux demandes portant sur des actions ou omissions postérieures à la date critique du 15 septembre 1996. Les règles ou principes auxquels je pense sont la non-rétroactivité et la réciprocité, qui sont deux émanations de l'égalité souveraine des États.

9. La présomption de non-rétroactivité est un principe important qui sous-tend le droit international<sup>3</sup>. Ce principe de droit international est repris dans l'article 28 de la convention de Vienne et dans l'article 13 du projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État. La réciprocité est elle aussi un principe important qui sous-tend une grande partie du droit international<sup>4</sup>. Dans ce contexte, je pense que la réciprocité implique une relation de mutualité dans laquelle chacun des États en litige est partie au traité et qualifié pour être partie à l'instance dont la Cour est saisie<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Voir le projet d'articles de la Commission du droit international sur le droit des traités, *ACDI*, 1966, vol. II, p. 239, commentaire des articles 27 et 28, par. 8.

<sup>3</sup> Voir *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012 (II)*, p. 457, par. 100; voir aussi *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2015 (I)*, p. 49, par. 95; article 28 de la convention de Vienne sur le droit des traités :

« À moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date. »

<sup>4</sup> Voir Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. II, p. 440, d'abord publié dans le *British Yearbook of International Law*, vol. 34, n° 1, 1958, p. 8. La réciprocité est une caractéristique générale du droit international et des relations internationales, et dire que la réciprocité est un élément de la compétence revient à dire que, sur les questions de compétence comme sur les questions de fond, appliquer le droit entre les parties consiste à établir les règles de droit qui lient réciproquement les parties.

<sup>5</sup> M. N. Shaw, « Mutuality and Reciprocity as Elements of Jurisdiction », 2017, dans *Rosenne's Law and Practice of the International Court: 1920-2015*, Brill/Nijhoff, accessible à l'adresse suivante : [https://doi.org/10.1163/2468-5992\\_rose\\_COM\\_0150](https://doi.org/10.1163/2468-5992_rose_COM_0150).

10. Bruno Simma, a significant figure in the pursuit of a more communitarian international law, has himself recognized that even after rules of international law have been established “reciprocity continues its constructive and stabilizing function”<sup>6</sup>. Simma rejects “some academic voices and part of the human rights jurisprudence” that suggest that treaties for the protection of human rights, such as the Convention, “are not subject to any considerations of reciprocity at all”, which, in his view does “not stand up to closer examination”<sup>7</sup>.

11. Counsel for Azerbaijan sought to dismiss Armenia’s objection concerning retroactivity by pointing out that Article 28 of the Vienna Convention, to which Armenia had referred, is concerned with the retroactive establishment of duties with respect to the entry into force for the State in question (in this case Armenia). Azerbaijan is correct. Yet, for me the issue is not about the invocation of a particular rule, such as Article 28, but rather, what is relevant are the general principles of reciprocity and retroactivity that, in the words of Armenia, “animate the law of treaties and the [same] of State responsibility”<sup>8</sup>. In other words, these are underlying principles infused into the law and against which the law of treaties and of State responsibility must be understood.

12. These principles to my mind have the following impact on the interpretation of Article 22. *First*, Article 22 cannot be read as retroactively establishing treaty relations between Azerbaijan and Armenia, such that Azerbaijan can make claims under the Convention in respect of acts and omissions which occurred when it was not a treaty party — the principle of non-retroactivity. *Second*, Article 22 cannot be interpreted in a way that permits Azerbaijan to make claims against another State for conduct that, *ratione temporis*, could not form the claim of that State against Azerbaijan — the principle of reciprocity. I will return to the claim that

---

<sup>6</sup> B. Simma, “Reciprocity”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, (2008) (online), para. 7. In fairness, Simma does qualify this statement. He states that reciprocity applies more so when substantive reciprocity is built into the rule, which is obviously not the case with respect to the rule prohibiting racial discrimination. But this is a matter of degree and does not affect the basic principle.

<sup>7</sup> *Ibid.*, para. 6. In Simma’s view the argument

“confuses different levels of examination. From a strictly legal standpoint, the treaties under consideration establish reciprocal rights and obligations among the participating States in precisely the same way as their more traditional counterparts. They are subject to the same set of rules of the law of treaties as the agreements embodying an apparent reciprocity: whether these rules (for instance, the regime of reservations) will always fit ‘normative’ treaties, is quite another matter. What makes pure-bred social, human rights, or humanitarian conventions differ from traditional treaties is to be seen outside the formal instrumentalities of international law: in the sociological-political circumstance that the mutual rights of the States Parties are not accompanied by any material benefits accruing to them.”

<sup>8</sup> CR 2024/21, p. 20, para. 16 (Martin).

10. Bruno Simma, personnalité importante de la quête d'un droit international plus communautaire, a lui-même reconnu que « la réciprocité conserve sa fonction constructive et stabilisatrice » même après que des règles de droit international ont été établies<sup>6</sup>. Il récuse « certains universitaires et une partie de la jurisprudence en matière de droits de l'homme » qui suggèrent que les traités de protection des droits de l'homme, comme la convention, « ne sont soumis à aucune considération de réciprocité », ce qui, selon lui, « ne résiste pas à un examen approfondi »<sup>7</sup>.

11. Le conseil de l'Azerbaïdjan s'est attaché à rejeter l'exception de l'Arménie portant sur la rétroactivité en soulignant que l'article 28 de la convention de Vienne, qu'invoque la défenderesse, concerne l'établissement rétroactif d'obligations par rapport à l'entrée en vigueur du traité pour l'État en question (en l'occurrence l'Arménie). Cet argument de l'Azerbaïdjan est correct. Cependant, pour moi, la question porte non pas sur l'invocation d'une règle particulière telle que celle de l'article 28, mais sur les principes généraux de réciprocité et de rétroactivité qui, selon l'Arménie, « sous-tendent le droit des traités et le droit relatif à la responsabilité de l'État »<sup>8</sup>. Autrement dit, il s'agit de principes sous-jacents infus dans le droit et au regard desquels le droit des traités et de la responsabilité de l'État doit s'interpréter.

12. Selon moi, ces principes ont, sur l'interprétation de l'article 22 de la CIEDR, l'effet décrit ci-après. *Premièrement*, l'article 22 ne saurait s'interpréter comme établissant rétroactivement des relations conventionnelles entre l'Azerbaïdjan et l'Arménie telles que l'Azerbaïdjan puisse présenter des demandes au titre de la convention à raison d'actions et omissions commises alors qu'il n'était pas partie à cette convention — c'est le principe de non-rétroactivité. *Deuxièmement*, l'article 22 ne saurait s'interpréter d'une manière qui permette à l'Azerbaïdjan de présenter des demandes contre un autre État à raison d'un comportement qui, *ratione temporis*,

<sup>6</sup> B. Simma, « Reciprocity », dans *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008 (en ligne), par. 7. Pour être juste, il faut préciser que Simma nuance cette affirmation. Il explique que la réciprocité s'applique davantage lorsque la réciprocité matérielle est intégrée à la règle, ce qui n'est manifestement pas le cas de la règle interdisant la discrimination raciale. Mais il s'agit là d'une question de degré sans incidence sur le principe de base.

<sup>7</sup> *Ibid.*, par. 6. Selon Simma, cette thèse

« confond différents niveaux d'examen. D'un point de vue strictement juridique, les traités en question établissent des droits et obligations réciproques entre les États participants exactement de la même manière que les traités plus traditionnels. Ils sont soumis au même ensemble de règles du droit des traités que les accords qui consacrent une réciprocité patente ; la question de savoir si ces règles (le régime des réserves, par exemple) valent toujours pour les traités "normatifs" est entièrement différente. Ce qui différencie les conventions purement sociales, humanitaires ou relatives aux droits de l'homme des traités traditionnels se situe en dehors des instruments formels du droit international : dans cette circonstance sociologique et politique que les droits mutuels des États parties ne s'accompagnent d'aucun avantage matériel pour eux. »

<sup>8</sup> CR 2024/21, p. 20, par. 16 (Martin).

the Convention is different because of the nature of the obligations (having *erga omnes* or *erga omnes partes* character) contained therein.

