

## OPINION INDIVIDUELLE DU PRÉSIDENT TOMKA

[Traduction]

*Portée temporelle de la juridiction de la Cour — Questions laissées en suspens par l'arrêt de 2008 sur les exceptions préliminaires — Conclusion selon laquelle la Cour aurait compétence dans la mesure où la Serbie aurait succédé à la responsabilité de la RFSY n'étant pas étayée par le libellé de l'article IX ou les travaux préparatoires afférents — Différends devant opposer des parties contractantes et être relatifs à « l'interprétation, l'application ou l'exécution » par elles de la Convention — Différends « relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide » constituant une sous-catégorie des précédents — Travaux préparatoires démontrant que ces différends sont ceux qui mettent en jeu la responsabilité présumée d'un Etat à raison d'actes de génocide commis par des personnes et lui étant attribuables — Objet principal du différend étant de savoir si la Serbie a violé la Convention — Différend concernant la succession de la Serbie à la responsabilité de la RFSY n'étant pas un différend relatif à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la Convention par la Serbie — Compétence de la Cour au titre de l'article IX étant limitée aux actes postérieurs à la date à laquelle la Serbie est devenue partie à la Convention — Continuité factuelle et identité des acteurs du conflit armé en Croatie avant et après le 27 avril 1992 ne devant pas être confondues avec la situation en droit — Cour n'étant toutefois pas empêchée de prendre en considération les faits antérieurs au 27 avril 1992 afin de vérifier l'existence d'une ligne de conduite permettant d'inférer le dolus specialis.*

*Recevabilité de la demande — Principe établi en l'affaire de l'Or monétaire — Inapplicabilité du principe de l'Or monétaire à l'égard de l'Etat prédécesseur qui a cessé d'exister étant raisonnable lorsque la question de savoir lequel des Etats successeurs a succédé aux obligations en cause ne prête pas à controverse — Problème complexe en cas d'incertitude quant à savoir lequel des Etats successeurs assumerait, en dernière analyse, la responsabilité — Décision concernant la responsabilité de la RFSY susceptible d'avoir des répercussions pour plusieurs Etats successeurs — Pertinence de l'accord de 2001 sur les questions de succession.*

1. Bien que je souscrive aux conclusions de la Cour sur le bien-fondé de la demande formée par la Croatie et de la demande reconventionnelle présentée par la Serbie, je me sens contraint d'expliquer ma position en ce qui concerne la portée temporelle de la juridiction de la Cour et d'offrir quelques observations concernant la recevabilité de la demande.

### I. LA COMPÉTENCE RATIONE TEMPORIS DE LA COUR

2. Lors des audiences consacrées en 2008 aux exceptions préliminaires, la Serbie a maintenu sa deuxième exception, de nature subsidiaire, selon laquelle « les demandes se rapportant à des actes ou omissions antérieurs au 27 avril 1992 ne rel[evai]ent pas de la compétence de la Cour et [étaient]

irrecevables» (*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. 420, par. 22). Dans son arrêt de 2008, la Cour a conclu que «la deuxième exception préliminaire soulevée par la République de Serbie n'a[vait] pas, dans les circonstances de l'espèce, un caractère exclusivement préliminaire» (*ibid.*, p. 466, par. 146, point 4)). Elle a défini en ces termes «deux questions indissociables» que soulevait la deuxième exception préliminaire de la Serbie :

«La première est celle de savoir si la Cour a compétence pour déterminer si des violations de la convention sur le génocide ont été commises, à la lumière des faits antérieurs à la date à laquelle la RFY a commencé à exister en tant qu'Etat distinct, ayant à ce titre la capacité d'être partie à cet instrument; cela revient à se demander *si les obligations en vertu de la Convention étaient opposables à la RFY [sic!] antérieurement au 27 avril 1992*. La seconde question, qui porte sur la recevabilité de la demande concernant ces faits, et qui a trait à l'attribution, est celle des conséquences à tirer quant à *la responsabilité de la RFY à raison desdits faits en vertu des règles générales de la responsabilité de l'Etat.*» (*Ibid.*, p. 460, par. 129; les italiques sont de moi.)

Elle a expliqué ensuite que, pour pouvoir «se prononcer sur chacune de ces questions, elle devra[it] disposer de davantage d'éléments» (*ibid.*, p. 460, par. 129).

3. Ce n'est pas sans regret que, dans mon opinion individuelle, j'avais alors exprimé mon désaccord avec la majorité sur ce point :

«J'estime que la question des «conséquences à tirer du fait que la RFY n'est devenue un Etat et une partie à la convention sur le génocide que le 27 avril 1992» est une question juridique qui devrait être tranchée à ce stade de la procédure, et qu'il n'est pas nécessaire de disposer de davantage d'éléments d'information pour y répondre.» (*Ibid.*, opinion individuelle de M. le juge Tomka, p. 521, par. 17.)

