

DECLARATION OF JUDGE KREĆA

Although I voted in favour of the operative parts of the Court's Order, I shall also make some observations on and amplifications to some aspects of the concept of a counter-claim and its application to this particular case.

1. The Order essentially qualifies a counter-claim as "independent", "an autonomous legal act" (para. 27) though, it seems to me, this is with a certain amount of caution (*reservatio mentalis*). That is to say, the Court states that the "counter-claim is independent of the principal claim in so far as it constitutes a separate 'claim'" (*ibid.*). The fact that the Applicant's claim is being qualified as the "principal" claim determines the counter-claim, by the logic of *argumentum a contrario*, as a non-principal claim, a lesser claim. It follows that the counter-claim is a response or, to put it another way, a secondary claim. Such qualification is exact in a very limited sense only.

It is created by the fact that the Respondent submits the claim against the Applicant in the litigation which had already been instituted against the Respondent. Therefore, the counter-claim (if we view the litigation exclusively as a series of acts which, according to a certain logic, follow each other, at certain time intervals), looks like a non-autonomous act, a secondary claim. However, if we consider the litigation in the only correct way, as a tripartite relationship in which all participants in the proceedings — the Applicant, the Respondent and the Court — have certain rights and obligations (Bulgarus: *Processus est actus trium personarum — actoris, rei judicus*), then we inevitably come to the conclusion that the counter-claim represents an autonomous claim made by the Respondent which, in the circumstances of the procedure in the case, is strongly connected to the claim. This link is the basis for the integration of two proceedings into one single proceeding.

The fact that the counter-claim is submitted after the establishment of the basic jurisdictional link does not mean, *ipso facto*, that the "counter-claim" is merely the reaction to the "claim" which established that link. The proof of that assertion lies in the very fact that the "counter-claim" changes the positions in the litigation of the parties to the dispute — the Respondent becomes the Applicant and vice versa. The very nature of the counter-claim — a claim which may be joined to the original claim or which amounts to the presentation of a fresh claim — implies the very opposite. In fact, as a rule a counter-claim has not a defensive but an offensive character except in cases of claims for compensation or preliminary claims.

DÉCLARATION DE M. KREĆA

[Traduction]

J'ai voté en faveur du dispositif de l'ordonnance de la Cour, mais je tiens à faire quelques observations et à m'attarder sur certains aspects de la notion de demande reconventionnelle et son application à la présente espèce.

1. L'ordonnance qualifie essentiellement une demande reconventionnelle d'«indépendante», d'«acte juridique autonome» (par. 27) mais, me semble-t-il, avec une certaine circonspection (*reservatio mentalis*). En d'autres termes, la Cour déclare que la «[demande reconventionnelle] est indépendante dans la mesure où elle constitue une «demande» distincte» (*ibid.*). Le fait que la demande du demandeur est qualifiée de demande «principale» définit la demande reconventionnelle, par la logique de l'*argumentum a contrario*, comme une demande non principale, une demande moindre. Il s'ensuit que la demande reconventionnelle est une riposte ou, pour l'exprimer en d'autres termes, une demande secondaire. Une telle qualification n'est exacte que dans un sens très limité.

Cet état de choses est créé par le fait que le défendeur présente la demande contre le demandeur dans une instance qui a déjà été introduite contre lui. Dès lors, la demande reconventionnelle (si nous considérons l'instance exclusivement comme une série d'actes qui, selon une certaine logique, se suivent, à des intervalles déterminés), ressemble à un acte non autonome, une demande secondaire. Toutefois, si nous considérons l'instance de la seule manière qui convient, comme une relation tripartite dans laquelle les participants à la procédure — le demandeur, le défendeur et la Cour — ont certains droits et obligations (Bulgarus: *Processus est actus trium personarum — actoris, rei judicus*), nous aboutissons inévitablement à la conclusion que la demande reconventionnelle est une demande autonome présentée par le défendeur qui, dans les circonstances de la procédure en l'affaire, est liée étroitement à celle du demandeur. Ce lien constitue le fondement de la réunion des deux instances en une seule.

Le fait que la demande reconventionnelle est présentée après l'établissement du lien juridictionnel fondamental ne signifie pas, *ipso facto*, que la «demande reconventionnelle» ne fait que riposter à la «demande» qui a établi ce lien. La preuve de cette assertion réside dans le fait même que la «demande reconventionnelle» modifie les positions dans l'instance des parties au différend — le défendeur devient le demandeur et vice versa. La nature même de la demande reconventionnelle — une demande qui peut être jointe à la demande originaire ou qui équivaut à la présentation d'une nouvelle demande — signifie tout le contraire. De fait, d'une manière générale une demande reconventionnelle n'a pas un caractère défensif mais offensif sauf dans les affaires de demandes d'indemnité ou les demandes préliminaires.

Therefore, it seems to me that the autonomous nature of the counter-claim (its other characteristic being self-sufficiency) suggests that in relation to the counter-claim, the Applicant's claim is not the "principal" claim, but simply the initial or original claim.

2. It seems to me that the Court has been trying to pinpoint the relevant issues of a conceptual nature as a result of the incompleteness and lack of precision of Article 80 of the Rules of Court.

2.1. Article 80 of the Rules of Court tacitly proceeds from the assumption that a counter-claim is a general legal notion. One cannot explain in any other way the fact that neither the Statute of the International Court of Justice nor the Rules of Court define counter-claims; moreover, the text of the Statute does not contain the word "counter-claim" at all. Examining the notion of counter-claim in the light of Article 40 of the Rules of Court of 1922, Anzilotti says:

"There is a notion of counter-claims which is, essentially, common to all legal systems, even if the rules used to implement that notion differ in each of those legal systems: from a whole set of rules which are distinct as to their form, but have a common content, it is quite possible to distil that common content into a concept which may then be implemented in the form of rules particular to another legislative system." (D. Anzilotti, "La demande reconventionnelle en procédure internationale", *Journal du droit international*, Vol. 57, 1930, p. 867.) [Translation by the Registry.]

This concise wording expresses the substance of the *philosophie juridique synthétique* according to which legal notions have two aspects: logical and extensive. The logical aspect or the generic notion means a general notion which is familiar to all branches of law. On the other hand, the extensive side or the extensive notion is reduced to a set of legal prescriptions (*praescriptiones*) which makes the general notion specific within the limits of a given legal order (see T. Givanovitch, *Système de la philosophie juridique synthétique*, 1927, 1970).