### 2.3. Jurisprudence of the Court

13. What of the jurisprudence of the Court? Can the Court's jurisprudence provide a justification for establishing jurisdiction over the period prior to Azerbaijan's becoming party to the Convention? Although I do not think the Court's jurisprudence is irrelevant, I am less convinced than the Court appears to be that its jurisprudence is dispositive. For obvious reasons, I do not think that the *Ambatielos* case is helpful here because that case concerned retroactivity in the classical sense of invoking the responsibility of a State for acts taking place before the entry into force of the treaty for that State<sup>9</sup>. The case is relevant only because it underscores the importance of the presumption against non-retroactivity as a principle animating the law of treaties and of State responsibility. Likewise, I think *Belgium v. Senegal* is also only marginally relevant<sup>10</sup>. In *Belgium v. Senegal*, Belgium invoked the responsibility of Senegal for an act — non-prosecution — that occurred while both it and Senegal were party to the relevant treaty, such that it is distinguishable from the current case. Nonetheless, while *Belgium v. Senegal* is not directly relevant to the present case, in that case, Belgium itself had argued that “Senegal was still bound by the obligation to prosecute Mr. Habré *after Belgium had itself become party to the Convention*”<sup>11</sup>. Thus while the Court's statement that Belgium was entitled to invoke the responsibility of Senegal “with effect from . . . the date when it became party to”<sup>12</sup> the treaty, does not address the question concerning obligations of Senegal assumed prior to Belgium becoming party to the treaty, it is not unreasonable to conclude that the Court was accepting Belgium's own view of the temporal scope, namely that it is only entitled to invoke the responsibility for “breaches of the Convention occurring after 25 July 1999”<sup>13</sup>. Thus, on its own, *Belgium v. Senegal* does not assist, but thrown into the crucible together with the principles of reciprocity and non-retroactivity, it may suggest a temporal limit to the scope of the Court's jurisdiction *ratione temporis* under Article 22 of the Convention.

<sup>9</sup> *Ambatielos (Greece v. United Kingdom), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1952*, p. 28.

<sup>10</sup> *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012 (II)*, p. 422.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 458, para. 103 (emphasis added).

<sup>12</sup> *Ibid.*, para. 104.

<sup>13</sup> *Ibid.*, para. 103.

ne pourrait pas faire l'objet d'une demande de cet État contre l'Azerbaïdjan — c'est le principe de réciprocité. Je reviendrai plus loin sur la supposée différence de la CIEDR en raison du caractère *erga omnes* ou *erga omnes partes* des obligations qu'elle énonce.

### 2.3. La jurisprudence de la Cour

13. Qu'en est-il de la jurisprudence de la Cour? Peut-elle justifier l'établissement d'une compétence pour la période antérieure à l'adhésion de l'Azerbaïdjan à la convention? Sans penser que la jurisprudence de la Cour soit dénuée de pertinence, je suis toutefois moins convaincu que la Cour ne semble l'être quant à son caractère déterminant. Pour des raisons évidentes, je ne pense pas que l'affaire *Ambatielos* soit utile en l'espèce, car elle concernait la rétroactivité au sens classique du terme, à savoir l'invocation de la responsabilité d'un État à raison de faits antérieurs à l'entrée en vigueur du traité à l'égard de cet État<sup>9</sup>. Cette affaire n'est pertinente que parce qu'elle met en évidence l'importance de la présomption de non-rétroactivité en tant que principe sous-tendant le droit des traités et celui de la responsabilité de l'État. De même, je pense que l'affaire *Belgique c. Sénégal* n'est que marginalement pertinente<sup>10</sup>. La Belgique y invoquait la responsabilité du Sénégal à raison d'un fait — le défaut de poursuite — qui avait lieu alors que le Sénégal et elle-même étaient tous deux parties au traité considéré, ce qui distingue cette affaire de celle qui nous occupe. Néanmoins, même si l'affaire *Belgique c. Sénégal* n'est pas directement pertinente en l'espèce, il convient de noter que, dans cette affaire-là, la Belgique elle-même faisait valoir que «le Sénégal était toujours tenu par l'obligation de poursuivre M. Habré, après qu'elle [était] devenue elle-même partie à cette convention»<sup>11</sup>. Ainsi, bien que la Cour, en concluant que la Belgique était en droit d'invoquer la responsabilité du Sénégal «à compter [de la] date à laquelle elle [était] devenue partie»<sup>12</sup> au traité, n'aborde pas la question des obligations que le Sénégal avait assumées avant que la Belgique ne devienne partie au traité, il n'est pas déraisonnable de conclure qu'elle acceptait le point de vue de la Belgique sur la portée temporelle de sa compétence, à savoir que seule pouvait être invoquée la responsabilité du Sénégal pour «les manquements [à la convention contre la torture] survenus après le 25 juillet 1999»<sup>13</sup>. Pris isolément, l'arrêt *Belgique c. Sénégal* n'est donc d'aucun secours, mais, jeté dans le creuset de l'interprétation en même temps que les principes de réciprocité et de non-rétroactivité, il peut suggérer une limite temporelle à la portée de la compétence *ratione temporis* conférée à la Cour par l'article 22 de la CIEDR.

<sup>9</sup> *Ambatielos* (*Grèce c. Royaume-Uni*), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1952, p. 28.

<sup>10</sup> *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II), p. 422.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 458, par. 103 (les italiques sont de moi).

<sup>12</sup> *Ibid.*, par. 104.

<sup>13</sup> *Ibid.*, par. 103.

14. The Court has been referred to its 1996 Judgment in the *Bosnian Genocide* case<sup>14</sup>, with regard to which Azerbaijan claims that “the Court heard, and dismissed, a comparable objection to its jurisdiction *ratione temporis*”<sup>15</sup>. In particular, we have been referred to paragraph 34 of that Judgment, in which the Court states as follows:

“Yugoslavia, basing its contention on the principle of the non-retroactivity of legal acts, has indeed asserted as a subsidiary argument that, even though the Court might have jurisdiction on the basis of the Convention, it could only deal with events subsequent to the different dates on which the Convention might have become applicable as between the Parties. In this regard, the Court will confine itself to the observation that the Genocide Convention — and in particular Article IX — does not contain any clause the object or effect of which is to limit in such manner the scope of its jurisdiction *ratione temporis*, and nor did the Parties themselves make any reservation to that end, either to the Convention or on the occasion of the signature of the Dayton-Paris Agreement. The Court thus finds that it has jurisdiction in this case to give effect to the Genocide Convention with regard to the relevant facts which have occurred since the beginning of the conflict which took place in Bosnia and Herzegovina.”

Though a rather obscure passage, it is easy to see how it can be read as pulling in a direction different from that of non-retroactivity. In that case, the Court seems to be rejecting an argument similar to that of Armenia, namely that the Court could only deal with events subsequent to the different dates on which the relevant States had become party to the treaty in question. Nonetheless, to my mind, this obscure passage — and it is obscure — cannot have the effect of nullifying the basic principles to which I have referred. I explain my reasons below.

15. First, the passage is obscure in that it is presented without much substantiation. The only legal basis that the Court puts forward explicitly for its dismissal of Yugoslavia’s argument is the special character of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide without engaging with how this special character affects the principles reciprocity and non-retroactivity. Since I am of the view that CERD has a similarly special character, I will address this argument when addressing the *erga omnes* character of the obligations flowing from the prohibition against racism (see below Section 2.4). The obscurity of the passage lies not only in the dearth of legal reasoning. It lies also in the lack of precision in identifying “the critical date”, stating only that the Court has “juris-

<sup>14</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 595 [in particular, p. 617, para. 34].

<sup>15</sup> Observations and submissions of the Republic of Azerbaijan on the preliminary objections of the Republic of Armenia, para. 25.

14. L'Azerbaïdjan a rappelé à la Cour son arrêt de 1996 en l'affaire du *Génocide en Bosnie*<sup>14</sup>, dans lequel, selon lui, elle avait « examiné et rejeté une exception d'incompétence *ratione temporis* comparable »<sup>15</sup>. Il se référerait en particulier au paragraphe 34 de cet arrêt, dans lequel la Cour déclare ce qui suit :

« [L]a Yougoslavie, se fondant sur le principe de la non-rétroactivité des actes juridiques, a en effet fait valoir à titre subsidiaire que, quand bien même la Cour serait compétente sur la base de la convention, elle ne pourrait connaître que des faits postérieurs aux différentes dates auxquelles la convention aurait pu devenir applicable entre les Parties. À cet égard, la Cour se bornera à observer que la convention [pour la prévention et la répression du crime de génocide] — et en particulier son article IX — ne comporte aucune clause qui aurait pour objet ou pour conséquence de limiter de la sorte l'étendue de sa compétence *ratione temporis* et que les Parties elles-mêmes n'ont formulé aucune réserve à cet effet, ni à la convention, ni à l'occasion de la signature des accords de Dayton-Paris. La Cour constate ainsi qu'elle a compétence en l'espèce pour assurer l'application de la convention ... aux faits pertinents qui se sont déroulés depuis le début du conflit dont la Bosnie-Herzégovine a été le théâtre. »

Bien qu'il s'agisse d'un passage assez obscur, il est facile de voir comment il peut être compris comme ne plaidant pas en faveur de la non-rétroactivité. Dans cette affaire, la Cour paraît rejeter un argument semblable à celui de l'Arménie, à savoir qu'elle ne pourrait connaître que de faits postérieurs aux différentes dates auxquelles les États concernés sont devenus parties au traité en question. Néanmoins, à mon sens, ce passage obscur — et il est obscur — ne peut avoir pour effet d'annuler les principes de base que j'ai évoqués. J'en explique ci-après les raisons.