J'avais ensuite ajouté que je trouvais «remarquable que la Cour n'indique même pas quels autres éléments lui [étaient] nécessaires» (*ibid.*).

4. On ne trouve dans l'arrêt prononcé aujourd'hui aucune indication des nouveaux éléments que la Cour aurait reçus et qui lui auraient permis de statuer sur la question de la portée temporelle de sa juridiction, question dont elle a dit, en 2008, qu'elle n'avait pas un caractère exclusivement préliminaire. On ne saurait même pas dire en quoi ces «nouveaux éléments», quels qu'ils soient, seraient de nature à l'aider à trancher la question principale concernant sa compétence. Au lieu de cela, elle adopte une position qu'elle aurait pu faire sienne dès 2008, mais à laquelle je ne puis souscrire pour les raisons exposées ci-après.

5. Je ne puis m'empêcher de mentionner que ce que la Cour a, en 2008, assimilé à la question de savoir «si *les obligations en vertu de la Convention étaient opposables à la RFY antérieurement au 27 avril 1992*» (les italiques sont de moi; passage précité au paragraphe 2 ci-dessus) est

maintenant devenu à ses yeux celle de savoir si «la responsabilité de la RFSY [a] été engagée» et, dans l'affirmative, «si la RFY a succédé à cette responsabilité» (arrêt, par. 112; les italiques sont de moi). Je remarque en outre que, si elle a indiqué dans son arrêt de 2008 qu'il lui faudrait aborder, dans le contexte de la recevabilité de la demande en ce qu'elle reposait sur des faits antérieurs au 27 avril 1992, la question des «conséquences à tirer quant à la responsabilité de la RFY à raison desdits faits en vertu des règles générales de la responsabilité de l'Etat» (les italiques sont de moi; passage précité au paragraphe 2 ci-dessus), dans le présent arrêt, elle entend statuer sur la question de la responsabilité de la RFY en s'appuyant sur les règles du droit international général en matière de succession d'Etats (*ibid.*, par. 115), «à supposer que la responsabilité de la RFSY ait été engagée» (*ibid.*, par. 112).

6. Plus tôt au cours de la présente affaire, la Cour est parvenue à la conclusion que la Serbie était devenue partie à la Convention sur le génocide le 27 avril 1992 par voie de succession, la déclaration faite le jour même et la note adressée par la mission permanente de la Yougoslavie au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies ayant «eu l'effet d'une notification de succession de la RFY à la RFSY à l'égard de la convention sur le génocide» (*C.I.J. Recueil 2008*, p. 455, par. 117). Il s'ensuit que ce n'est qu'à partir de cette date que la RFY (la Serbie) s'est trouvée, en son nom propre, liée par la Convention en tant que partie.

7. Pourtant, la Cour vient de conclure qu'elle a compétence pour connaître des actes antérieurs au 27 avril 1992 et censés constituer des violations de la convention sur le génocide, dans la mesure où la Serbie aurait succédé à la responsabilité de la RFSY pour ces actes (arrêt, par. 113-114 et 117). Sur ce point, l'arrêt établit une distinction entre le «moyen principal» de la Croatie, selon lequel la Serbie serait directement responsable des actes génocidaires supposés commis avant le 27 avril 1992 parce qu'ils lui sont attribuables, et son moyen subsidiaire voulant que la responsabilité de la Serbie résulte de sa succession à celle de la RFSY (*ibid.*, par. 114). L'arrêt conclut à bon droit que la RFY (et partant la Serbie) n'était pas liée par la Convention avant le 27 avril 1992 et que, même si des actes antérieurs à cette date pouvaient lui être attribués, ils ne sauraient être considérés comme emportant violation par elle de la Convention (*ibid.*, par. 105). La demande de la Croatie, dans la mesure où elle est fondée sur le «moyen principal» voulant que les actes antérieurs à cette date soient attribuables à la Serbie, échappe donc à la compétence de la Cour. C'est seulement sur la base du «moyen subsidiaire» de la Croatie, selon lequel la responsabilité de la Serbie résulte de sa succession à celle de la RFSY, que la Cour en vient à la conclusion que sa compétence s'étend aux actes antérieurs au 27 avril 1992.

8. A mon avis, toutefois, rien dans l'article IX ou les travaux préparatoires afférents ne vient étayer pareille conclusion. La question dont la Cour est saisie est celle de l'interprétation de la clause compromissoire que contient l'article IX de la convention sur le génocide, dont voici le libellé :

«Les différends entre les Parties contractantes relatifs à l'interpré-

tation, l'application ou l'exécution de la présente Convention, y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III, seront soumis à la Cour internationale de Justice, à la requête d'une partie au différend.»