The logical and the extensive aspects of the legal notion are in a state of dynamic unity — by adopting specific rules (*praescriptiones*) one enriches and crystallizes the logical, generic part of a legal notion which serves as a model and guiding rule for specific rules in appropriate branches of the law.

However, it seems to me that the concretization of the general notion in Article 80 of the Rules of Court has not been correctly carried out.

Article 80 of the Rules of Court deals with the abstract term "counter-claim". The interpretation of the wording in Article 80 allows for the conclusion that every claim made by the Respondent is a counter-claim. For instance, paragraph 1 of Article 80, stipulates:

En conséquence, il me semble que le caractère autonome de la demande reconventionnelle (son autre caractéristique étant qu'elle se suffit à elle-même) donne à penser que, à l'égard de la demande reconventionnelle, la demande du demandeur n'est pas la demande «principale», mais simplement la demande initiale ou originaire.

2. Il me semble que la Cour a essayé de mettre l'accent sur les questions pertinentes de nature conceptuelle en raison du caractère incomplet et du manque de précision de l'article 80 du Règlement de la Cour.

2.1. L'article 80 du Règlement de la Cour admet tacitement comme postulat qu'une demande reconventionnelle est une notion juridique générale. On ne peut expliquer d'une autre manière le fait que ni le Statut de la Cour internationale de Justice ni son Règlement ne définit les demandes reconventionnelles; en outre, le texte du Statut ne mentionne pas du tout le terme «demande reconventionnelle». Examinant la notion de demande reconventionnelle à la lumière de l'article 40 du Règlement de la Cour de 1922, Anzilotti déclare:

«Il existe, en effet, une notion de la demande reconventionnelle qui, en substance, est commune à toutes les législations, même si les règles qui concrétisent cette notion diffèrent dans chacune de ces législations: d'un ensemble de règles distinctes en leur forme, mais ayant un contenu commun, il est bien possible d'abstraire ce contenu en un concept lequel est ensuite concrétisé en règles propres d'un autre droit.» (D. Anzilotti, «La demande reconventionnelle en procédure internationale», *Journal du droit international*, t. 57, 1930, p. 867.)

Ce libellé concis exprime la substance de la *philosophie juridique synthétique* selon laquelle les notions juridiques ont deux aspects: un aspect logique et un aspect extensif. L'aspect logique ou la notion générique s'entend d'une notion générale qui est bien connue dans toutes les branches du droit. En revanche, l'aspect extensif ou la notion extensive est réduit à une série de prescriptions juridiques (*praescriptiones*) qui rend la notion générale spécifique dans les limites d'un ordre juridique donné (voir T. Givanovitch, *Système de la philosophie juridique synthétique*, 1927, 1970).

Les aspects logique et extensif de la notion juridique sont dans un état d'unité dynamique — en adoptant des règles spécifiques (*praescriptiones*) on enrichit et cristallise la partie logique et générique d'une notion juridique qui sert de modèle et de fil conducteur pour des règles spécifiques dans des branches appropriées du droit.

Toutefois, il me semble que la notion générale n'a pas été concrétisée correctement à l'article 80 du Règlement de la Cour.

L'article 80 du Règlement de la Cour traite du terme abstrait de «demande reconventionnelle». L'interprétation du libellé de l'article 80 permet de conclure que toute demande présentée par le défendeur est une demande reconventionnelle. Par exemple, le paragraphe 1 de l'article 80 stipule:

“A *counter-claim* may be presented provided that it is directly connected with the subject-matter of the claim of the other party and that it comes within the jurisdiction of the Court.” (Emphasis added.)

It follows that there are two types of counter-claim: counter-claims which “may be presented” and counter-claims which “may not be presented”. In other words, every claim made by the Respondent may represent a counter-claim, with the only difference being that while a counter-claim which fulfils the conditions set out in that provision “may be presented”, those which do not fulfil them “may not be presented”. As an abstract term, the expression “counter-claim” used in Article 80 unites procedural and material meanings of the counter-claim. Contrary to Article 80 of the Rules of Court, the proposition put forward by four members of the Court (Judges Negulesco, Wang, Schücking and Fromageot) at the private meeting held by the Court on 29 May 1934 elegantly removed that dichotomy. That proposition, as quoted by the then President from a document circulated by Judges Negulesco, Wang, Schücking and Fromageot (see *P.C.I.J., Series D, No. 2, 4th Add.*, p. 263) reads:

“No claim may be included in the Counter-Case as a counter-claim unless it is directly connected with the subject of the application filed by the other party, and unless it comes within the jurisdiction of the Court.”

Certain elements of that dichotomy are not alien to this Order either. Paragraph 26 of the Order reads

“it is now necessary to consider whether the Yugoslav claims . . . constitute ‘counter-claims’ within the meaning of Article 80 of the Rules of Court and, if so, whether they fulfil the conditions set out in that provision”.

Does that mean that the “Yugoslav claims in question constitute ‘counter-claims’” *before* it has been established whether “they fulfil the conditions set out in that provision”?

2.2. In this connection, two relevant questions emerge:

- (i) If the Respondent’s claim fulfils the conditions stipulated in paragraph 1 of Article 80 of the Rules of Court, is it *ipso facto* a counter-claim within the meaning of Article 80 of the Rules of Court, i.e., is it automatically joined to the original claim or does the Court deliberate upon its joinder?

Article 80 of the Rules of Court has been built upon the notion of permissive joinder. Such a conclusion indisputably follows from the wording of paragraph 1 of the Article which stipulates that “[a] counter-claim may be presented” provided that the counter-claim fulfils two conditions:

«Une *demande reconventionnelle peut être présentée* pourvu qu'elle soit en connexité directe avec l'objet de la demande de la partie adverse et qu'elle relève de la compétence de la Cour.» (Les italiques sont de moi.)