15. Premièrement, ce passage est obscur du fait que ce qu'il dit n'est guère étayé. La seule base juridique que la Cour avance expressément pour rejeter la thèse de la Yougoslavie est le caractère particulier de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mais sans expliquer quelle incidence a ce caractère particulier sur les principes de réciprocité et de non-rétroactivité. Étant donné que j'estime que la CIEDR revêt un caractère particulier similaire, je répondrai à ce sujet lorsque je commenterai le caractère *erga omnes* des obligations découlant de l'interdiction du racisme (voir la section 2.4 ci-après). L'obscurité de ce passage ne tient pas seulement à l'insuffisance du raisonnement juridique. Elle tient également au manque de précision dans l'identification de « la date critique », la Cour se contentant

<sup>14</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 595 [en particulier, p. 617, par. 34].*

<sup>15</sup> Observations et conclusions de la République d'Azerbaïdjan sur les exceptions préliminaires de la République d'Arménie, par. 25.

diction . . . with regard to the relevant facts which have occurred since the beginning of the conflict”<sup>16</sup>.

16. The obscurity of this passage is reflected in the Court’s own subsequent references to it, which illustrates a degree of obfuscation pounced upon by both sides of the aisle. In its 2008 Judgment on jurisdiction in the *Croatian Genocide* case<sup>17</sup>, the Court, on the one hand states that it cannot draw a definitive conclusion about the import of that passage, and then, in the same breath, recalls that there is no *ratione temporis* limitation to the Court’s jurisdiction under Article IX of the Genocide Convention<sup>18</sup>. In the merits phase of the *Croatian Genocide* case, a similar tentativeness can be observed. There, the Court recalls the “absence of a temporal limitation in Article IX” of the Genocide Convention<sup>19</sup>, but then immediately states:

“The jurisdiction for which it provides is limited to disputes between the Contracting Parties regarding the interpretation, application or fulfilment of the substantive provisions of the Genocide Convention, including those relating to the responsibility of a State for genocide or for any of the acts enumerated in Article III of the Convention. Accordingly, the temporal scope of Article IX is necessarily linked to the temporal scope of the other provisions of the Genocide Convention.”

Now admittedly, this passage itself is rather ambiguous, for what does it mean that the “the temporal scope of Article IX is necessarily linked to the temporal scope of the other provisions”? It could mean, consistent with Azerbaijan’s argument, that since, in its view, the temporal scope is limitless, then so is the substantive scope. Or it could mean that the temporal scope of the provisions as between the parties necessarily affects the temporal scope of the compromissory clause. In my view, this ambiguity arises because the Court seeks to be tentative.

---

<sup>16</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 617, para. 34; see in contrast *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment, I.C.J. Reports 2015 (I)*, p. 49, para. 93.

<sup>17</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2008*, p. 412.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 458, para. 123:

“[T]he Court therefore cannot draw from that judgment . . . any definitive conclusion as to the temporal scope of the jurisdiction it has under the [Genocide] Convention. At the same time, the Court notes, as it did in 1996, that there is no express provision in the Genocide Convention limiting its jurisdiction *ratione temporis*.”

<sup>19</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment, I.C.J. Reports 2015 (I)*, p. 49, para. 93.

de dire qu'elle a «compétence en l'espèce pour assurer l'application de la convention sur le génocide aux faits pertinents qui se sont déroulés depuis le début du conflit»<sup>16</sup>.

16. L'obscurité de ce passage se retrouve encore dans les citations qu'en fait ultérieurement la Cour elle-même, ce qui témoigne d'un flou qu'exploitent les deux camps. Dans l'arrêt de 2008 où elle se prononce sur sa compétence en l'affaire relative au *Génocide en Croatie*<sup>17</sup>, la Cour dit d'abord qu'elle ne peut tirer de ce passage aucune conclusion définitive quant à la portée temporelle de la compétence qu'elle tient de l'article IX de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, puis, dans le même souffle, rappelle que la convention n'apporte aucune limitation *ratione temporis* à cette compétence<sup>18</sup>. Dans l'arrêt sur le fond en la même affaire apparaît une indécision similaire. La Cour y rappelle l'«absence de limitation temporelle à l'article IX»<sup>19</sup>, mais précise aussitôt :

«La compétence qu[e l'article IX] prévoit est limitée aux différends entre les parties contractantes relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution des dispositions de fond de la convention sur le génocide, y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un État en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III de la Convention. En conséquence, sa portée temporelle est forcément liée à celle des autres dispositions de la Convention.»

L'on admettra que ce passage est lui-même assez ambigu, car que signifie que la portée temporelle de l'article IX soit «forcément liée à celle des autres dispositions»? Cela pourrait signifier, si l'on suit la thèse de l'Azerbaïdjan, que, puisque la portée temporelle est illimitée, comme il le soutient, la portée matérielle l'est également. Ou bien cela pourrait signifier que la portée temporelle des dispositions telles qu'elles s'appliquent entre les parties a nécessairement une incidence sur la portée temporelle de la clause compromissoire. À mon avis, cette ambiguïté provient de ce que la Cour choisit de se montrer indécise.

<sup>16</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 617, par. 34; à comparer avec Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), arrêt, C.I.J. Recueil 2015 (I), p. 49, par. 93.*

<sup>17</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 412.*

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 458, par. 123 :

«[L]a Cour ne peut donc tirer de ce précédent arrêt ... aucune conclusion définitive quant à la portée temporelle de la compétence qu'elle tient de la Convention. La Cour relève par ailleurs, comme elle l'a fait en 1996, que la convention sur le génocide ne contient aucune disposition expresse limitant sa compétence *ratione temporis*.»

<sup>19</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), arrêt, C.I.J. Recueil 2015 (I), p. 49, par. 93.*

17. None of what I am saying here should be seen as a criticism of the rigour of the Court. Rather, the obscurity of the passage from *Bosnian Genocide*, and the tentativeness of the Court's references to that passage thereafter, are illustrative of the fact that the Court was not, in *Bosnian Genocide*, laying down a general principle of law overturning the principles of non-retroactivity and reciprocity that undergird the law of treaties and the law of State responsibility. Rather, the Court was simply resolving a particular dispute that arose in a particular context.

18. Part of that context provides the second, and perhaps most important, reason why the passage cannot be seen as overturning the basic principles of non-retroactivity and reciprocity. This context is the issue of succession which the Court rightly refers to in paragraph 49 of the current Judgment. In other words, it is possible to explain the Court's jurisdiction over the "relevant facts which have occurred since the beginning of the conflict" on the basis of the succession of States, the dissolution process of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia and the fact that at all material times the Genocide Convention was applicable in the relevant territories. The Court in *Bosnian Genocide* alludes to this, without addressing it, at various places of that Judgment. For example, it states that it "is clear . . . that Bosnia and Herzegovina could become a party to the Convention through the mechanism of State succession"<sup>20</sup>. It is true that the Court does not develop this thought further, but it is clearly an important element in the background and context of the case.

19. I am even less convinced that the decision of the Committee established under the Convention (hereinafter the "Committee") concerning the dispute between Palestine and Israel, which was put forward by Azerbaijan, is sufficient to override the basic principles of reciprocity and

---

<sup>20</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 611, para. 20; see also *ibid.*, p. 612, para. 24: "Since the Court has concluded that Bosnia and Herzegovina could become a party to the Genocide Convention as a result of a succession, the question of the application of Articles XI and XIII of the Convention does not arise"; see further *ibid.*, para. 23:

"Without prejudice as to whether or not the principle of 'automatic succession' applies in the case of certain types of international treaties or conventions, the Court does not consider it necessary, in order to decide on its jurisdiction in this case, to make a determination on the legal issues concerning State succession in respect to treaties which have been raised by the Parties. Whether Bosnia and Herzegovina automatically became party to the Genocide Convention on the date of its accession to independence on 6 March 1992, or whether it became a party as a result — retroactive or not — of its Notice of Succession of 29 December 1992, at all events it was a party to it on the date of the filing of its Application on 20 March 1993. These matters might, at the most, possess a certain relevance with respect to the determination of the scope *ratione temporis* of the jurisdiction of the Court."

17. Rien de ce que je dis ici ne doit être perçu comme une critique de la rigueur de la Cour. Au contraire, l'obscurité du passage de l'arrêt de 1996 en l'affaire du *Génocide en Bosnie* et l'indécision qui caractérise les références ultérieures de la Cour à ce passage montrent que, dans cet arrêt, la Cour ne posait pas un principe général de droit qui renverserait les principes de non-rétroactivité et de réciprocité sous-tendant le droit des traités et le droit de la responsabilité de l'État. Elle s'appliquait simplement à régler un différend particulier qui s'était élevé dans un contexte particulier.