9. Le texte de cette disposition dit bien clairement que le différend en question doit opposer des Parties contractantes<sup>1</sup>. Chose essentielle, le différend doit être relatif «à l'interprétation, l'application ou l'exécution» de la Convention par *ces mêmes* parties contractantes<sup>2</sup>. Il est pour le moins douteux qu'une clause compromissoire telle que l'article IX puisse habiliter la Cour à connaître d'un différend opposant deux parties contractantes, mais concernant exclusivement l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente Convention par un *autre* Etat. La logique qui sous-tend ce type de clause, par laquelle les Etats consentent à *se* soumettre au jugement d'une juridiction, serait battue en brèche si le différend pouvait se rapporter à l'interprétation, l'application ou l'exécution de tel ou tel texte par un Etat tiers.

10. La présence des mots «y compris [les différends] relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide» ne change rien à cette conclusion primordiale. La locution «y compris» indique que les différends «relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide» font partie de ceux qui sont «relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution» de la Convention. Voici ce que la Cour a dit dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro* :

«L'expression «y compris» semble confirmer que les différends relatifs à la responsabilité des parties contractantes pour génocide ou tout autre acte énuméré à l'article III s'inscrivent dans un ensemble plus large de différends relatifs à l'interprétation, à l'application ou à l'exécution de la Convention.» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 114, par. 169.)

De même, un auteur a fait observer que «l'emploi de la locution «y compris» indique que cette mention n'a pas pour effet d'élargir la compétence *ratione materiae*»<sup>3</sup>.

11. Les travaux préparatoires révèlent que, du fait de l'adjonction de la mention «y compris [les différends] relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide» (en anglais: «*including those [disputes] relating to*

<sup>1</sup> Voir *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, opinion individuelle de M. le juge Tomka, p. 519, par. 12.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Robert Kolb, «The Scope *Ratione Materiae* of the Compulsory Jurisdiction of the ICJ», dans Paola Gaeta (dir. publ.), *The UN Genocide Convention — A Commentary*, Oxford University Press, 2009, p. 468.

*the responsibility of a State for genocide*»), la juridiction de la Cour comporte «le pouvoir d'établir la «responsabilité [internationale] d'un Etat en matière de génocide» sur la base de l'attribution à cet Etat de l'acte criminel de génocide perpétré par un individu» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), opinion individuelle de M. le juge Tomka, p. 344-345, par. 61 ; les italiques sont de moi).

12. Comme je l'ai fait remarquer précédemment, le texte de l'article IX, lorsqu'il fait référence à la «responsabilité d'un Etat en matière de génocide», se prête, à première vue, à trois interprétations différentes au moins<sup>4</sup>.

13. La première, selon laquelle cette disposition ne ferait qu'habiliter la Cour à rechercher la responsabilité de l'Etat en cause pour violation des obligations que lui impose la Convention, est trop restrictive et pourrait difficilement être retenue au regard du principe de l'effet utile dans l'interprétation des traités, car elle ne ferait alors que déclarer *expressis verbis* ce que prévoit implicitement toute clause compromissaire donnant compétence à la Cour pour connaître des différends concernant l'application de la convention où elle figure. La Cour permanente de Justice internationale s'est exprimée ainsi à ce sujet :

«C'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate. La réparation est donc le complément indispensable d'un manquement à l'application d'une convention, sans qu'il soit nécessaire que cela soit inscrit dans la convention même. Les divergences relatives à des réparations, éventuellement dues pour manquement à l'application d'une convention, sont, partant, des divergences relatives à l'application.» (*Usine de Chorzów, compétence, arrêt n° 8, 1927, C.P.J.I. série A n° 9, p. 21.*)

Pour sa part, la Cour de céans a dit qu'il

«aurait été superflu d'ajouter [la mention de «la responsabilité d'un Etat en matière de génocide» à la clause compromissaire], à moins que dans l'esprit des Parties ce point visât quelque chose de plus ... Il serait en effet contraire aux règles d'interprétation généralement reconnues de considérer qu'une disposition de ce genre, insérée dans [une convention], soit une disposition sans portée et sans effet.» (*Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 24.)

14. La deuxième interprétation possible, selon laquelle la Cour aurait compétence pour déclarer qu'un Etat a commis le crime de génocide, repose sur la notion de responsabilité pénale des Etats, notion qui n'a pas

<sup>4</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), opinion individuelle de M. le juge Tomka, p. 339, par. 53 ; j'ai exposé de façon plus détaillée dans le texte de cette opinion individuelle (p. 339-340, par. 54-56) les observations qui suivent.

été acceptée en droit international, ayant suscité l'opposition d'un grand nombre d'Etats, et que la Commission du droit international a écartée lorsqu'elle a mis au point et adopté en 2001 son projet d'Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite.