Il s'ensuit qu'il existe deux types de demandes reconventionnelles: les demandes reconventionnelles qui «peuvent être présentées» et les demandes reconventionnelles qui «ne peuvent pas être présentées». En d'autres termes, toute demande présentée par le défendeur peut constituer une demande reconventionnelle, à la seule différence que si une demande reconventionnelle qui remplit les conditions énoncées par cette disposition «peut être présentée», celles qui ne les remplissent pas «ne peuvent pas être présentées». En tant que terme abstrait, l'expression «demande reconventionnelle» utilisée à l'article 80 réunit les sens procédural et fondamental de la demande reconventionnelle. Contrairement à l'article 80 du Règlement de la Cour, la proposition présentée par quatre membres de la Cour (MM. Negulesco, Wang, Schücking et Fromageot) à la séance privée tenue par la Cour le 29 mai 1934 supprime avec élégance cette dichotomie. Cette proposition, telle qu'elle a été citée par le président de l'époque sur la base d'un document que MM. Negulesco, Wang, Schücking et Fromageot avaient fait distribuer (voir *C.P.J.I. série D n° 2, troisième addendum*, p. 110) est ainsi libellée:

«Peuvent seules être introduites, dans le contre-mémoire, comme demandes reconventionnelles des demandes qui sont en connexité directe avec l'objet de la requête présentée par l'autre partie, pourvu qu'elles rentrent dans la compétence de la Cour.»

Certains éléments de cette dichotomie ne sont pas non plus étrangers à l'ordonnance actuelle. Le paragraphe 26 de l'ordonnance indique

«il échet à présent d'examiner si les demandes yougoslaves ... constituent des «demandes reconventionnelles» au sens de l'article 80 du Règlement de la Cour, et, dans l'affirmative, si elles remplissent les conditions énoncées par cette disposition».

Cela signifie-t-il que «les demandes yougoslaves en question constituent «des demandes reconventionnelles» *avant* qu'il ait été établi si «elles remplissent les conditions énoncées par cette disposition»?

2.2. A cet égard, deux questions pertinentes se posent:

- i) Si la demande du défendeur remplit les conditions énoncées par le paragraphe 1 de l'article 80 du Règlement de la Cour, est-elle *ipso facto* une demande reconventionnelle au sens de l'article 80 du Règlement de la Cour, à savoir est-elle automatiquement jointe à la demande originale ou la Cour délibère-t-elle sur sa jonction?

L'article 80 du Règlement de la Cour a été rédigé sur la base de la notion de jonction facultative. Une telle conclusion découle incontestablement du libellé du paragraphe 1 de l'article 80 qui stipule que «une demande reconventionnelle peut être présentée» pourvu qu'elle remplisse

(a) that it is directly connected with the subject-matter of the claim of the other party, and (b) that it comes within the jurisdiction of the Court. Therefore, the Respondent is entitled to submit a counter-claim, the submission of which is subject to the aforementioned conditions. It may be concluded from this that a claim made by the Respondent which fulfils the conditions stipulated in paragraph 1 of Article 80 of the Rules of Court is *ipso facto* a counter-claim within the meaning of Article 80, and that it is automatically joined to the original proceedings. This is also suggested by the wording of paragraph 2 of Article 80 which provides that “[a] counter-claim *shall be made* in the Counter-Memorial . . . and *shall appear as part of the submissions of that party*” (emphasis added).

Is that conclusion also valid in cases covered by paragraph 3 of Article 80 of the Rules of Court?

From the interpretation of the wording, it appears that, in the event of doubt as to the connection between the questions presented by way of counter-claim and the subject-matter of the claim of the other party, joinder of the counter-claim to the original proceedings is not automatically carried out, but is to be decided upon by the Court. The Court would therefore not be obliged to decide to join the claim of the Respondent to the original proceedings even if the conditions stipulated in paragraph 1 of Article 80 of Rules of Court were fulfilled, i.e., if the “direct connection” were not in doubt.

That option is hardly acceptable. Essentially, there is a possibility that some undetermined and, from the procedural point of view, unarticulated notion of doubt may alter the legal nature of the counter-claim incorporated into the basis of Article 80 of the Rules of Court.

“In the event of doubt” — is the doubt sufficient? Here we can distinguish two basic situations:

- (a) when the Court evaluates, *proprio motu*, the existence of a “connection”, doubt appears to be the psychological motive for the Court to assess the existence of the connection and to adopt a corresponding decision;
- (b) where there is doubt on the Applicant’s side in the original proceedings, that is obviously not sufficient on its own. It represents only the psychological, mental basis for the initiation of an appropriate action in the litigation. In substance, that is an objection, although the form in which it appears and the name given to it by the Applicant are not important. The importance lies in the material nature of the Applicant’s reaction to the Respondent’s “counter-claim”. In this particular case, the Applicant set out its approach to the admissibility of the “counter-claim” in the form of “observations”, although they were in fact objections. For, if the Applicant has a “doubt”, and does not express that doubt in an appropriate way, then the doubt itself is legally irrelevant. I understand the true

deux conditions: *a)* qu'elle soit en connexité directe avec l'objet de la demande de la partie adverse, et *b)* qu'elle relève de la compétence de la Cour. Dès lors, le défendeur est en droit de soumettre une demande reconventionnelle, dont la présentation est soumise aux deux conditions susmentionnées. On peut en conclure qu'une demande présentée par le défendeur qui remplit les conditions énoncées par le paragraphe 1 de l'article 80 du Règlement de la Cour est *ipso facto* une demande reconventionnelle au sens de l'article 80, et qu'elle est automatiquement jointe à l'instance initiale. Cela ressort aussi implicitement du libellé du paragraphe 2 de l'article 80 qui prévoit qu'«[une] demande reconventionnelle est présentée dans le contre-mémoire ... et figure parmi les conclusions de la partie dont elle émane» (les italiques sont de moi).

Cette conclusion est-elle aussi valable dans les cas visés au paragraphe 3 de l'article 80 du Règlement de la Cour?

Il ressort de l'interprétation de ces dispositions que si le rapport de connexité entre la demande présentée comme demande reconventionnelle et l'objet de la demande de la partie adverse n'est pas apparent, la demande reconventionnelle n'est pas automatiquement jointe à l'instance initiale, mais qu'il appartient à la Cour de décider de cette jonction. La Cour ne serait donc pas tenue de décider de joindre la demande du défendeur à l'instance initiale même si les conditions énoncées par le paragraphe 1 de l'article 80 du Règlement de la Cour étaient remplies, à savoir si le «rapport de connexité» était apparent.