18. Une partie du contexte de l'affaire relative au *Génocide en Bosnie* fournit la deuxième raison, et peut-être la plus importante, pour laquelle on ne saurait considérer que le passage en question renverse les principes fondamentaux de non-rétroactivité et de réciprocité. Ce contexte était celui de la succession d'États, ce que la Cour rappelle à juste titre au paragraphe 49 du présent arrêt. Autrement dit, dans l'affaire du *Génocide en Bosnie*, il est possible d'expliquer la compétence de la Cour à l'égard des « faits pertinents qui se sont déroulés depuis le début du conflit » en faisant valoir la succession d'États, le processus de dissolution de l'ex-République socialiste fédérative de Yougoslavie et le fait que la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide était restée applicable dans le territoire concerné pendant toute la période pertinente. La Cour y fait allusion en plusieurs endroits de son arrêt en l'affaire, mais sans s'y arrêter. Elle déclare par exemple qu'« [i]l ressort de ce qui précède que la Bosnie-Herzégovine pouvait devenir partie à la convention par l'effet du mécanisme de la succession d'États »<sup>20</sup>. Certes, elle ne développe ensuite pas davantage cette idée, mais il s'agit clairement d'un élément important dans les circonstances et le contexte de l'affaire.

19. Je suis encore moins convaincu que la décision du Comité institué par la CIEDR (ci-après le « Comité de la CIEDR » ou le « Comité ») concernant le différend entre la Palestine et Israël, qui a été invoquée par l'Azerbaïdjan, suffise pour que l'on méconnaisse les principes fondamentaux de réciprocité

<sup>20</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 611, par. 20; voir aussi *ibid.*, p. 612, par. 24: « La Cour étant parvenue à la conclusion que la Bosnie-Herzégovine pouvait devenir partie à la convention sur le génocide par l'effet d'une succession, la question de l'application des articles XI et XIII de la convention n'a pas à être posée »; voir aussi *ibid.*, par. 23:

« Sans préjudice de l'applicabilité ou non du principe de la "succession automatique" dans le cas de certains types de traités ou conventions internationaux, la Cour ne considère pas nécessaire, pour décider de sa compétence en l'espèce, de se prononcer sur les questions juridiques concernant la succession d'États en matière de traités qui ont été soulevées par les Parties. Que la Bosnie-Herzégovine soit devenue automatiquement partie à la convention sur le génocide à la date de son accession à l'indépendance le 6 mars 1992, ou qu'elle le soit devenue par l'effet — rétroactif ou non — de sa notification de succession du 29 décembre 1992, en tout état de cause, elle y était partie à la date du dépôt de sa requête, le 20 mars 1993. Tout au plus ces questions pourraient-elles, le cas échéant, revêtir une certaine pertinence au regard de la détermination de l'étendue *ratione temporis* de la compétence de la Cour. »

non-retroactivity that are at the heart of our system<sup>21</sup>. There are several reasons for this. The first is that, as the Court has noted in the past, while the outputs of treaty bodies are very important, such decisions do not release the Court from itself identifying the applicable legal rules and principles<sup>22</sup>. Second, and related, there is nothing in the Report of the Committee to indicate that it considered the complex legal issues raised by the question before the Court. In that legal process, the Committee relied on “the non-synallagmatic and *erga omnes* character of the obligations enshrined in the Convention ‘without consideration to bilateral issues between States parties’”<sup>23</sup>. I address this aspect in the context of the *erga omnes partes* obligations further below. But the more important reason is the one provided by the Court in the present Judgment, namely that the process in Articles 11 to 13 is qualitatively different from proceedings before a court of law. In the Judgment, the Court states that “there is a difference in nature between the inter-State communications procedure established under Articles 11 to 13 of CERD and the judicial mechanism provided for in Article 22”<sup>24</sup>. While I agree that the compliance process under Articles 11 to 13 is different from the Court’s function under Article 22, I do not share the Court’s apparent attempt at creating a distinction between the function of Article 22 and the compliance mechanism under Articles 11 to 13. Article 22 is for the resolution of disputes while, according to the Court’s reasoning, the process under Articles 11 to 13 is for compliance but not related to the settlement of disputes. This is not correct. Articles 11 to 13 are replete with references to the settlement of disputes<sup>25</sup>. The relevant distinction, in my view, is not the existence or not of a dispute. What is central is the distinction between the

<sup>21</sup> See CERD Committee, “Inter-State communication submitted by the State of Palestine against Israel: preliminary procedural issues and referral to the Committee”, UN doc. CERD/C/100/3, 15 June 2021, p. 3, para. 14. Since the proceedings, an *ad hoc* commission established under Article 12 has issued a report. See “Report of the *ad hoc* conciliation commission on the inter-State communication submitted by the State of Palestine against Israel under article 11 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination”, UN doc. CERD/C/113/3, 21 August 2024 (hereinafter the “Report of the *ad hoc* conciliation commission on the inter-State communication”).

<sup>22</sup> See *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 664, para. 66; *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2021*, p. 96, para. 77 and p. 104, para. 101.

<sup>23</sup> See CERD Committee, “Inter-State communication submitted by the State of Palestine against Israel: decision on jurisdiction”, UN doc. CERD/C/100/5, 16 June 2021, p. 13, para. 67, available at <http://undocs.org/en/CERD/C/100/5>. See also “Report of the *ad hoc* conciliation commission on the inter-State communication”, pp. 7-8, para. 34.

<sup>24</sup> Judgment, para. 54.

<sup>25</sup> See e.g. Article 12 (1) (a) of the Convention: “with the unanimous consent of all the parties to the dispute”, and Article 12 (1) (b): “If the States parties to the dispute”. See also Article 12 (2), (6) and (7) and Article 13 (2) of the Convention.

et de non-rétroactivité qui sont au cœur de notre système<sup>21</sup>. Il y a plusieurs raisons à cela. La première est que, comme la Cour l'a dit par le passé, bien que les décisions des organes conventionnels soient très importantes, elles ne dispensent pas la Cour de déterminer elle-même les règles et principes juridiques applicables<sup>22</sup>. La deuxième raison, liée à la première, est que rien dans le rapport du Comité de la CIEDR n'indique que celui-ci ait examiné les points juridiques complexes que soulève la question dont est saisie la Cour. Dans son examen, le Comité s'est appuyé sur « le caractère non synallagmatique et *erga omnes* des obligations inscrites dans la Convention "indépendamment de toutes questions bilatérales pouvant surgir entre les États parties" »<sup>23</sup>. Je traiterai plus loin cet aspect de la question dans le contexte des obligations *erga omnes partes*. Mais la raison la plus importante est celle fournie par la Cour dans le présent arrêt, à savoir que la procédure prévue aux articles 11 à 13 de la convention est qualitativement différente d'une procédure devant un tribunal. La Cour dit ainsi qu'« il existe une différence de nature entre la procédure interétatique de présentation de communications établie par les articles 11 à 13 de la CIEDR et le mécanisme judiciaire de règlement des différends prévu à l'article 22 »<sup>24</sup>. Je conviens que le contrôle du respect de la convention prévu aux articles 11 à 13 est différent de la fonction de la Cour prévue à l'article 22, mais je ne suis pas d'accord avec la distinction que la Cour semble tenter de créer entre la fonction prévue à l'article 22 et la procédure établie par les articles 11 à 13. L'article 22 concerne le règlement des différends, tandis que, selon le raisonnement de la Cour, la procédure établie par les articles 11 à 13 serait une procédure de contrôle mais sans lien avec le règlement des différends. Cela n'est pas correct. Les articles 11 à 13 contiennent de nombreuses références au règlement des différends<sup>25</sup>. La

<sup>21</sup> Voir Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, « Communication interétatique soumise par l'État de Palestine contre Israël : questions de procédure préliminaires et renvoi devant le Comité », Nations Unies, doc. CERD/C/100/3, 15 juin 2021, p. 3, par. 14. Depuis, une commission *ad hoc* établie en vertu de l'article 12 de la CIEDR a publié un rapport : voir « Rapport de la commission de conciliation *ad hoc* chargée d'examiner la communication interétatique soumise par l'État de Palestine contre Israël au titre de l'article 11 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale », Nations Unies, doc. CERD/C/113/3, 21 août 2024 (ci-après le « Rapport de la commission de conciliation *ad hoc* chargée d'examiner la communication interétatique »).

<sup>22</sup> Voir *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (II), p. 664, par. 66 ; *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Émirats arabes unis), exceptions préliminaires*, arrêt, C.I.J. Recueil 2021, p. 96, par. 77, et p. 104, par. 101.

<sup>23</sup> Voir Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, « Communication interétatique soumise par l'État de Palestine contre Israël : décision sur la compétence », Nations Unies, doc. CERD/C/100/5, 16 juin 2021, p. 13, par. 67, accessible à l'adresse suivante : <https://docs.un.org/fr/CERD/C/100/5>. Voir également le « Rapport de la commission de conciliation *ad hoc* chargée d'examiner la communication interétatique », p. 7-8, par. 34.

<sup>24</sup> Arrêt, par. 54.

<sup>25</sup> Voir, par exemple, article 12, par. 1 a), de la convention : « avec l'assentiment entier et unanime des parties au différend » ; et article 12, par. 1 b) : « Si les États parties au différend ». Voir aussi article 12, par. 2, 6 et 7, et article 13, par. 2, de la convention.

purpose of Article 22 and the purpose of the procedure in Articles 11 to 13.