15. La troisième interprétation de cette clause, d'après laquelle la Cour pourrait conclure à la responsabilité d'un Etat par attribution à celui-ci des actes constitutifs de génocide commis par les auteurs matériels, devient ainsi la plus plausible, au regard non seulement du libellé de la clause elle-même, surtout compte tenu de la version française, où il est question de la « responsabilité d'un Etat en matière de génocide », et non « pour le génocide », mais aussi des travaux préparatoires, qui font état du débat parfois déroutant qui, au sein de la Sixième Commission, a entouré en 1948 la mise au point du texte de la Convention.

16. J'ai examiné les travaux préparatoires de manière approfondie dans mon opinion individuelle précédente<sup>5</sup>. Il convient néanmoins de rappeler que le Royaume-Uni avait proposé un amendement au texte de l'article VII (devenu l'article VI), dont voici la teneur :

« Lorsque l'un des actes de génocide spécifiés aux articles II et IV sera *le fait de l'Etat ou du gouvernement lui-même ou d'un organe ou autorité quelconque de l'Etat ou du gouvernement*, ou qu'il sera présenté comme tel, l'affaire, à la demande de toute autre partie à la présente Convention, sera soumise à la Cour internationale de Justice, dont la décision sera définitive et obligatoire. Tous actes, toutes mesures dont la Cour jugera qu'ils constituent des actes de génocide seront respectivement interrompus ou annulés immédiatement; si leur exécution a déjà été suspendue, ces actes ne seront pas repris ni ces mesures imposées à nouveau. »<sup>6</sup>

17. Cet amendement a par la suite été retiré au profit d'un autre, présenté conjointement avec la Belgique et visant l'article X (devenu l'article IX)<sup>7</sup>, aux termes duquel « [t]out différend entre les Hautes Parties contractantes relatif à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente Convention, y compris les différends relatifs à la responsabilité d'un Etat dans les actes énumérés aux articles II et IV », devait être porté

<sup>5</sup> C.I.J. Recueil 2007 (I), opinion individuelle de M. le juge Tomka, p. 332-345, par. 40-61, en particulier les paragraphes 50-59, qui sont consacrés à l'article IX de la convention sur le génocide.

<sup>6</sup> Voir Nations Unies, doc. A/C.6/236 et Corr. 1, reproduit dans Hiram Abtahi et Philippa Webb, *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires*, Brill, 2008, vol. II, p. 1986 (les italiques sont de moi); voir aussi *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), opinion individuelle de M. le juge Tomka, p. 337, par. 49.

<sup>7</sup> Voir Nations Unies, doc. A/C.6/SR.100, reproduit dans Hiram Abtahi et Philippa Webb, *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires*, supra note 6, p. 1714; voir aussi *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), opinion individuelle de M. le juge Tomka, p. 337, par. 49.

devant la Cour internationale de Justice<sup>8</sup>. Le représentant du Royaume-Uni avait alors rappelé que ce nouvel amendement «représentait une tentative pour combiner les dispositions de l'article X actuel avec les éléments essentiels des amendements du Royaume-Uni et de la Belgique à l'article VII, à savoir la responsabilité des Etats et une juridiction internationale pour les juger»<sup>9</sup>. Il avait par ailleurs ajouté qu'il avait «été frappé par le fait que tous les orateurs [avaient] admis que la responsabilité de l'Etat [était] presque toujours engagée dans tous les actes de génocide [et que] la Commission ne [pouvait] donc pas rejeter un texte mentionnant la responsabilité de l'Etat»<sup>10</sup>. Enfin, il avait fait remarquer que «la responsabilité envisagée dans l'amendement commun de la Belgique et du Royaume-Uni [était] la responsabilité internationale des Etats à la suite d'une violation de la convention», précisant qu'il s'agissait là «d'une responsabilité civile et non pas d'une responsabilité pénale»<sup>11</sup>.

18. Il semble évident que, si les Etats étaient inquiets à l'idée de pouvoir être déclarés *pénalement* responsables<sup>12</sup>, l'intention sous-tendant l'article IX était de permettre que les différends se rapportant à la violation par un Etat de *ses* obligations au titre de la Convention<sup>13</sup> — à raison des agissements de personnes dont la conduite pouvait lui être attribuée — puissent être portés devant la Cour. Pris dans son intégralité et dans le contexte des autres dispositions de la Convention, l'article IX constitue une base trop précaire pour permettre à la Cour de se lancer, en se contentant de faire observer que l'article IX «ne contient aucune limitation s'agissant de la manière dont [la] responsabilité est susceptible d'être engagée» (arrêt, par. 114), dans l'examen de la responsabilité qui aurait été dévolue par succession à la Serbie. Les travaux préparatoires ne vont pas dans ce sens : jamais la question de la succession n'a été soulevée par qui que ce soit au cours des discussions ayant mené à l'adoption de la Convention. L'intention était plutôt de permettre que la Cour puisse être saisie de tout différend dans le cadre duquel il serait allégué qu'un Etat est respon-

<sup>8</sup> Voir Nations Unies, doc. A/C.6/258, reproduit dans Hiram Abtahi et Philippa Webb, *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires*, *supra* note 6, p. 2004; voir aussi *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), opinion individuelle de M. le juge Tomka, p. 340, par. 57.