Cette option n'est guère acceptable. Essentiellement, il est possible qu'une notion de doute indéterminée et, du point de vue procédural, non définie puisse modifier le caractère juridique de la demande reconventionnelle tel qu'il est consacré à l'article 80 du Règlement de la Cour.

«Si le rapport de connexité n'est pas apparent» — le doute est-il suffisant? En l'occurrence, nous pouvons établir une distinction entre deux situations fondamentales:

- a)* lorsque la Cour évalue, *proprio motu*, l'existence d'une «connexité», le doute semble être le motif psychologique de la Cour pour évaluer l'existence de la connexité et adopter une décision correspondante;
- b)* lorsqu'il existe un doute de la part du demandeur à l'action initiale, cela ne suffit manifestement pas en soi. Ce doute ne représente que le fondement psychologique et mental de l'engagement par le demandeur d'une action appropriée dans l'instance. En substance, il s'agit d'une exception, bien que la forme sous laquelle elle se présente et le nom qui lui est donné par le demandeur ne soient pas importants. Ce qui est important c'est la nature matérielle de la riposte du demandeur à la «demande reconventionnelle» du défendeur. En l'espèce, le demandeur a exposé sa conception de la recevabilité de la «demande reconventionnelle» sous la forme d'«observations» bien qu'en fait il s'agissait d'exceptions. Car, si le demandeur a un «doute», et ne l'exprime pas de manière appropriée, ce doute serait alors dépourvu de pertinence

meaning of paragraph 3 of Article 80 to be that it *suspends* the automatic joinder of the Respondent's claim to the original proceedings until the doubt as to the relevant connection between the question presented by way of counter-claim and the subject-matter of the initial Applicant's claim is removed. Objections may be raised to this interpretation that it does not accord with the wording of paragraph 3 according to which "the Court shall . . . decide whether or not the question thus presented shall be joined to the original proceedings". This failure to accord may prove relevant if the decision of the Court that "the question thus presented shall be joined to the original proceedings" is understood as a decision which has a declaratory effect only. It seems to me that this is a way to preserve the original nature of the counter-claim, which is essentially the Respondent's right to increase the dimensions of a lawsuit by having his claims included in it under certain conditions. *A contrario*, from a right of the Respondent, the counter-claim is transformed into a question which the Court decides in its sole discretion, independently of the conditions stipulated in paragraph 1 of Article 80 of the Rules of Court. Such transformation reduces the complex character of the counter-claim to a question of procedural economy. It hardly needs saying that the very nature of the counter-claim does not allow such a reduction. The right to make a counter-claim derives from the principle of the equality of the parties on the one hand and the principle of material truth on the other hand. A counter-claim however does not only allow for better administration of justice in respect of procedural economy, but also in respect of the complex solution of conflicting relations between the Parties and the prevention of different trials (*ne variae judicetur*).

Such interpretation of paragraph 3 of Article 80 of the Rules of Court has a direct influence on the subject of the Court's decision in the event of a doubt as to the connection between the question presented by way of counter-claim and the subject-matter of the claim of the other party. If a claim made by the Respondent which fulfils the "direct connection" condition stipulated in paragraph 1 of Article 80 of the Rules of Court is qualified *ipso facto* as a counter-claim, then the Court, in proceedings instituted according to paragraph 3 of Article 80, *could not decide upon the admissibility of the counter-claim*, but only upon *the existence of a direct connection* between counter-claims submitted by the Respondent and the subject-matter of the Applicant's claims. If it finds that there exists such a connection, then this means, as was stated by the Permanent Court in the *Factory at Chorzów* case (*Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17, p. 38*), that the material condition required by the Rules as regards counter-claims is fulfilled, which implies joinder of the counter-claim to the original proceedings.

sur le plan juridique. Selon moi, le véritable effet du paragraphe 3 de l'article 80 est qu'il *suspend* la jonction automatique de la demande du défendeur à l'instance initiale tant que le rapport de connexité pertinent entre la demande présentée comme demande reconventionnelle et l'objet de la demande de la partie adverse n'est pas apparent. On peut objecter que cette interprétation n'est pas conforme aux termes du paragraphe 3 selon lesquels «la Cour ... décide s'il y a lieu ou non de joindre cette demande à l'instance initiale». Ce défaut de conformité peut se révéler pertinent si la décision de la Cour «de joindre cette demande à l'instance initiale» est interprétée comme une décision qui n'a qu'un effet déclaratoire. Il me semble que c'est une manière de préserver le caractère initial de la demande reconventionnelle, qui constitue essentiellement le droit du défendeur d'accroître l'étendue d'une instance en y faisant figurer ses demandes sous certaines conditions. *A contrario*, d'un droit du défendeur, la demande reconventionnelle est transformée en une question que la Cour doit trancher en fonction uniquement de son pouvoir discrétionnaire, indépendamment des conditions énoncées par le paragraphe 1 de l'article 80 du Règlement de la Cour. Une telle transformation réduit le caractère complexe de la demande reconventionnelle à une question d'économie de procès. Il n'est guère besoin de dire que la nature même de la demande reconventionnelle ne permet pas une telle réduction. Le droit de présenter une demande reconventionnelle procède du principe d'égalité des parties d'une part et du principe de la vérité matérielle d'autre part. Une demande reconventionnelle permet toutefois non seulement une meilleure administration de la justice s'agissant de l'économie de procès, mais également de régler des relations antagoniques complexes entre les parties et d'empêcher l'ouverture d'instances différentes (*ne variae judicetur*).

Une telle interprétation du paragraphe 3 de l'article 80 du Règlement de la Cour a une influence directe sur l'objet de la décision de la Cour si le rapport de connexité entre la demande présentée comme demande reconventionnelle et l'objet de la demande de la partie adverse n'est pas apparent. Si une demande présentée par le défendeur qui remplit la condition de «connexité directe» énoncée au paragraphe 1 de l'article 80 du Règlement de la Cour est qualifiée *ipso facto* de demande reconventionnelle, la Cour, dans une instance introduite conformément au paragraphe 3 de l'article 80, *ne peut pas décider de la recevabilité de la demande reconventionnelle*, mais uniquement de l'existence d'une *connexité directe* entre des demandes reconventionnelles présentées par le défendeur et l'objet des demandes du demandeur. Si la Cour constate l'existence d'un tel rapport de connexité, cela signifie alors, comme l'avait déclaré la Cour permanente dans l'affaire de *l'Usine de Chorzów* (fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. série A n° 17, p. 38) que les conditions de fond exigées par le Règlement pour des demandes reconventionnelles se trouvent réalisées, ce qui entraîne une jonction de la demande reconventionnelle à l'instance initiale.