20. The purpose of the process under Articles 11 to 13 of the Convention, though related to disputes and though compulsory, is not the determination of State responsibility, but rather the “amicable solution” of any dispute that may exist<sup>26</sup>. In this respect, I note that the *ad hoc* commission established by the CERD Committee under Article 12 (1) of the Convention, in respect of the inter-State communication brought by Palestine against Israel (which was referred to by Azerbaijan in these proceedings), did not, as it would be expected of the Court under Article 22, make binding determinations on the State responsibility of parties but rather “recommendations as it may think proper for the amicable solution of the dispute”<sup>27</sup>. Indeed, in that process, because it is not a process whose primary purpose is the attribution of responsibility, the Commission was free to make recommendations concerning Palestine, though the latter was not, for significant parts of the period under consideration, party to the Convention<sup>28</sup>. In such a process, it is fully understandable that the principles of non-retroactivity and reciprocity may not have such a strong pull. In proceedings before the Court, where there is a possibility of a binding judicial determination of wrongfulness and reparations, these principles cannot be lightly put aside. Thus, the decision of the Committee is based on its own mandate under the framework of Articles 11 to 13, a framework under which the Court has no role, and which cannot be transposed onto the Court’s assessment of its own jurisdiction under Article 22.

#### 2.4. *Erga Omnes Character of the Obligations under the Convention*

21. I turn now to the strongest argument in favour of jettisoning the principles of non-retroactivity and reciprocity, namely the *erga omnes* character of the obligations involved. This argument was not only raised by Azerbaijan, but was also the basis of the *Bosnian Genocide* passage (paragraph 34 of

<sup>26</sup> See e.g. Article 13 of the Convention; see also *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2021*, dissenting opinion of Judge Sebutinde, p. 130, para. 32:

“the CERD Committee and the proceedings before the Court have related but fundamentally distinct roles relating to resolving disputes between States parties to the CERD. The Committee’s role is conciliatory and recommendatory, while that of the Court is legal and binding”.

<sup>27</sup> See “Report of the *ad hoc* conciliation commission on the inter-State communication”, pp. 12-13, paras. 51-56.

<sup>28</sup> *Ibid.*, Section I. A., “Scope of the mandate” and III., “Applicable law”.

distinction pertinente, à mon avis, ne concerne pas l'existence ou non d'un différend. Ce qui est crucial, c'est la distinction entre le but visé par l'article 22 et le but visé par la procédure prévue aux articles 11 à 13.

20. Bien que la procédure établie par les articles 11 à 13 de la CIEDR concerne le règlement des différends et soit obligatoire, son but n'est pas la détermination de la responsabilité de l'État, mais plutôt le «règlement amiable» de tout différend qui pourrait exister<sup>26</sup>. À cet égard, je note que la commission *ad hoc* établie par le Comité de la CIEDR en application du paragraphe 1 de l'article 12 de la convention pour examiner la communication interétatique soumise par la Palestine contre Israël (à laquelle l'Azerbaïdjan se réfère en l'espèce) n'a pas, comme on l'attendrait de la Cour sous le régime de l'article 22, pris de décisions contraignantes quant à l'engagement de la responsabilité de l'État par l'une ou l'autre partie, mais a formulé «les recommandations qu'elle [a] jug[ées] opportunes en vue de parvenir à un règlement amiable du différend»<sup>27</sup>. En effet, cette procédure n'étant pas de celles dont le but premier est d'attribuer la responsabilité, la commission *ad hoc* était libre de faire des recommandations concernant la Palestine alors même que celle-ci n'avait pas été partie à la convention pendant une grande partie de la période considérée<sup>28</sup>. L'on peut très bien comprendre que, dans une procédure de ce genre, les principes de non-rétroactivité et de réciprocité ne soient pas aussi déterminants. En revanche, dans une procédure devant la Cour, où il peut y avoir une décision judiciaire contraignante sur des torts et des réparations, ces principes ne peuvent pas être écartés à la légère. Ainsi, la décision du Comité était fondée sur le mandat conféré à ce dernier par le régime des articles 11 à 13, dans lequel il n'est prévu aucun rôle pour la Cour et qui ne saurait être transposé à la détermination par la Cour de sa propre compétence au titre de l'article 22.

#### 2.4. *Le caractère erga omnes des obligations découlant de la convention*

21. J'en viens maintenant à l'argument le plus solide en faveur d'une mise à l'écart des principes de non-rétroactivité et de réciprocité, à savoir le caractère *erga omnes* des obligations en cause. Cet argument n'a pas seulement été soulevé par l'Azerbaïdjan ; il est également à la base de la constatation

<sup>26</sup> Voir, par exemple, l'article 13 de la convention ; voir aussi *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Émirats arabes unis), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2021*, opinion dissidente de la juge Sebutinde, p. 130, par. 32 :

«le Comité de la CIEDR et la procédure devant la Cour ont des rôles liés mais fondamentalement différents s'agissant de résoudre des différends entre des États parties à la convention. Le Comité œuvre à la conciliation et émet des recommandations, tandis que la Cour rend des décisions de nature juridique et contraignante».

<sup>27</sup> Voir «Rapport de la commission de conciliation *ad hoc* chargée d'examiner la communication interétatique», p. 12-13, par. 51-56.

<sup>28</sup> *Ibid.*, sect. I. A., Portée du mandat, et III., Droit applicable.

the 1996 Judgment) and the decision of the Committee established under the Convention mentioned above. I should state that there is no doubt in my mind that the prohibition of racial discrimination produces *erga omnes* obligations, and in the context of the Convention, produces *erga omnes partes* obligations.

22. To my mind, the non-retroactivity and reciprocity principles, as applied in this context, do not undermine the *erga omnes partes* character of the obligations in question. This is because the obligations under the Convention are owed to two categories of actors: other States that are party to the Convention and “persons, groups of persons or institutions” within the meaning of Article 2 of the Convention. The first category is limited to States that were party to the Convention at the time of the commission of the wrongful act. The second category, however, is unlimited.

23. Azerbaijan took issue with this construction by providing an illustration that I would like to address. Its main argument was that the Convention was not only for States but, rather, that the Convention was there to protect individuals<sup>29</sup>. I agree fully with this statement. The Convention is not a purely State-centric and bilateralist treaty which seeks to maintain a perfect contractual balance between the rights and duties of States parties. In making this argument, Azerbaijan asked, rhetorically, whether the application of the reciprocity and non-retroactive principles meant that Armenia was free to discriminate against nationals of States that were not party to the Convention but not against nationals of States parties:

“Armenia surely cannot seriously suggest that its obligation to eliminate racial discrimination as from 23 July 1993 applied only to the select nationals of those States parties who were also bound by the Convention as at that date — for example, looking at Armenia’s table of CERD ratifications, that Armenia remained free to discriminate against South Africans, but not Ethiopians, or against Americans, but not French nationals, or against Japanese but not Chinese nationals.”<sup>30</sup>

24. The answer to the question is “of course not”, and this is because of the *erga omnes partes* nature of the obligations under the Convention. Indeed, one might even say that this obligation preceded Armenia’s ratification since I believe the obligation *erga omnes* exists (and existed) even under customary international law. In the context of the Convention, States parties have an interest in ensuring the respect for the rights under the Convention even if the alleged breach did not concern their own nationals. So, to take the rhetorical example advanced by Azerbaijan, South Africa could institute a claim against Armenia for any racial discrimination against Ethiopians, France could institute a claim against Armenia for alleged breaches of the

<sup>29</sup> CR 2024/24, p. 15, paras. 21-22 (Lowe).

<sup>30</sup> *Ibid.*, para. 23 (Lowe).

faite par la Cour au paragraphe 34 de son arrêt de 1996 en l'affaire du *Génocide en Bosnie* et de la décision susmentionnée du Comité de la CIEDR. Je dois préciser qu'il ne fait aucun doute dans mon esprit que l'interdiction de la discrimination raciale entraîne des obligations *erga omnes* et, dans le contexte de la convention, des obligations *erga omnes partes*.

22. À mon avis, les principes de non-rétroactivité et de réciprocité, tels qu'ils sont appliqués dans ce contexte, ne remettent pas en cause le caractère *erga omnes partes* des obligations en question. En effet, les obligations que fait la convention sont dues à deux catégories d'acteurs : les autres États parties et les « personnes, groupes de personnes ou institutions » au sens de l'article 2. La première catégorie est limitée aux États qui étaient parties à la convention au moment où le fait illicite a été commis. La seconde catégorie, en revanche, est illimitée.