<sup>9</sup> Voir Nations Unies, doc. A/C.6/S R103, reproduit dans Hiram Abtahi et Philippa Webb, *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires*, *supra* note 6, p. 1762 (Fitzmaurice).

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> Voir *ibid.*, p. 1774; voir aussi *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), opinion individuelle de M. le juge Tomka, p. 341, par. 58.

<sup>12</sup> Voir, par exemple, Christian J. Tams, «Article IX», dans Christian J. Tams, Lars Berster et Björn Schiffbauer (dir. publ.), *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Commentary*, Munich, C. H. Beck, 2014, p. 299.

<sup>13</sup> Voir aussi *ibid.*, p. 299-300 : «il a été généralement admis que, grâce à l'article IX, il serait possible d'obtenir de la CIJ un arrêt sur l'observation par les Etats des dispositions de la Convention prohibant les actes de génocide».

sable de génocide parce que les actes des auteurs matériels lui sont attribuables et emportent violation de la Convention par cet Etat lui-même.

19. Telle était la position de la Cour en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, où elle a fait observer ce qui suit :

«La responsabilité d'une partie pour génocide ou tout autre acte énuméré à l'article III naît de *son manquement aux obligations que lui imposent les autres dispositions de la Convention*, et notamment, dans le présent contexte, l'article III, lu conjointement avec les articles premier et II.» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 114, par. 169; les italiques sont de moi.)

20. C'est aussi cette interprétation de l'article IX que reflète l'arrêt rendu par la Cour en 2008 sur les exceptions préliminaires, auquel il a été fait référence plus haut et dans lequel elle a abordé les questions en litige dans la perspective de la responsabilité pouvant être imputée à la Serbie pour violation des obligations découlant de la Convention à raison d'actes qui lui seraient attribuables et qui auraient été commis avant le 27 avril 1992. Et de fait, telle est l'interprétation de la Convention qui sous-tend la demande dont la Croatie a saisi la Cour, à savoir que la Serbie aurait *elle-même* violé la Convention. Ainsi, dans sa requête introductive d'instance, la Croatie alléguait «que la République fédérale de Yougoslavie a[va]it violé *les obligations juridiques qui sont les siennes vis-à-vis de la population et de la République de Croatie*», renvoyant à cet égard à diverses dispositions de la Convention (arrêt, par. 49; les italiques sont de moi). Dans les conclusions finales qui figuraient dans ses écritures, elle soutenait de même que la partie défenderesse est «responsable de violations de la [C]onvention ... a) en ce que des personnes *de la conduite desquelles elle est responsable* ont commis un génocide sur le territoire de la République de Croatie» (*ibid.*, par. 50; les italiques sont de moi). Ce chef de conclusions a été repris dans les conclusions finales présentées à l'issue de la procédure orale (*ibid.*, par. 51). Voilà ce qui constitue, à mon sens, l'objet du différend porté devant la Cour.

21. Le fait que la question de la responsabilité de l'Etat pour génocide soit envisagée du point de vue de la violation par cet Etat de la Convention tend aussi à étayer l'hypothèse posée ci-dessus, à savoir que les différends relatifs à «l'interprétation, l'application ou l'exécution» de la Convention — dont font partie ceux relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide — sont ceux qui mettent en cause l'interprétation, l'application ou l'exécution de la Convention *par les parties au différend*. Par conséquent, tout différend opposant des parties contractantes et mettant en jeu la responsabilité de l'Etat pour génocide doit se rapporter aux manquements de l'une ou l'autre quant à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la Convention.

22. L'arrêt tend à contourner le fait que l'article IX n'est attributif de compétence qu'à l'égard du différend opposant des parties contrac-

tantes relativement à «l'interprétation, l'application ou l'exécution» de la Convention par *ces mêmes parties contractantes*. Il reconnaît que le différend en l'espèce met en présence la Croatie et la Serbie, pour ensuite déclarer qu'il «paraît relever sans conteste de l'article IX», puisque «l'objet principal du différend réside dans la question de savoir si la Serbie est responsable de violations de la convention sur le génocide et, dans l'affirmative, si la Croatie peut invoquer cette responsabilité» (arrêt, par. 90).

23. Pour commencer, il est douteux que l'on puisse définir ainsi «l'objet principal du différend». Comme il a déjà été exposé, la Croatie n'a jamais avancé, dans ses conclusions finales, que la responsabilité de la Serbie était engagée par voie de succession à celle de la RFSY, à raison d'actes qui seraient attribuables à cette dernière et emporteraient violation par elle des obligations lui incombant au titre de la Convention. Certes, la Croatie a bien, à une étape assez tardive de la procédure, soulevé cet *argument* (ainsi que l'arrêt le reconnaît : voir par. 109 ; les italiques sont de moi) dans le contexte de la question de la compétence, mais cela ne change rien aux caractéristiques essentielles du différend, qui se rapportent au point de savoir si la Serbie a violé la Convention parce que des actes supposés constitutifs de génocide lui sont imputables.