- (ii) Is the Court fully master of the proceedings conducted on the basis of paragraph 3 of Article 80 of the Rules of Court?

This question results from the fact that, in this particular case, the Court did not hear the Parties. The decision of the Court not to conduct hearings seems rational to me, because it rests upon the founded belief that, through the written observations of the Parties, it obtained a complete picture of all relevant matters, which enabled it to exercise its jurisdiction, on the basis of Article 80 of the Rules of Court.

Unfortunately, it should be said in the interest of truth that paragraph 3 of Article 80 of the Rules of Court does not favour such rational determination by the Court.

Paragraph 3 of Article 80 stipulates in imperative wording that, *inter alia*, “the Court shall, after hearing the parties, decide whether or not the question thus presented shall be joined to the original proceedings” (emphasis added). It is highly doubtful whether the exchange of written statements by the parties may be a substitute for “hearing”, since “hearing” as a term of the procedure before the Court denotes, in the sense of Article 43, paragraph 5, and Article 51 of the Statute, oral proceedings before the Court. The exchange of written statements by the parties would suffice for hearing the parties under Article 68 of the 1972 Rules of Court which, instead of the phrase “after hearing the parties”, contained the phrase “after due examination”, a phrase leaving room for liberal interpretation. It appears that paragraph 3 of Article 80 of the Rules of Court does not permit liberal interpretation.

For as Rosenne says, the phrase “after hearing the parties” means that:

“in future there will always be some oral proceedings in the event of doubt . . . as to the connection between the question presented by way of counter-claim and the subject-matter of the claim of the other party” (S. Rosenne, *Procedure in the International Court. A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, 1983, p. 171).

There are reasonable grounds for assuming that in future the Court may find itself in a situation where it has to choose between submission to rigid rules or flexibility, which opens the path to better administration of justice. Consequently, a revision of paragraph 3 of Article 80 of the Rules of Court seems desirable to me, in order that the rational determination of the Court might not be at variance with the, in this case unnecessarily, rigid rule of procedure.

3. In proceedings based on paragraph 3 of Article 80 of the Rules of Court the question of “direct connection” is of the utmost importance.

The term “direct connection” itself firmly establishes Anzilotti’s thesis that “the principal claim and the counter-claim are independent, though locked in the same procedural relationship” (D. Anzilotti, “La demande

- ii) La Cour est-elle pleinement maîtresse de l'instance conduite sur la base du paragraphe 3 de l'article 80 du Règlement de la Cour?

Cette question se pose, parce que, en l'espèce, la Cour n'a pas entendu les Parties. La décision de la Cour de ne pas tenir d'audiences me paraît rationnelle, car elle repose sur la conviction fondée que, les observations écrites des Parties lui ayant permis de connaître totalement tous les éléments pertinents de l'affaire, elle est autorisée à exercer sa compétence, sur la base de l'article 80 du Règlement de la Cour.

Malheureusement, il convient de dire dans l'intérêt de la vérité que le paragraphe 3 de l'article 80 du Règlement de la Cour ne conforte pas une telle décision rationnelle de la Cour.

Le paragraphe 3 de l'article 80 stipule en termes impératifs que notamment «la Cour *après avoir entendu les parties*, décide s'il y a lieu ou non de joindre cette demande à l'instance initiale» (les italiques sont de moi). Il est extrêmement douteux que des échanges d'observations écrites par les parties puissent remplacer une «audition», étant donné qu'une «audition» en tant que terme de procédure devant la Cour, désigne, au sens de l'article 43, paragraphe 5, et de l'article 51 du Statut, une procédure orale devant la Cour. L'échange d'exposés écrits par les parties suffirait pour entendre les parties en vertu de l'article 68 du Règlement de la Cour de 1972 qui comprenait, à la place de l'expression «après avoir entendu les parties», les mots «après examen», une expression qui permet une interprétation souple. Il semble que le paragraphe 3 de l'article 80 du Règlement de la Cour n'autorise pas une interprétation souple.

Comme le dit M. Rosenne, l'expression «après avoir entendu les parties» signifie que:

«à l'avenir, il y aura toujours une certaine procédure orale si le rapport de connexité entre la demande présentée comme demande reconventionnelle et l'objet de la demande de la partie adverse n'est pas apparent» (S. Rosenne, *Procedure in the International Court. A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, 1983, p. 171).

Il y a des motifs raisonnables de supposer que dans l'avenir la Cour pourrait se trouver dans une situation où elle devra choisir entre le respect absolu de règles rigides ou la souplesse, qui ouvre la voie à une meilleure administration de la justice. En conséquence, une révision du paragraphe 3 de l'article 80 du Règlement de la Cour me semble souhaitable afin que la décision rationnelle de la Cour ne soit pas en contradiction avec, dans cette affaire inutilement, une règle rigide de procédure.

3. Dans l'instance fondée sur le paragraphe 3 de l'article 80 du Règlement de la Cour, la question de la «connexité directe» est de la plus haute importance.

L'expression «connexité directe» établit fermement la thèse d'Anzilotti selon laquelle «la demande principale et la demande reconventionnelle sont autonomes, mais réunies dans un même rapport de procédure»

reconventionnelle en procédure internationale”, *Journal du droit international*, Vol. 57, 1930, p. 875 [translation by the Registry]). Although somewhat broad and vague, it obviously does not mean identity or coincidence of the subject-matter of the application and the subject-matter of the counter-claim. For such a qualification, the meaning of the word “connection” is of basic importance (in this phrase, the word “direct” is only a condition of qualification, a factor which defines the quality of “connection”, as the main element of the phrase). A “connection” in the sense of a relationship or link may exist only between things which exist separately, in themselves, things having the properties of autonomy and apartness. *A contrario*, the question of either direct or indirect “connection” may not even be asked, for there are no such things between which the relationship or link is established. One thing cannot have a “connection” with itself, for in that case it would not be a separate thing, but just a relationship between things.