23. L'Azerbaïdjan a contesté cette interprétation au moyen d'une métaphore que j'aimerais commenter. Son principal argument est que la convention ne s'adresse pas seulement aux États et qu'elle est là pour protéger les individus<sup>29</sup>. Je suis tout à fait d'accord. La convention n'est pas un traité purement bilatéral et centré sur les États parties, qui chercherait à maintenir un équilibre contractuel parfait entre leurs droits et leurs devoirs. En exposant sa thèse, l'Azerbaïdjan pose la question toute rhétorique de savoir si l'application des principes de réciprocité et de non-rétroactivité signifie qu'il était loisible à l'Arménie d'agir de manière discriminatoire à l'endroit des ressortissants d'États qui n'étaient pas parties à la convention mais non des ressortissants des États parties :

« L'Arménie ne saurait sérieusement soutenir que l'obligation d'éliminer la discrimination raciale qu'elle a souscrite à partir du 23 juillet 1993 ne s'applique qu'aux seuls ressortissants des États parties qui étaient aussi liés par la convention à cette date, de sorte que, par exemple, au regard du tableau des ratifications de la CIEDR qu'elle a fourni, il lui aurait été loisible d'agir de manière discriminatoire à l'endroit des Sud-Africains mais non des Éthiopiens, à l'égard des Américains mais non des Français, ou encore envers les Japonais mais non les Chinois. »<sup>30</sup>

24. La réponse à cette question est « bien sûr que non », et ce en raison du caractère *erga omnes partes* des obligations découlant de la CIEDR. L'on pourrait même dire, d'ailleurs, qu'il en allait ainsi avant la ratification de la CIEDR par l'Arménie, car je crois que l'obligation *erga omnes* existe (et existait) même en droit international coutumier. Dans le contexte de la convention, les États parties ont intérêt à garantir le respect des droits prévus par celle-ci même si la violation alléguée ne concerne pas leurs propres ressortissants. Ainsi, pour reprendre l'exemple rhétorique de l'Azerbaïdjan, l'Afrique du Sud pourrait introduire une instance contre l'Arménie pour tout acte de discrimination raciale visant des Éthiopiens, la France pourrait faire

<sup>29</sup> CR 2024/24, p. 15, par. 21-22 (Lowe).

<sup>30</sup> *Ibid.*, par. 23 (Lowe).

Convention in respect of discrimination against Americans, Japan could institute claims against Armenia in respect of alleged breaches against Chinese, and so on and so on. Needless to say, this hypothetical assumes that the discrimination took place on the grounds of race, colour, descent, or national or ethnic origin<sup>31</sup>. The point I am making is that the Court's approach in this Judgment does not, in any way, undermine the *erga omnes* character of the obligations under the Convention, and it does not prevent other States parties to the Convention from invoking the responsibility of Armenia for any alleged violation of the rights of ethnic Azerbaijanis. The non-retroactivity and reciprocity principles apply in respect of the first category of actors to which obligations are owed, namely States parties, but do not apply to the second category of actors, namely "persons, groups of persons or institutions".

25. I therefore agree with the Judgment that the first preliminary objection of Armenia should be upheld, and that the jurisdiction of the Court is to be limited to claims based on actions and omissions after 15 September 1996. Azerbaijan, understandably, claimed that the issue is "of relatively minor importance to Azerbaijan's case because it only affects conduct completed between July 1993 and September 1996"<sup>32</sup>. It thus argued, with particular reference to its claim of ethnic cleansing by Armenia, that there was a continuing breach and, therefore, that actions and omissions that commenced before 15 September 1996 were relevant in determining the existence of the breach. It is to this issue that I now turn.

### 3. CONTINUING AND COMPOSITE BREACHES

26. In my view, the manner in which the Court addresses Azerbaijan's argument concerning continuing and composite wrongful acts is wholly inadequate and inappropriate. Moreover, the Court's approach has been adopted in complete disregard, or complete misunderstanding, of the basic principles of State responsibility. At paragraph 62 of the Judgment, the Court states as follows:

"If the Court were to find, at the stage of its examination of the merits, a continuing or composite wrongful act that commenced before the critical date of 15 September 1996 and continued thereafter, it would follow that the Respondent's responsibility with respect to the Applicant would be engaged for the actions or omissions that took place after that

---

<sup>31</sup> See *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2021*, p. 71, where the Court found that measures based on nationality alone would not fall within the scope of the Convention.

<sup>32</sup> CR 2024/24, p. 14, para. 16 (Lowe).

de même pour des violations alléguées de la convention à raison de discrimination contre des Américains, le Japon pourrait introduire une instance contre l'Arménie pour violations alléguées contre des Chinois, et ainsi de suite. Il va sans dire que cette hypothèse suppose que la discrimination soit fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique<sup>31</sup>. Ce que je veux dire, c'est qu'en aucune façon l'approche suivie par la Cour dans l'arrêt de ce jour ne remet en cause le caractère *erga omnes* des obligations de la CIEDR, et qu'elle n'empêche pas les autres États parties à la CIEDR d'invoquer la responsabilité de l'Arménie pour toute violation alléguée des droits de l'ethnie azerbaïdjanaise. Les principes de non-rétroactivité et de réciprocité s'appliquent à la première catégorie d'acteurs auxquels les obligations sont dues, à savoir les États parties, mais ne s'appliquent pas à la seconde catégorie d'acteurs, à savoir les « personnes, groupes de personnes ou institutions ».

25. Je suis donc d'accord avec l'arrêt pour dire que la première exception préliminaire de l'Arménie doit être retenue et que la compétence de la Cour doit être limitée aux demandes fondées sur des actions et omissions postérieures au 15 septembre 1996. L'Azerbaïdjan, comme on peut le comprendre, a affirmé que cette question était d'une « importance mineure ... pour [s]a thèse ... du fait qu'elle ne concerne que les agissements accomplis entre juillet 1993 et septembre 1996 »<sup>32</sup>. Il a donc soutenu, se référant en particulier au nettoyage ethnique dont il fait grief à l'Arménie, qu'il y avait violation continue et, par conséquent, que les actions et omissions qui avaient commencé avant le 15 septembre 1996 étaient pertinentes pour déterminer l'existence de la violation. C'est cette question que je vais aborder à présent.

### 3. LES VIOLATIONS CONTINUES ET COMPOSITES

26. À mon avis, la manière dont la Cour approche la thèse de l'Azerbaïdjan sur les faits illicites continus et composites est parfaitement inadéquate et insuffisante. À cela s'ajoute que cette approche a été adoptée avec une parfaite méconnaissance, ou ignorance, des principes fondamentaux de la responsabilité de l'État. Au paragraphe 62 de l'arrêt, la Cour dit ce qui suit :

« Si la Cour devait constater, au stade de l'examen au fond, un fait illicite de nature continue ou composite qui aurait débuté avant le 15 septembre 1996 et se serait poursuivi après cette date, il en résulterait que la responsabilité de la défenderesse à l'égard du demandeur serait engagée à raison des actions ou omissions commises après cette date,

<sup>31</sup> Voir *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Émirats arabes unis), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2021*, p. 71, où la Cour a conclu que les mesures fondées sur la seule nationalité n'entraient pas dans le champ d'application de la convention.

<sup>32</sup> CR 2024/24, p. 14, par. 16 (Lowe).

date, which is when the relevant obligations came into force between the Parties. In this regard, the Court would nevertheless not be precluded from taking into consideration facts which occurred before that date, in so far as they are relevant to its examination of the Respondent's subsequent conduct which falls within its jurisdiction".

27. As I mentioned in the introduction, it is possible to read this passage as simply confirming that the Court would have jurisdiction of composite and continuing wrongful acts that commenced prior to the critical date of 15 September 1996. Under this construction, the qualifying phrase to the effect that the Respondent's responsibility would only be engaged for actions and omissions taking place after the critical date would serve only to exclude those actions and omissions that have been completed, and that consequently do not form part of the continuing breach. If this is what the Court meant, then it has adopted an unnecessarily convoluted and confusing way to say that.

28. The alternative, and more likely, reading is that by this passage the Court means to say that actions and omissions forming part of the continuing breach but occurring prior to the critical date are excluded from the Court's jurisdiction but may merely be "tak[en] into consideration". The fundamental problem is that the passage, to the extent that it seeks to exclude from the jurisdiction of the Court, actions and omissions occurring before the critical date that nonetheless form part of a continuing act constituting a breach of an international obligation, is based on an erroneous reading of the law on State responsibility. Wittingly or unwittingly, by this passage the Court has completely undermined the notion of continuing wrongful acts and, for all intents and purposes, written that notion out of international law.

29. To begin with, it is not at all clear to me what it means to take actions and omissions "into consideration" as paragraph 62 of the Judgment puts it. The Court does not explain what it means and, in particular, how these actions and omissions are to be taken into consideration. Of course, the concept of "taking into consideration" or "taking into account" is not alien to international law. Article 31 (3) of the Vienna Convention, to which I referred above, is an apt example. But the import of "taking into consideration" makes perfect sense where various elements are to be weighed, such as is the case in the "single combined operation" that is required for treaty interpretation<sup>33</sup>. But what does it mean in the context where the Court has to determine the responsibility of a State?

30. Second, I note that the notion that facts, prior to the critical date, can be taken into account, is referenced also in the commentary to the Articles

---

<sup>33</sup> Commentary to Articles 27 and 28 of the ILC Draft Articles on the Law of Treaties, *YILC*, 1966, Vol. II, pp. 219-220, para. 8.

qui est celle à laquelle les obligations pertinentes sont entrées en vigueur entre les Parties. À cet égard, la Cour ne serait néanmoins pas empêchée de prendre en considération des faits survenus avant cette date, dans la mesure où ils seraient pertinents aux fins de son examen du comportement postérieur de la défenderesse qui ressortit à sa compétence.»