24. Mais, même à supposer que «l'objet principal du différend» ait été correctement défini dans l'arrêt et que la Croatie ait bel et bien soulevé la question de la dévolution de la responsabilité à la Serbie par succession, ce différend ne relève pas pour autant, du moins en ce qui concerne les faits antérieurs au 27 avril 1992, de «l'interprétation, l'application ou l'exécution» de la Convention *par la Serbie*<sup>14</sup>. Sur ce point, l'arrêt définit trois questions soulevées par le «moyen subsidiaire» de la Croatie (arrêt, par. 112), ajoutant qu'elles «concernent l'interprétation, l'application et l'exécution des dispositions de la convention sur le génocide» (*ibid.*, par. 113). Or les deux premières se rapportent à l'application et l'exécution de la Convention *par la RFSY*, et non la RFY, et à la responsabilité de la première au regard des allégations de génocide. Quant à la troisième question — celle de savoir si la RFY (la Serbie) a succédé à la responsabilité de la RFSY —, elle ne saurait être considérée comme un différend relatif à «l'interprétation, l'application ou l'exécution» de la Convention ou encore à «la responsabilité d'un Etat en matière de génocide», pour peu que cette dernière expression soit interprétée correctement. La raison en est qu'elle n'a rien à voir avec les obligations incombant à la Serbie au titre de la Convention ou les manquements qui pourraient lui être reprochés quant à l'interprétation, l'application ou l'exécution de ces obligations. Je ne suis pas convaincu que la clause compromissoire de l'article IX s'étende aux questions concernant la succession d'Etats en matière de responsabilité. Le terme de droit «responsabilité» n'évoque pas implicitement la notion de «succession». Ainsi que la Cour l'a dit dans l'affaire du *Différend relatif à*

<sup>14</sup> Voir *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, opinion individuelle de M. le juge Tomka, p. 520, par. 13.

*des droits de navigation*, «les termes employés dans un traité doivent être interprétés sur la base d'une recherche de la commune intention des parties, laquelle est, par définition, contemporaine de la conclusion du traité» (*Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2009*, p. 242, par. 63). Il ressort des débats qui ont eu lieu en 1948 que les rédacteurs de la Convention n'entendaient certainement pas donner au terme «responsabilité» le sens que la Cour tend à présent à lui attribuer dans le contexte particulier de la présente affaire. La théorie de l'interprétation évolutive des termes utilisés dans la Convention n'est ici d'aucun secours, puisque la notion de «responsabilité» reste de nos jours distincte de celle de «succession» en droit international. Les questions se rapportant à la «succession à la responsabilité» débordent donc la compétence *ratione materiae* que prévoit l'article IX de la Convention. De même, la deuxième question définie par la Cour, soit celle de savoir «si ces actes contreven[ant] aux dispositions de la Convention ... étaient attribuables à la RFSY [*sic!*] et ont donc engagé sa responsabilité», ne saurait donc être considérée comme «entr[ant] sans contredit dans le champ de la compétence *ratione materiae* prévue à l'article IX» (arrêt, par. 113), parce qu'il ne s'agit pas d'un différend «entre les Parties contractantes» qui serait relatif à «l'interprétation, l'application ou l'exécution» *par elles* de la Convention. Ce qui est allégué, c'est que la RFSY a contrevenu à la Convention; or cette allégation ne pouvait, sur le fondement de l'article IX, être dirigée que contre la RFSY elle-même.

25. Après avoir systématiquement nié la continuation de la personnalité juridique de la RFSY par la Serbie, la Croatie doit à présent assumer les conséquences de la position qu'elle a adoptée en droit sur cette question<sup>15</sup>. Il est établi que la Serbie n'est devenue partie à la Convention que le 27 avril 1992 et que le différend concernant des actes supposés commis avant cette date ne saurait être considéré comme relatif à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la Convention par le défendeur ayant comparu devant la Cour, c'est-à-dire la Serbie, qui, avant le 27 avril 1992, n'assumait aucune des obligations que la Convention impose aux Etats parties. Par conséquent, seuls les actes, événements et faits qui sont postérieurs à la date à laquelle la Serbie est devenue partie à la convention sur le génocide relèvent, selon moi, de la compétence de la Cour au titre de l'article IX.