In qualifying the meaning of the term “direct connection” the Court has, in accordance with widespread opinion, assumed that “direct connection” represents connection in law and in fact. The Order determines, *inter alia*, that “as a general rule, the degree of connection between the claims must be assessed both in fact and in law” (para. 33). However, what is particularly significant is the fact that the Court, in weighing the relevance of “connection in law” and “connection in fact”, gives tacit preponderance to “connection in law”. The Court states *inter alia* that

“it emerges from the Parties’ submissions that their respective claims rest on facts of the same nature; whereas they form part of the same factual complex since all those facts are alleged to have occurred on the territory of Bosnia and Herzegovina and during the same period” (para. 34).

That means that the Court found that there was a direct connection between Yugoslavia’s counter-claim and Bosnia and Herzegovina’s original claim, despite the fact that Yugoslavia did not rely on identical facts in its counter-claim.

In my opinion, such a standpoint of the Court is valid and justified. It is possible to assume that in some cases, the links between the “claim” and the “counter-claim” in fact and in law are not equal, therefore one may ask the question whether the link in law is sufficient to constitute a “direct connection” in the sense of Article 80, and vice versa? In other words, whether we could, conditionally speaking, establish a certain kind of hierarchy in the mutual relationship between “connection in law” and “connection in fact”, meaning that one of these “connections” is more important, that it is preponderant over the other. Logically speaking, “connection in law” should be preponderant, if for no other reason than that, out of a single event, parties may initiate actions which are not com-

(D. Anzilotti, «La demande reconventionnelle en procédure internationale», *Journal du droit international*, t. 57, 1930, p. 875). Bien que quelque peu générale et vague, cette expression ne désigne pas manifestement une identité ou une coïncidence de l'objet de la requête et de l'objet de la demande reconventionnelle. Pour qu'une telle qualification soit possible, le sens du terme «connexité» est d'une importance fondamentale (dans cette expression, le terme «directe» n'est qu'une condition de qualification, un facteur qui définit la qualité de la «connexité», comme le principal élément de l'expression). Une «connexité» au sens d'un rapport ou d'un lien peut exister entre des choses qui existent séparément, en elles-mêmes, des choses ayant les propriétés d'autonomie et de spécificité. *A contrario*, la question d'une «connexité» directe ou indirecte ne peut même pas être posée, car il n'existe pas de telles choses entre lesquelles le rapport ou le lien est établi. Une chose ne peut avoir une «connexité» avec elle-même, car dans ce cas il ne s'agirait pas d'une chose distincte, mais simplement d'un rapport entre des choses.

En qualifiant le sens de l'expression «connexité directe», la Cour a, conformément à l'opinion largement répandue, tenu pour établi que la «connexité directe» représente une connexité en droit et en fait. L'ordonnance indique notamment que, «en règle générale, le degré de connexité entre ces demandes doit être évalué aussi bien en fait qu'en droit» (par. 33). Toutefois, il est particulièrement important que la Cour, en évaluant la pertinence de la «connexité en droit» et de la «connexité en fait», accorde une prépondérance tacite à la «connexité en droit». La Cour déclare notamment que:

«il ressort des conclusions des Parties que leurs demandes respectives reposent sur des faits de même nature; qu'elles s'inscrivent dans le cadre d'un même ensemble factuel complexe, puisque ces faits sont réputés avoir tous eu lieu sur le territoire de la Bosnie-Herzégovine et au cours de la même période» (par. 34).

Cela signifie que la Cour a estimé qu'il existait une connexité directe entre le contre-mémoire de la Yougoslavie et la demande initiale de la Bosnie-Herzégovine, bien que la Yougoslavie n'ait pas invoqué des faits identiques dans sa demande reconventionnelle.

A mon avis, un tel point de vue de la Cour est valable et justifié. Il est possible de présumer que, dans certains cas, les liens entre la «demande» et la «demande reconventionnelle» en fait et en droit ne sont pas égaux, et on peut donc se poser la question de savoir si le lien en droit est suffisant pour constituer une «connexité directe» au sens de l'article 80 et vice versa. En d'autres termes, si nous pouvons, à certaines conditions, établir un certain type de hiérarchie dans les relations mutuelles entre la «connexité en droit» et la «connexité en fait», ce qui signifie qu'une de ces «connexités» est plus importante, c'est-à-dire a la primauté sur l'autre. Sur le plan logique, «la connexité en droit» devrait être prépondérante, ne serait-ce que pour la raison que, sur la base d'un événement unique,

plementary. In fact, "connection in law" may appear as *differentia specifica* between "counter-claim" and "cross-claim".

The standpoint that legal connection can always be considered to be a direct connection between the subject-matter of the claim and that of the counter-claim has support in the case-law of the Court. In the case concerning the *Diversion of Water from the Meuse* (1937), the Belgian counter-claim concerned questions different from those initiated by the Netherlands in its claim.

The Netherlands Government asked the Court to adjudge and declare that:

- “(a) the construction by Belgium of works which render it possible for a canal situated below Maastricht to be supplied with water taken from the Meuse elsewhere than at that town is contrary to the Treaty of May 12th, 1863;
- (b) the feeding of the Belgian section of the Zuid-Willemsvaart, of the Campine Canal, of the Hasselt branch of that canal and of the branch leading to Beverloo Camp, as also of the Turnhout Canal, through the Neerhaeren Lock with water taken from the Meuse elsewhere than at Maastricht, is contrary to the said Treaty;
- (c) Belgium’s project of feeding a section of the Hasselt Canal with water taken from the Meuse elsewhere than at Maastricht is contrary to the said Treaty;
- (d) Belgium’s project of feeding the section of the canal joining the Zuid-Willemsvaart to the Scheldt between Herenthals (Viersel) and Antwerp with water taken from the Meuse elsewhere than at Maastricht is contrary to the said Treaty” (*P.C.I.J., Series A/B, No. 70, Judgment, 1937, pp. 5-6*).

In its Counter-Memorial the Belgian Government asserted (1) that the Netherlands Government had committed a breach of the Treaty of 1863 by constructing the Bogharen barrage on the Meuse below Maastricht; (2) that the Juliana Canal constructed by the Netherlands alongside the Meuse below Maastricht from Limmel to Maasbracht was subject, as regards its water supply, to the same Treaty.