27. Comme je l'ai signalé dans l'introduction, il est possible de comprendre ce passage comme une simple confirmation de la compétence de la Cour pour connaître de faits illicites continus et composites ayant débuté avant la date critique du 15 septembre 1996. Selon cette interprétation, le membre de phrase restrictif, qui dit que la responsabilité de la défenderesse ne serait engagée que pour les actions et omissions postérieures à la date critique, ne servirait qu'à exclure les actions et omissions qui sont achevées et qui, par conséquent, ne font pas partie de la violation continue. Si c'est bien ce que la Cour veut dire, elle le fait d'une manière inutilement alambiquée et confuse.

28. L'autre interprétation, plus probable, est que par ce passage la Cour entend dire que les actions et omissions faisant partie de la violation à caractère continu mais commises avant la date critique sont exclues de sa compétence et peuvent simplement être «pr[ises] en considération». Le problème fondamental est que ce passage, dans la mesure où il cherche à exclure de la compétence de la Cour les actions et omissions commises avant la date critique qui font néanmoins partie d'un fait continu emportant violation d'une obligation internationale, repose sur une interprétation erronée du droit de la responsabilité de l'État. Qu'elle le veuille ou non, la Cour a, par ce passage, complètement dénaturé la notion de faits illicites continus et, de fait, exclu cette notion du droit international.

29. Premièrement, je ne comprends guère ce que signifie «prendre en considération» des actions et des omissions, comme il est dit au paragraphe 62 de l'arrêt. La Cour n'explique pas ce qu'elle entend par là, ni, en particulier, de quelle manière lesdites actions et omissions seront prises en considération. Certes, l'idée de «prendre en considération» ou de «tenir compte» n'est pas étrangère au droit international. Le paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne, que j'ai mentionné plus haut, en est un bon exemple. Mais l'emploi de l'expression «il sera tenu compte de» y est tout à fait logique, dès lors qu'il s'agit de mettre en balance plusieurs éléments pour procéder à «une seule opération complexe», comme le requiert l'interprétation d'un traité<sup>33</sup>. En revanche, que signifie «prendre en considération» dans un contexte où la Cour est appelée à déterminer la responsabilité d'un État?

30. Deuxièmement, je note que l'idée que des faits antérieurs à la date critique puissent être pris en considération est également mentionnée dans le

<sup>33</sup> Voir le projet d'articles de la Commission du droit international sur le droit des traités, *ACDI*, 1966, vol. II, p. 239, commentaire des articles 27 et 28, par. 8.

on State Responsibility<sup>34</sup>. Unsurprisingly, however, that particular reference is made not in the context of continuing or composite acts, provided for in Articles 14 and 15, but precisely in the context of Article 13 dealing with the general rule concerning the time that a breach occurs — to which continuing breaches serve as exceptions. Thus, the Court appears to seek to erase these exceptions by treating them under the framework of the general rule contained in Article 13. The notion that actions and omissions prior to the critical date, even if forming part of continuing breaches, do not fall within the Court's jurisdiction but may be taken into account in the assessment of wrongful acts taking place after the critical date makes nonsense of the distinction that the International Law Commission sought to draw between the application of Article 13 of its Articles on State Responsibility, on the one hand, and Articles 14 and 15.

31. The fundamental problem with the Court's approach is that it is based on a misconstruction of the elementary principles of the law on State responsibility. Under the law on State responsibility, a State is not responsible merely for individual "actions and omissions". A State is responsible for a *breach of an international obligation* or, put differently, for an *internationally wrongful act*. Article 1 of the ILC Articles on State Responsibility provides for responsibility for "every internationally wrongful act". An internationally wrongful act is, in turn, defined as (a) an action or omission, that is (b) attributable to a State and that (c) constitutes a breach of an international obligation<sup>35</sup>. Importantly, an internationally wrongful act can consist of several "actions and omissions". When a wrongful act, or breach of an obligation, consists of several actions and/or omissions, the responsibility of the State is not for the individual actions and/or omissions. Rather, the responsibility of the State is for the *breach* of an international obligation through those individual actions or omissions; to put it differently, the responsibility of the State is for the *wrongful act*, even if that act is composed of several actions and/or omissions.

32. In the context of a continuing breach of an international obligation, the responsibility of a State is not for the individual actions and/or omissions that constitute, or contribute to, the continuing breach. Rather, the responsibility is for the wrongful act that constitutes a breach. Thus, *if* on the merits, the Applicant is able to show that "actions" and/or "omissions" of the Respondent committed before and after the critical date constitute a (single) "act" of ethnic cleansing, and thus a breach of an international obligation<sup>36</sup>, the respondent State is responsible, not for the individual actions and omissions, but for the breach of the international obligation. The Court cannot, if

<sup>34</sup> Commentary to Article 13 of the ILC Articles on State Responsibility, *YILC*, 2001, Vol. II, Part Two, p. 59, para. 9.

<sup>35</sup> ILC Articles on State Responsibility, Art. 2.

<sup>36</sup> Or, put differently, an "internationally wrongful act".

commentaire des articles sur la responsabilité de l'État<sup>34</sup>. Il n'est toutefois pas surprenant que cette mention se trouve non pas dans le contexte des faits continus ou composites visés aux articles 14 et 15, mais précisément dans le contexte de l'article 13, qui énonce la règle générale établissant à quel moment le fait de l'État devient une violation, règle à laquelle les violations continues font exception. La Cour semble donc chercher à effacer ces exceptions en les traitant selon la règle générale contenue dans l'article 13. Considérer que les actions et omissions antérieures à la date critique, même si elles font partie de violations continues, ne relèvent pas de la compétence de la Cour mais peuvent être prises en considération dans l'appréciation de faits illicites commis après la date critique revient à faire fi de la distinction que la Commission du droit international a voulu établir dans l'application, d'une part, de l'article 13, et, d'autre part, des articles 14 et 15 de son projet d'articles sur la responsabilité de l'État.

31. Le problème fondamental de l'approche retenue par la Cour est qu'elle repose sur une interprétation erronée des principes élémentaires du droit de la responsabilité de l'État. Selon ce droit, un État n'est pas simplement responsable « d'actions et d'omissions » individuelles. Un État engage sa responsabilité pour une *violation d'une obligation internationale* ou, en d'autres termes, pour un *fait internationalement illicite*. L'article premier des articles sur la responsabilité de l'État dispose ainsi que « [t]out fait internationalement illicite » de l'État engage sa responsabilité. Un fait internationalement illicite est, à son tour, défini comme *a)* une action ou une omission, *b)* qui est attribuable à un État et *c)* qui constitue une violation d'une obligation internationale<sup>35</sup>. Il importe de noter qu'un fait internationalement illicite peut consister en plusieurs « actions et omissions ». Lorsqu'un fait illicite ou la violation d'une obligation consiste en plusieurs actions ou omissions, la responsabilité de l'État n'est pas engagée pour ces actions ou omissions individuelles. Elle est engagée en raison de la *violation* par cet État d'une obligation internationale par ses actions ou omissions ; autrement dit, la responsabilité de l'État est engagée à raison du *fait illicite*, même si ce fait est composé de plusieurs actions ou omissions.

32. Dans le contexte d'une violation continue d'une obligation internationale, la responsabilité de l'État n'est pas engagée à raison des actions ou omissions individuelles qui constituent la violation continue ou y contribuent. C'est le fait illicite constituant une violation qui engage la responsabilité. Par conséquent, *si*, sur le fond, le demandeur est en mesure de démontrer que les « actions » ou « omissions » du défendeur commises avant et après la date critique constituent un « fait » (unique) de nettoyage ethnique, et donc une violation d'une obligation internationale<sup>36</sup>, l'État défendeur sera tenu pour responsable non pas de ses actions et omissions individuelles,

<sup>34</sup> Voir les articles sur la responsabilité de l'État, *ACDI*, 2001, vol. II, deuxième partie, p. 62, commentaire de l'article 13, par. 9.

<sup>35</sup> Voir les articles sur la responsabilité de l'État, art. 2.

<sup>36</sup> Ou, en d'autres termes, un « fait internationalement illicite ».

it accepts that the individual actions and/or omissions constitute a continuing breach, decide to disaggregate the individual actions and/or omissions into those that occurred before the critical date and those that occurred after the critical date, holding that the latter fall within its jurisdiction and the former not. No! It has to treat the actions and/or omissions constituting the breach as a singular act.