26. Cependant, cette conclusion n'empêche pas la Cour de prendre en considération les actes antérieurs au 27 avril 1992, sans se prononcer formellement sur leur conformité à des obligations qui, du point de vue du droit international, étaient celles de la RFSY. Les obligations que la Convention imposait à cette dernière auraient pu être violées par n'importe lequel de ses organes, indépendamment de son régime constitutionnel, ou par n'importe quelle personne dont les actes lui étaient attribuables. Il existe sans aucun doute une certaine continuité factuelle et une certaine identité entre les acteurs du conflit armé qui faisait rage en Croatie avant et après le

<sup>15</sup> Voir aussi *C.I.J. Recueil 2008*, opinion individuelle de M. le juge Tomka, p. 522, par. 18.

27 avril 1992, mais cette continuité factuelle et cette identité ne doivent pas être confondues avec la situation en droit, puisque, en raison de la position adoptée par certains «protagonistes» de la communauté internationale et des Etats, dont la Croatie, qu'étaient devenues les anciennes républiques constitutives de la RFSY, c'est la thèse de la solution de continuité entre la RFSY et la RFY qui a fini par l'emporter. Quoi qu'il en soit, puisqu'il était demandé à la Cour de juger si les actes commis *après* le 27 avril 1992 l'avaient été dans l'intention nécessaire (*dolus specialis*), elle était fondée à examiner les fait antérieurs à cette date afin de vérifier si les actes postérieurs s'inscrivaient dans une ligne de conduite permettant d'inférer cette intention.

27. C'est ainsi que, malgré ma position concernant la limitation de la compétence *ratione temporis* de la Cour, j'ai pu me joindre à mes collègues pour examiner ces actes et événements antérieurs au 27 avril 1992, puis souscrire à leur conclusion générale, selon laquelle la demande de la Croatie concernant le génocide censé avoir été commis au cours du conflit armé dont son territoire a été le théâtre devait être rejetée.

## II. RECEVABILITÉ : LE PRINCIPE ÉNONCÉ EN L'AFFAIRE DE L'OR MONÉTAIRE

28. Même à supposer fondée la conclusion à laquelle est parvenue la Cour quant à sa compétence, des questions épineuses se posent en ce qui concerne la recevabilité de la demande de la Croatie. Comme il a déjà été mentionné, l'arrêt part du principe qu'il entre dans la compétence de la Cour, sur le fondement de l'article IX, d'examiner les violations de la Convention dont la RFSY se serait rendue coupable et dont la responsabilité aurait été dévolue à la Serbie par voie de succession. La Cour se montre ainsi disposée à statuer sur la responsabilité de la RFSY, Etat qui a cessé d'exister et qui ne se trouve donc pas présent devant elle, en tant que préalable à l'examen de la responsabilité de l'Etat défendeur qui, lui, a comparu en l'espèce. Dans cette perspective, la position adoptée par la Cour paraît assez inhabituelle.

29. Dans l'affaire de l'*Or monétaire*, la Cour était parvenue à la conclusion qu'elle ne pouvait pas statuer sur la demande formée par l'Italie à l'encontre de la France, du Royaume-Uni et des Etats-Unis d'Amérique alors qu'un Etat tiers, l'Albanie, n'avait pas comparu devant elle :

«Statuer sur la responsabilité internationale de l'Albanie sans son consentement serait agir à l'encontre d'un principe de droit international bien établi et incorporé dans le Statut, à savoir que la Cour ne peut exercer sa juridiction à l'égard d'un Etat si ce n'est avec le consentement de ce dernier.» (*Or monétaire pris à Rome en 1943 (Italie c. France, Royaume-Uni et Etats-Unis d'Amérique)*, question préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1954, p. 32.)

30. Faisant remarquer que «les intérêts juridiques de l'Albanie seraient non seulement touchés par une décision, mais constitueraient l'objet même de ladite décision» (*ibid.*), la Cour s'était alors abstenue d'exercer

sa juridiction à l'égard de la demande. Comme elle l'a ensuite signalé en l'affaire *Nauru*, «la détermination de la responsabilité de l'Albanie était une condition préalable pour qu'il puisse être statué sur les prétentions de l'Italie» (*Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 261, par. 55).

31. Il ressort clairement de l'arrêt que la compétence de la Cour repose, en ce qui concerne les actes antérieurs au 27 avril 1992, sur l'argument de la Croatie concernant la succession de la Serbie à la responsabilité encourue par la RFSY à raison d'actes de génocide contrevenant à la Convention. La détermination de la responsabilité de la RFSY est donc un préalable essentiel à l'examen de la question de savoir si la responsabilité de la Serbie est engagée.