Therefore, there were two independent claims. What made those claims directly connected for the purpose of the Court procedure was their legal basis. All questions arising from the Netherlands’ claim and from Belgium’s counter-claim directly concerned the interpretation and application of the Treaty of 12 May 1863 or, to be precise, whether various actions of the Parties were in accordance with the relevant provisions of the Treaty. This fact led the Court to conclude that the counter-claim “is directly connected with the principal claim” and that “it was permissible to present it in the Counter-Memorial” (*P.C.I.J., Series A/B, No. 70, p. 28*).

des parties peuvent intentar des actions qui ne sont pas complémentaires. En réalité, «la connexité en droit» peut apparaître comme une *differentia specifica* entre «une demande reconventionnelle» et «une «cross claim».

L'opinion selon laquelle la connexité juridique peut toujours être considérée comme une connexité directe entre l'objet de la demande et celui de la demande reconventionnelle est étayée par la jurisprudence de la Cour. Dans l'affaire des *Prises d'eau à la Meuse* (1937), la demande reconventionnelle belge concernait des questions différentes de celles soulevées par les Pays-Bas dans sa demande.

Le Gouvernement néerlandais a prié la Cour de dire et juger que:

- «a) la construction, par la Belgique, de travaux rendant possible l'alimentation d'un canal situé en aval de Maastricht par de l'eau puisée à la Meuse ailleurs qu'en cette ville, est contraire au traité du 12 mai 1863;
- b) l'alimentation de la section belge du Zuid-Willemsvaart, du canal de la Campine, de l'embranchement de ce canal vers Hasselt et de celui vers le camp de Beverloo, ainsi que du canal de Turnhout par l'écluse de Neerhaeren avec de l'eau prise à la Meuse ailleurs qu'à Maastricht, est contraire audit traité;
- c) l'alimentation projetée par la Belgique d'une section du canal de Hasselt par de l'eau prise à la Meuse ailleurs qu'à Maastricht, sera contraire audit traité;
- d) l'alimentation projetée par la Belgique de la section du canal reliant le Zuid-Willemsvaart et l'Escaut entre Herentals (Viersel) et Anvers, par de l'eau prise à la Meuse ailleurs qu'à Maastricht, sera contraire audit traité» (C.P.J.I. série A/B n° 70, arrêt, 1937, p. 5-6).

Dans son contre-mémoire, le Gouvernement belge a affirmé: 1) que le Gouvernement néerlandais avait violé le traité de 1863 en construisant le barrage de Bogharen sur la Meuse en aval de Maastricht; 2) que le canal Juliana construit par les Pays-Bas le long de la Meuse en aval de Maastricht de Limmel à Maasbracht était soumis, en ce qui concerne son alimentation en eau, au même traité.

Il y avait donc deux demandes indépendantes. C'était le fondement juridique de ces demandes qui faisait qu'elles avaient une connexité directe aux fins de la procédure de la Cour. Toutes les questions découlant de la demande des Pays-Bas et de la demande reconventionnelle de la Belgique concernaient directement l'interprétation et l'application du traité du 12 mai 1863 ou, pour être précis, la question de savoir si les diverses mesures prises par les Parties étaient conformes aux dispositions pertinentes du traité. Ce fait a amené la Cour à conclure que la demande reconventionnelle «étant en connexité directe avec la demande principale», a pu être présentée par la voie de contre-mémoire» (C.P.J.I. série A/B n° 70, p. 28).

The Court's reasoning was limited to that framework also in the *Factory at Chorzów* case (Merits), the *Asylum* case and in the provisional measures phase of the case concerning *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*.

A preponderance of the "connection in law" over the strictly understood "facts of case" (if the word "fact" is meant in *lato sensu*, it includes law as well) is, in my opinion, a normal consequence of the relativity of the facts of the case. It is therefore justified to pose the question whether it has to do with "facts" or subjective perceptions of facts. Another well-respected authority on the counter-claim issue, Miaya de la Muela, justly observes:

"La reconvencción se basa en unos hechos constitutivos diferentes con los alegados por el actor para su pretensión, aunque con el grado de conexidad entre ambos conjuntos de hechos que exija el sistema procesal respectivo. Su diferencia de la excepción está en que la última se basa en hechos, casi siempre no alegados por el actor, pero que pretenden ser impeditivos o extintivos de los efectos producidos por los alegados en la demanda."¹ (A. Miaja de la Muela, "La reconvencción ante el Tribunal internacional de Justicia", *Estudios de derecho procesal en honor de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo*, *Boletín mejicano de derecho comparado*, No. 24, 1975, p. 757.)

This is why, what are usually called the "facts" of the case should be understood as a "factual complex" or the "factual background" as an objective basis, the main features of which are represented as the facts of the case by the parties.

4. In this particular case, the existence of a "connection in law" is obvious. It results directly from the findings of the Court in the Judgment adopted on the occasion of the Respondent's preliminary objections. By its Judgment on the preliminary objections, the Court established the legal relationship between the Respondent and the Applicant on the one hand, and the Genocide Convention, on the other. The preliminary objections represented, according to their legal nature, a kind of counter-claim — a "preliminary" counter-claim — the basic purpose of which was to establish a relevant legal relationship between the parties in the litigation.

Questions initiated both in the Memorial and the Counter-Memorial are organically and inseparably connected to the Genocide Convention.

¹ "The counter-claim is based on some constituent facts differing from those alleged by the claimant in his claim, though with the degree of connection between both sets of facts required by the particular procedural system. It differs from the objection in that the latter is based on facts hardly ever alleged by the claimant, but which are advanced as being impedimental or extinctive to the effects produced by the allegations of the claim." [Translation by the Registry.]

Le raisonnement de la Cour était limité à ce cadre également dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* (fond), l'affaire du *Droit d'asile* et dans la phase relative à la demande en indication de mesures conservatoires dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*.