33. By separating “actions or omissions that took place after [the critical] date”, for which the “Respondent’s responsibility would be engaged” from those “facts which occurred before that date”, which are only to be taken into consideration, the Court implies that it is the individual actions and omissions which attract State responsibility. To take as an example, a State that begins a campaign of genocide may engage in several actions enumerated in Article II of the Convention on the Prevention and Punishment of Crime of Genocide before and after the critical date. While the individual actions may themselves breach other rules of international law (such as violations of international humanitarian law), the responsibility of that State may be also engaged for the internationally wrongful *act* of genocide. All the actions, including those committed before and after the critical date, are relevant and fall within the jurisdiction *ratione temporis* of the Court when it is adjudicating upon that genocide claim. It is not inconceivable that actions subsequent to the critical date do not, on their own, reach any requisite threshold of intensity to qualify as a genocide. It cannot be said that only the actions after the critical date fall within the Court’s jurisdiction and the other actions are only to be taken into account, whatever that means. What matters, for the purposes of a continuing wrongful act, is whether the act in breach of an international obligation commenced prior to the critical date and continues thereafter.

34. I thus find it difficult to square the Court’s decision with the law on State responsibility. As I said above, the Court pays lip service to the notion of continuing acts, but then proceeds to treat them in exactly the same way as wrongful acts not of a continuing character. This includes the proviso that actions and omissions from prior to the critical date may be taken into consideration, a “qualification” of the rule in Article 13 of the Articles on State Responsibility<sup>37</sup>. Perhaps the Court simply misunderstands the law on State responsibility. Or, perhaps, the Court is uncomfortable with the notion of continuing acts in the Articles on State Responsibility. If it is the former, then to say I am surprised would be an understatement. If it is the latter, then I am disappointed. If the Court wished to disavow the concepts of continuing breaches, it should have had the courage of its

---

<sup>37</sup> See paragraph 9 of the commentary to Article 13 of the ILC Articles on State Responsibility, *YILC*, 2001, Vol. II, Part Two, p. 59, para. 9.

mais de sa violation de l'obligation internationale. La Cour ne peut pas, si elle admet que des actions ou omissions individuelles constituent une violation continue, décider de distinguer parmi ces actions ou omissions individuelles celles qui ont été commises avant la date critique et celles qui ont été commises après, et considérer que les secondes relèvent de sa compétence alors que les premières n'en relèvent pas. Non ! Elle doit traiter les actions ou omissions constituant la violation comme un seul fait.

33. En séparant les «actions ou omissions commises après [la] date [critique]» à raison desquelles la «responsabilité de la défenderesse ... serait engagée», d'une part, et les «faits survenus avant cette date» qui seraient seulement susceptibles d'être pris en considération, d'autre part, la Cour implique que ce sont les actions et omissions individuelles qui engagent la responsabilité de l'État. Pour donner un exemple, un État qui lance une campagne de génocide peut commettre plusieurs des actes énumérés à l'article II de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide avant et après la date critique. Ces actes pris individuellement peuvent certes violer en tant que tels d'autres règles de droit international (telles que celles du droit international humanitaire), mais la responsabilité de l'État qui en est l'auteur peut également être engagée à raison du *fait* internationalement illicite de génocide. Tous ces actes, qu'ils aient été commis avant ou après la date critique, seront pertinents et relèveront de la compétence *ratione temporis* de la Cour lorsque celle-ci statuera sur la plainte pour génocide. Il n'est pas inconcevable en effet que les actes postérieurs à la date critique n'atteignent pas, à eux seuls, le seuil d'intensité requis pour être qualifiés de génocide. Il serait impossible de considérer que seuls les actes postérieurs à la date critique relèveraient de la compétence de la Cour et que les autres devraient seulement être pris en considération, quelque sens que l'on donne à cette expression. Ce qui importe, aux fins de la détermination d'un fait illicite continu, c'est de savoir si le fait qui constitue une violation d'une obligation internationale a débuté avant la date critique et s'est poursuivi après cette date.

34. Il m'est donc difficile de concilier la décision de la Cour avec le droit de la responsabilité de l'État. Comme je l'ai montré plus haut, la Cour fait mine de soutenir la notion de faits continus, mais elle traite ensuite ces faits exactement de la même manière que les faits illicites qui n'ont pas un caractère continu. C'est ainsi qu'elle conclut notamment que les actions et omissions antérieures à la date critique peuvent être prises en considération, ce qui constitue une «restriction» à la règle posée par l'article 13 des articles sur la responsabilité de l'État<sup>37</sup>. Peut-être la Cour méconnaît-elle simplement le droit de la responsabilité de l'État. Ou peut-être n'est-elle pas à l'aise avec la notion de faits continus telle que présentée dans les articles sur la responsabilité de l'État. Dans la première hypothèse, ce serait un euphémisme que de me dire surpris. Dans la seconde, je suis déçu. Si elle entendait désavouer la

<sup>37</sup> Voir les articles sur la responsabilité de l'État, *ACDI*, 2001, vol. II, deuxième partie, p. 62, commentaire de l'article 13, par. 9.

conviction and have done so explicitly and not through the back door as it has done so here.

35. Perhaps the Court introduces this novelty in an attempt at nuance and in order to discourage States from using (or abusing) the concept of continuing breaches as a way of bringing into the Court's jurisdiction breaches which would ordinarily fall outside the scope of the Court's jurisdiction *ratione temporis*. But the way to prevent abuses is not by wiping away continuing acts. It is by, in each case, engaging in a careful assessment of whether in fact an alleged continuing breach is actually continuing. For example, many breaches may have continuing effects or consequences, yet this does not make the breach continuing. It is the wrongful act — the breach of an obligation — that must be continuing. In other words, it is for the State seeking to rely on the notion of a continuing act to show that the breach of an obligation that commenced prior to the critical date actually continued after the critical date.

#### 4. CONCLUSION

36. I have voted to uphold Armenia's objection to the Court's jurisdiction *ratione temporis* over the claims brought by Azerbaijan before the critical date. In this opinion, I have tried to explain my views as to how the Court's jurisdiction *ratione temporis* cannot be divorced from the underlying principles of international law, in particular the principles of non-retroactivity and reciprocity. Additionally, while the concept of *erga omnes* obligations has an important role to play in transforming international law into a more humane legal system, that concept is not implicated in the particular circumstances of this case (see Section 2.3 above).

37. While the Court is correct in upholding Armenia's first preliminary objection, I find the Court's conclusions concerning continuing breaches to be problematic. At best, the Court has simply expressed itself unclearly and its statement that actions and omissions taking place before the critical date are to be "tak[en] into consideration" simply means that they fall within the Court's jurisdiction *ratione temporis* if they are in fact part of the continuing act. Alternatively, if the Court means to say that such actions fall outside the Court's jurisdiction *ratione temporis*, then its conclusion is inconsistent with the law on State responsibility. It is my hope that the former interpretation of the Court's Judgment is the one that, with time, will hold.

(Signed) Dire TLADI.

---

notion de violation continue, la Cour aurait dû avoir le courage de sa conviction et le faire explicitement et non pas subrepticement comme elle l'a fait ici.

35. Peut-être est-ce pour nuancer que la Cour introduit cette nouveauté, et pour dissuader les États d'utiliser la notion de violation continue (voire d'en abuser) pour faire entrer dans le champ de sa compétence des violations qui y échapperaient normalement *ratione temporis*. Mais ce n'est pas en supprimant les faits continus que l'on évite les abus. C'est en procédant dans chaque cas à une analyse rigoureuse afin de déterminer si une violation prétendument continue l'est réellement. Par exemple, de nombreuses violations peuvent avoir des effets ou des conséquences qui perdurent, mais ça ne les rend pas continues pour autant. C'est le fait illicite — la violation d'une obligation — qui doit être continu. Autrement dit, c'est à l'État qui cherche à se prévaloir de la notion de fait continu qu'il appartient de démontrer que la violation d'une obligation qui a débuté avant la date critique s'est effectivement poursuivie après celle-ci.

#### 4. CONCLUSION

36. J'ai voté en faveur de la décision de retenir l'exception soulevée par l'Arménie à la compétence *ratione temporis* de la Cour à l'égard des demandes de l'Azerbaïdjan relatives à des faits antérieurs à la date critique. Dans la présente opinion, j'ai tenté d'expliquer que la compétence *ratione temporis* de la Cour ne peut être dissociée des principes qui sous-tendent le droit international, en particulier les principes de non-rétroactivité et de réciprocité. J'ai également tenté d'expliquer que le concept d'obligation *erga omnes* n'intervient pas dans les circonstances particulières de la présente espèce, bien qu'il ait un rôle important à jouer dans la transformation du droit international en un système juridique plus empreint d'humanité (voir la section 2.3 ci-dessus).

37. C'est à juste titre que la Cour a fait droit à la première exception préliminaire de l'Arménie, mais je considère que ses conclusions concernant les violations continues sont problématiques. Au mieux, la Cour s'est simplement exprimée de manière peu claire, et son invitation à «prendre en considération» les actions et omissions survenues avant la date critique signifie simplement que lesdites actions et omissions entrent dans sa compétence *ratione temporis* si elles font partie du fait continu. En revanche, si la Cour veut dire que ces actions échappent à sa compétence *ratione temporis*, sa conclusion contredit le droit de la responsabilité de l'État. J'espère que la première de ces deux interprétations de l'arrêt de la Cour est celle qui s'imposera avec le temps.

(Signé) Dire TLADI.

---