32. En ce qui concerne la RFSY, pourtant, la Cour s'est dite d'avis que le principe de l'*Or monétaire* était inapplicable en l'espèce puisque cet Etat avait cessé d'exister (arrêt, par. 116). Cette position peut paraître raisonnable dans l'hypothèse où — comme en l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*<sup>16</sup> — la question de savoir lequel des Etats successeurs assumerait les obligations en cause de l'Etat ayant cessé d'exister ne prête pas à controverse. Le problème devient toutefois plus complexe lorsqu'il y a incertitude pour ce qui est de savoir lequel d'entre plusieurs Etats assumera, en dernière analyse, la responsabilité des actes de l'Etat prédécesseur<sup>17</sup>. En l'espèce, comme il a déjà été signalé, la Serbie n'était que l'un des cinq Etats successeurs de la RFSY, égaux entre eux. Toute décision concernant la responsabilité internationale de cette dernière pourrait avoir des répercussions sur plusieurs, sinon chacun d'entre eux, selon la position retenue quant au partage d'une telle responsabilité, et ce, d'autant plus que l'accord sur les questions de succession de 2001 stipule que «[t]ous les droits d'action contre la RFSY qui ne sont pas visés par ailleurs par le présent accord seront examinés par le comité mixte permanent établi en vertu de l'article 4» (Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 2262, p. 251, annexe F, art. 2). Le fait que, en dernière analyse, la

<sup>16</sup> *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 7. Voir le préambule du compromis, cité p. 11, et p. 81, par. 151. Voir aussi *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, opinion individuelle de M. le juge Tomka, p. 521, par. 14.

<sup>17</sup> Voir James Crawford, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge University Press, 2013, p. 666-667, où est examinée l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*:

«[M]ême en l'absence d'accord confirmant la succession de la Slovaquie aux droits et obligations de la Tchécoslovaquie en tant que partie au traité, et même si les allégations de faits internationalement illicites formulées par la Hongrie à l'encontre de cette dernière avaient été considérées comme l'objet principal du différend, il ne semble faire aucun doute que la Cour aurait appliqué le principe de l'*Or monétaire* pour protéger les intérêts juridiques de l'Etat qui avait cessé d'exister. Par ailleurs, dans l'hypothèse où un différend bilatéral opposant la Hongrie et la République tchèque l'aurait amenée à décider si la Slovaquie était ou non le seul Etat successeur de la Tchécoslovaquie dans tel ou tel contexte spécifique, la Cour aurait bien pu décider qu'elle était empêchée d'agir par le principe de l'*Or monétaire*.»

Cour soit parvenue à la conclusion qu'il n'y avait pas eu violation de la Convention et que, partant, la responsabilité de la RFSY n'avait pas été engagée ne change rien à la question.

33. Quoi qu'il en soit, il n'est pas inutile de souligner que l'application du principe de l'*Or monétaire* viendra limiter les effets de l'arrêt rendu en l'espèce, qui ne saurait permettre à la Cour d'exercer la juridiction que lui confère l'article IX de la convention sur le génocide ou quelque autre convention comportant une disposition analogue relativement à la demande formée par un Etat partie contre un autre Etat partie et reposant sur des allégations de violation visant un Etat tiers qui n'a pas cessé d'exister mais qui, pour quelque raison que ce soit, n'a pas comparu devant elle. La portée du présent arrêt est donc strictement limitée aux faits inusités qui le sous-tendent et ne saurait avoir valeur de précédent pour indiquer que les clauses compromissaires sont désormais susceptibles d'interprétations inédites ou que la Cour est de façon générale disposée à statuer sur la responsabilité d'Etats n'ayant pas comparu devant elle.

### III. CONCLUSION

34. La présente affaire illustre les limites de la juridiction de la Cour, qui reste tributaire du consentement des Etats. Tandis que nombre d'entre eux persistent à ne pas reconnaître cette juridiction de façon générale, mais seulement dans le cadre des clauses compromissaires qui contiennent diverses conventions multilatérales, certaines demandes, comme celles qui ont été présentées en l'espèce, sont conçues de manière à s'inscrire dans le cadre de telles conventions. Mais il se peut que la norme de preuve applicable soit trop élevée, comme en matière de génocide. Même si la Cour a rejeté la demande de la Croatie et la demande reconventionnelle de la Serbie, on aurait tort de penser qu'elle est insensible au drame qui s'est déroulé à l'occasion de l'éclatement de l'ex-Yougoslavie. De fait, elle a donné acte des atrocités commises au cours du conflit armé. Ce que les Parties n'ont pas établi, c'est l'existence d'une intention génocidaire lors de la perpétration de ces atrocités. Si la juridiction de la Cour avait été plus générale, les demandes auraient pu être conçues différemment.

35. Il y a lieu d'espérer que les Etats en viendront à reconnaître une juridiction plus large à la Cour. La tâche qui incombe à celle-ci consiste à renforcer la confiance des Etats non seulement en démontrant son objectivité, son impartialité et son indépendance, mais aussi en interprétant avec rigueur les dispositions attributives de compétence. Dans cette optique, elle devrait se limiter à vérifier *si* la juridiction voulue lui a effectivement été conférée, plutôt que de rechercher les *moyens* de se l'attribuer.

(Signé) Peter TOMKA.