Une prépondérance de la «connexité en droit» sur «les faits de la cause» strictement interprétés (si le mot «fait» est interprété *lato sensu*, il comprend aussi le droit) est, à mon avis, une conséquence normale de la relativité des faits de l'affaire. Il est donc justifié de poser la question de savoir si elle concerne des «faits» ou des perceptions subjectives de faits. Une autre autorité éminente en matière de demandes reconventionnelles, Miaya de la Muela, observe à juste titre:

«La reconversión se basa en unos hechos constitutivos diferentes con los alegados por el actor para su pretensión, aunque con el grado de conexidad entre ambos conjuntos de hechos que exija el sistema procesal respectivo. Su diferencia de la excepción está en que la última se basa en hechos, casi siempre no alegados por el actor, pero que pretenden ser impeditivos o extintivos de los efectos producidos por los alegados en la demanda.»¹ (A. Miaya de la Muela, «La reconversión ante el Tribunal internacional de Justicia», *Estudios de derecho procesal en honor de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo*, *Boletín mejicano de derecho comparado*, n° 24, 1975, p. 757.)

C'est pour cette raison que ce que l'on dénomme généralement les «faits» de la cause devraient être considérés comme un «ensemble factuel» ou le «contexte factuel» comme une base objective, dont les principales caractéristiques sont représentées comme les faits de l'affaire par les parties.

4. En l'espèce, l'existence d'une «connexité en droit» est évidente. Elle procède directement des conclusions de la Cour dans l'arrêt rendu à la phase relative aux exceptions préliminaires soulevées par le défendeur. Dans son arrêt concernant les exceptions préliminaires, la Cour a établi la relation juridique existant entre le défendeur et le demandeur, d'une part, et la convention sur le génocide, d'autre part. Les exceptions préliminaires représentaient, selon leur caractère juridique, une sorte de demande reconventionnelle — une demande reconventionnelle «préliminaire» — dont l'objectif fondamental était d'établir une relation juridique pertinente entre les Parties à l'instance.

Des questions soulevées à la fois dans le mémoire et dans le contre-mémoire sont organiquement et indissolublement liées à la convention

¹ «La reconversión se fonde sur des faits constitutifs distintos de ceux avancés par l'auteur dans sa prétention, bien que présentant le degré de conexidad entre los dos conjuntos de hechos que exige el sistema procesal correspondiente. Su diferencia con la excepción está en que esta última se fonde sobre hechos, que casi siempre no son alegados por el actor, pero que pretenden impedir o extinguir los efectos producidos por los alegados en la demanda.» [Traduction du Greffe.]

The *sedes materiae* of the dispute between Bosnia and Herzegovina and the Federal Republic of Yugoslavia resides in the qualification of the acts ascribed by the Parties to each other, from the standpoint of the relevant provisions of the Convention. Moreover, in contrast to the factographic side of the case of the *Diversion of Water from the Meuse*, in which Belgium put forward questions of fact different from those mentioned by the Netherlands in its claim, there exists, in this particular case, a partial coincidence regarding the factual questions set out in the claim of Bosnia and Herzegovina, and in the counter-claim of the Federal Republic of Yugoslavia, but the Parties interpret them in different, in fact in diametrically opposed, ways.

As regards the form and reasoning, there are no substantial differences between the Memorial and the Counter-Memorial. Even a *prima facie* assessment shows that there is a substantial similarity regarding the form and content of the Memorial and Counter-Memorial, which frequently coincide, so that phenomenologically, regardless of the order of the submission of the documents, one could describe the Counter-Memorial as the inversion of the Memorial, and vice versa.

In such a state of affairs, Yugoslavia's counter-claim exceeds the usual framework of counter-claims encountered by the Court. That is to say, the substantial concentration of the Memorial and Counter-Memorial on the relevant event — the armed conflict in Bosnia and Herzegovina, and its consequences, and the opposing claims of the Parties which derive from different assessments of the factual and legal sides of that event, makes it possible to conclude that there is genuinely no distinction between the Applicant and the Respondent. The positions of the Parties in this dispute could be compared to the positions of parties in the case of a territorial dispute, both parties putting forward rival claims. So that, as was pointed out by the arbitrator Max Huber in the *Island of Palmas* case (1928) "each party is called upon to establish the arguments on which it relies in support of its claim . . . over the object in dispute" (*Reports of International Arbitral Awards*, Vol. II, p. 837).

(Signed) Milenko KREČA.

sur le génocide. Le *sedes materiae* du différend entre la Bosnie-Herzégovine et la République fédérative de Yougoslavie réside dans la qualification des actes imputés par chacune des Parties à l'autre, du point de vue des dispositions pertinentes de la convention. En outre, contrairement à l'aspect factographique de l'affaire des *Prises d'eau à la Meuse*, dans laquelle la Belgique a soulevé des questions de fait qui différeraient de celles mentionnées par les Pays-Bas dans sa demande, il existe, en l'espèce, une coïncidence partielle concernant les questions de fait énoncées dans la demande de la Bosnie-Herzégovine et dans la demande reconventionnelle de la République fédérative de Yougoslavie, mais les Parties les interprètent d'une manière différente et en réalité diamétralement opposée.

En ce qui concerne la forme et le raisonnement, il n'existe pas de différences substantielles entre le mémoire et le contre-mémoire. Même une évaluation *prima facie* montre qu'il existe une similitude substantielle entre la forme et le contenu du mémoire et du contre-mémoire, qui coïncident fréquemment, de sorte que sur le plan phénoménologique, quel que soit l'ordre de présentation des pièces, on peut décrire le contre-mémoire comme l'inversion du mémoire, et vice versa.

Dans une telle situation, le contre-mémoire de la Yougoslavie sort du cadre habituel des contre-mémoires soumis à la Cour. En d'autres termes, la concentration substantielle du mémoire et du contre-mémoire sur l'événement pertinent — le conflit armé en Bosnie-Herzégovine, et ses conséquences — et les demandes antagoniques des Parties qui procèdent d'évaluations différentes des aspects factuels et juridiques de cet événement permettent de conclure qu'il n'y a pas véritablement de distinction entre le demandeur et le défendeur. Les positions des Parties au différend peuvent être comparées aux positions des parties dans une affaire de différend territorial, les deux parties présentant des demandes opposées. Ainsi, comme l'avait souligné Max Huber, l'arbitre dans l'affaire de l'*Ile de Palmas* (1928), «chaque partie doit établir les arguments sur lesquels elle base [sa demande] ... sur l'objet en litige» (*Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 837).

(Signé) Milenko KREČA.